

ONZE SUPREMOS

O SUPREMO EM 2016

ORGANIZADORES

JOAQUIM FALCÃO

DIEGO WERNECK ARGUELHES

FELIPE RECONDO



CASA DO
DIREITO



JOTA



FGV DIREITO RIO

**ONZE SUPREMOS:
O SUPREMO EM 2016**

ONZE SUPREMOS: O SUPREMO EM 2016

ORGANIZADORES

JOAQUIM FALCÃO
DIEGO WERNECK ARGUELHES
FELIPE RECONDO



JOTA



 **FGV DIREITO RIO**

Obra Licenciada em Creative Commons
Atribuição – Uso Não Comercial – Não a Obras Derivadas



Copyright © 2017 by Letramento

EDITOR:
Gustavo Abreu

REVISÃO:
LiteraturaBr Editorial

CAPA, PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO:
Luís Otávio Ferreira

CONSELHO EDITORIAL:
Alessandra Mara de Freitas Silva; Alexandre Morais da Rosa; Bruno Miragem; Carlos Maria Cárcova; Cássio Augusto de Barros Brant; Cristian Kiefer da Silva; Cristiane Dupret; Edson Nakata Jr; Georges Abboud; Henderson Fürst; Henrique Garbellini Carnio; Henrique Júdice Magalhães; Leonardo Isaac Yarochevsky; Lucas Moraes Martins; Nuno Miguel Branco de Sá Viana Rebelo; Renata de Lima Rodrigues; Rubens Casara; Salah H. Khaled Jr; Willis Santiago Guerra Filho.

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS.

Não é permitida a reprodução desta obra sem aprovação do Grupo Editorial Letramento.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Bibliotecária Juliana Farias Motta CRB7/5880

Referência para citação:
FALCÃO, Joaquim.; ARGUELHES, Diego W.; RECONDO, Felipe.;
Onze supremos: o supremo em 2016. Belo Horizonte (MG), 2017

O599

Onze supremos: o supremo em 2016 / Organizadores: Joaquim Falcão, Diego Wernerck Arguelhes, Felipe Recondo. -- Belo Horizonte, MG : Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017.
302 p. :; 23 cm.

ISBN: 978-85-9530-007-1

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 2. Poder judiciário – Brasil. I. Arguelhes, Diego Wernerck. II. Recondo, Felipe. III. Título. IV Título: o supremo em 2016

CDD 347.81035



*Casa do direito é o selo jurídico do
Grupo Editorial Letramento*



Belo Horizonte – MG

Rua Cláudio Manoel, 713

Funcionários

CEP 30140-100

Fone 31 3327-5771

contato@editoraletramento.com.br

www.editoraletramento.com.br

Em memória de Teori Zavascki

APRESENTAÇÃO	17
------------------------	----

RETROSPECTIVAS

01 Onze Supremos: todos contra o plenário	20
Joaquim Falcão Diego Werneck Arguelhes	
02 STF: Árbitro ou protagonista na crise política em 2016?	29
Felipe Recondo	

DESAFIOS INSTITUCIONAIS

03 O Supremo contra-ataca	36
Joaquim Falcão	
04 Supremo não é inerte: PEC do parlamentarismo e dois mitos sobre o STF	38
Diego Werneck Arguelhes Thomaz Pereira	
05 Mendes e Lula: uma liminar contra o plenário do Supremo	41
Diego Werneck Arguelhes Ivar A. Hartmann	
06 Amizades sob Suspeição no Supremo	44
Pedro Cantisano	
07 Quando a ciência está em jogo, a democracia não importa	46
Rachel Herdy	
08 A retórica do Supremo: precaução ou proibição?	48
Fernando Leal	
09 Supremo chegará ao livro eletrônico com uma geração de atraso	51
Fernando Leal	
10 A distribuição de processos no Supremo é realmente aleatória?	54
Daniel Chada Ivar A. Hartmann	

11	A dança da pauta no Supremo.57
	Fernando Leal	
12	A pauta da presidente Cármen Lúcia.60
	Diego Werneck Arguelhes	
13	A Constituição interpretada sem regras63
	Dimitri Dimoulis	
14	Renan, Marco Aurélio e o tortuoso Supremo66
	Diego Werneck Arguelhes	
15	O futuro do Supremo depois de Renan69
	Ivar A. Hartmann	
16	Figurações dos ministros: o nocaute e o baile71
	Pedro Fortes	
17	Afinal, ministro do Supremo é magistrado?.74
	Diego Werneck Arguelhes	
18	Lula ministro e o silêncio do Supremo77
	Thomaz Pereira	
19	Supremo: um tribunal aparentemente eficiente?.80
	Luiz Fernando Gomes Esteves	

A CRISE ECONÔMICA

20	Depósitos judiciais a fundo perdido84
	Ivar A. Hartmann	
21	Lei das Estatais: vetos necessários.88
	Nelson Eizirik	
22	Abusar do Supremo90
	Joaquim Falcão	

- 23 Os impactos dos planos econômicos e a encruzilhada do Supremo92
Fernando Leal
- 24 O fim da substituição tributária para frente?96
Melina Rocha Lukic
- 25 Supremo inicia a reforma trabalhista do governo Temer99
Luiz Guilherme Migliora | Rafael de Filippis

A FORMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

- 26 Como aperfeiçoar a Repercussão Geral?104
Carlos Ari Sundfeld | Rodrigo Pagani de Souza
- 27 Supremo oscilante107
Pedro Cantisano
- 28 “Desvio de finalidade” e ativismo judicial110
Eduardo Jordão
- 29 Supremo: um tribunal (só) de teses?113
Julia Wand-Del-Rey Cani
- 30 É possível falar em precedente “do Supremo”? . . .116
Andre Bogossian | Danilo dos Santos de Almeida
- 31 A “Vaquejada” poderia ter sido um caso fácil. . . .119
Fernando Leal
- 32 Menos é mais: O Supremo, o Judiciário e os medicamentos122
Eduardo Jordão
- 33 A política criminal do Supremo124
Silvana Batini
- 34 A decisão de Celso de Mello e o respeito a precedentes do STF127
Thomaz Pereira | Diego Werneck Arguelhes

OS TRÊS PODERES: SEPARAÇÃO, CONFLITO, CONFUSÃO

- 35 **Crise constitucional brasileira?
A desarmonia entre os poderes** 130
Daniel Vargas
- 36 **O presidente da Câmara não escapa.** 134
Eduardo Muylaert
- 37 **As estratégias jurídicas e políticas
por trás dos embargos de Cunha** 136
Thomaz Pereira
- 38 **5 razões para afastar Eduardo Cunha.** 139
Michael Mohallem
- 39 **Quanto mais Cunha, mais
intervenção do Supremo** 142
Diego Werneck Arguelhes
- 40 **O xadrez de Zavascki: Supremo
dá um passo para afastar Cunha** 145
Thomaz Pereira
- 41 **Lula, ministro sem foro privilegiado:
um supremo salomônico?** 147
Pedro Fortes
- 42 **O problema Cunha: entre solução
definitiva e o remendo.** 151
Eduardo Jordão
- 43 **O Supremo e Cunha: quem decide
quando quer, ouve o que não quer** 153
Diego Werneck Arguelhes
- 44 **Uma convenção constitucional brasileira:
o procurador-geral deve ser o mais votado** 156
Pedro Fortes
- 45 **O que Cunha quer do Supremo?.** 160
Thomaz Pereira

46	Reforma do ensino via MP: risco de intervenção do Supremo?	162
	Diego Werneck Arguelhes	
47	Linha Sucessória: Os perigos da ação da Rede no Supremo	165
	Diego Werneck Arguelhes	
48	“Mandato-tampão” é mandato? A recondução de Rodrigo Maia à sombra do Supremo	168
	Diego Werneck Arguelhes Luiz Fernando Gomes Esteves	
49	Ministros já poderiam ter afastado Renan Calheiros?.	171
	Thomaz Pereira	
50	Lei de abuso de autoridade: a nova mordada para o MP.	173
	Diego Werneck Arguelhes	
51	Congresso x Agências: limites, só para os outros.	175
	Eduardo Jordão Arthur Lardosa	

ELEIÇÕES E REFORMA POLÍTICA

52	Dilma e Temer no TSE: unidos para sempre	178
	Silvana Batini	
53	Ministros fichas-sujas?	180
	Silvana Batini	
54	TSE – Como estragar uma eleição	183
	Ivar A. Hartmann	
55	TSE precisa ser uma Comissão da Verdade Eleitoral	186
	Silvana Batini	
56	Caixa 2 – Proibir para liberar?	188
	Silvana Batini	

- 57 TSE e a improbidade: entre a gramática, a lógica e a retórica 191
Silvana Batini
- 58 Caixa 2: faltou combinar com o Judiciário 193
Thomaz Pereira

DIREITOS FUNDAMENTAIS: ATIVISMOS E OMISSÕES

- 59 Inviolabilidade de domicílio: qual foi, afinal, o recado do Supremo? 198
Carolina Haber
- 60 Um Supremo socialmente seletivo? 201
Juliana Cesario Alvim Gomes
- 61 Os problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena 204
Thiago Bottino
- 62 Supremo contra presídios desumanos: suicídio é responsabilidade do Estado 207
Carolina Haber
- 63 Protagonismo do Supremo na política carcerária: necessário, mas insuficiente 209
Carolina Haber
- 64 Bolsonaro no Supremo: efeitos colaterais 212
Juliana Cesario Alvim Gomes
- 65 Pela honra dos bonecos infláveis 214
Ivar A. Hartmann
- 66 Supremo e os bancos de perfis genéticos para investigação criminal 216
Luiza Louzada
- 67 Execução provisória da pena: Defendendo os 2% 219
Ivar A. Hartmann

- 68 Estatística e execução da pena 222
Ivar A. Hartmann
- 69 Supremo de ontem e de hoje:
como fica o aborto agora? 225
Juliana Cesario Alvim Gomes

OS CAMINHOS DO *IMPEACHMENT*

- 70 Os embargos do *impeachment*
e os critérios de interpretação 230
Fernando Leal
- 71 Quais os poderes de
Eduardo Cunha no *impeachment*? 233
Thomaz Pereira
- 72 As cautelas do relator do *impeachment*. 236
Ivar A. Hartmann | Fernando Leal
- 73 *Impeachment*: A maldição de Paulo Brossard . . . 238
Diego Werneck Arguelhes | Felipe Recondo
- 74 O Supremo deve barrar o *impeachment*? 242
Ivar A. Hartmann
- 75 O Supremo já acertou 245
Thomaz Pereira
- 76 Um Supremo Tribunal Regimental? 247
Eduardo Jordão
- 77 *Impeachment*: uma questão para o Congresso . . 249
Diego Werneck Arguelhes
- 78 O *impeachment* no Supremo:
o que muda com o afastamento de Dilma 252
Diego Werneck Arguelhes
- 79 Lira, Lewandowski e a defesa de Dilma:
Supremo foi decisivo sem decidir. 255
Diego Werneck Arguelhes

- 80 **A moda do *impeachment*** 257
Ivar A. Hartmann
- 81 **Um juiz no Senado: memórias de Sidney Sanches no *impeachment* de Collor.** 259
Pedro Cantisano
- 82 **Nada a Temer?** 262
Thomaz Pereira
- 83 **O julgamento de Dilma: debates no Senado, de olho no Supremo.** 264
Diego Werneck Arguelhes
- 84 **Nem juiz, nem senador: Lewandowski e a dupla votação no julgamento de Dilma.** 266
Diego Werneck Arguelhes

OPERAÇÃO LAVA JATO

- 85 **Para que servem as prisões decretadas pelo Supremo?** 270
Silvana Batini
- 86 **Lava Jato e a batalha da comunicação.** 273
Andre Mendes
- 87 **É vantagem para Lula trocar Moro pelo STF?** . . . 277
Silvana Batini
- 88 **Não há apito final de juiz criminal: a escuta é válida** 279
Pedro Fortes
- 89 **Zavascki e Janot reagem à crise na Justiça: dá pra consertar?** 283
Daniel Vargas
- 90 **Publicidade e privacidade na Lava Jato** 285
Ivar A. Hartmann
- 91 **Toffoli, Paulo Bernardo e a opinião pública** 288
Diego Werneck Arguelhes

92	O que significa a volta de Lewandowski para a Lava Jato?	290
	Ivar A. Hartmann	
93	O que os dados dizem sobre as 10 Medidas?	293
	Ivar A. Hartmann	
94	Delação premiada da Odebrecht: o que vem pela frente	296
	Andre Mendes	
ARTICULISTAS		298

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 Sanches¹. 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 na deliberação 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 de 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.

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, liderado 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.

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.

O leitor tem em mãos a reunião dos artigos publicados ao longo do ano de 2016 no âmbito do Supra que 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. São análises e interpretações produzidas 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 Luiz Fernando Gomes Esteves, Julia Cani, Gabriela Gattulli e Alexandre de Luca, que contribuíram como pesquisadores para o projeto Supra ao longo de 2016, e a Laura Osório, que colaborou na edição deste livro.

Boa leitura!

Joaquim Falcão | Diego Werneck Arguelhes | Felipe Recondo



RETROSPECTIVAS

ONZE SUPREMOS: TODOS CONTRA O PLENÁRIO

Joaquim Falcão | Diego Werneck Arguelhes

Um Supremo fragmentado abre as portas para o comportamento político estratégico individual. Apropriação individual de um poder institucional.

Para entender o Supremo, neste ano de crise econômica e política, não basta entender o que o tribunal fez. É preciso analisar o que deixou de fazer – e deveria ter feito. O Supremo é o resultado de sua ação e omissão, presença e ausência, em ao menos dois níveis.

Primeiro, sua agenda postergada, invisível, é tão importante quanto sua agenda formalizada e visível.

Segundo, o tribunal resulta também da tensão entre sua ação institucional e o comportamento individual – quase sempre discricionário – de seus ministros.

Nos dois níveis, observamos uma dinâmica similar: o plenário é sitiado de todos os lados pela ação individual de ministros. Positivamente, atuam para decidir temas que consideram importantes, mas fora do controle do plenário. Negativamente, atuam na formação da agenda, para evitar que certos temas sejam objeto de qualquer decisão.

Tanto nas decisões, quanto nas não-decisões, o ano de 2016 põe em evidência o dilema do Supremo: os ministros agem contra o colegiado e, por ação ou omissão, assumem um poder de fazer política e políticas públicas que não lhes pertence.

O plenário diminuído

A constituição não deu qualquer poder decisório a ministros individualmente, apenas ao tribunal. Quem deveria exercer o poder de “guarda da constituição” é o conjunto dos ministros reunidos em sessão. A prática, porém, tem sido outra. No geral, as decisões judiciais mais importantes de 2016 não vieram do plenário. Poucas foram de fato colegiadas. Na ausência do plenário, as intervenções judiciais na vida nacional brotaram de ministros isolados.

Mas o que causa a ausência do plenário? De um lado, a fragmentação não é novidade. Os dados do projeto Supremo em números revelaram há anos que, em termos quantitativos, decisões colegiadas são a exceção no funcionamento do tribunal. Em 2015, observamos vários sintomas dessa fragmentação. Por exemplo, em uma tendência de decisões liminares monocráticas em controle abstrato de constitucionalidade.² Ou na incapacidade de o presidente do tribunal fazer valer o regimento interno contra pedidos de vista excessivos.³ Ou, ainda, na falta de consensos institucionais mínimos que limitem o comportamento público dos ministros, no trato com a imprensa e em encontros com autoridades.⁴

Em 2016, fica mais clara uma nova dimensão do fenômeno. Em geral, entendia-se que a fragmentação decorria do acúmulo de processos. Era uma adaptação ou estratégia administrativa, ainda que patológica. Mas, agora, sua verdadeira natureza vem à luz. Além de equivocado remendo administrativo, ela é deliberadamente utilizada pelos ministros.

Até aqui, as decisões monocráticas talvez pudessem ser vistas, ainda, como delegação – precária, provisória, revogável – de poder do plenário. Afinal, esperávamos que, dentre a massa de casos, as questões mais sérias invariavelmente seriam atraídas pelo colegiado, por pressão combinada da opinião pública, das partes, dos outros ministros e de outros atores.

Não foi o que ocorreu em 2016.

A fragmentação se revelou como estratégia política, empregada em disputas internas de poder entre os diferentes ministros – algumas das quais se cruzam com ideias, grupos, alianças formais e informais fora do tribunal e dentro da política. Um Supremo fragmentado abre as portas para o comportamento político estratégico individual.

Em vez de levar suas teses para disputa com o voto de seus colegas, no confronto democraticamente controlado do colegiado, o ministro

-
- 2 ARGUELHES, Diego W.; HARTMANN, Ivar A. A monocratização do STF. *JOTA*. [3 ago. 2015] Disponível em: <<https://goo.gl/NsBYrc>>. 08 fev. 2017.
 - 3 FALCÃO, Joaquim. Por que Lewandowski não pauta a ação de financiamento eleitoral? *JOTA*. [10 jun. 2015] Disponível em: <<https://goo.gl/rfnAjL>>. Acesso em: 08 fev. 2017.
 - 4 FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W. O invisível Teori Zavascki e a fragmentação do Supremo. *JOTA*. [3 fev. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/sYu0Ge>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

ganha pelo controle individual do destino dos autos. Apropriação individual de um poder institucional.

Em 2016, vimos isso ocorrer de ao menos três maneiras diferentes.

a. Evitar o plenário

Antes que o plenário possa se manifestar sobre um tema, sua participação pode ser adiada, por ações do relator, por longos períodos de tempo. Às vezes, é possível manter o plenário silente até a questão perder o objeto, ao mesmo tempo em que o *relator* dá uma decisão para o caso. Com isso, a manifestação colegiada pode ser efetivamente *evitada*.

Foi o caso da decisão judicial de maior impacto do ano: a suspensão da nomeação de Lula como ministro-chefe da Casa Civil do governo de Dilma Rousseff, tomada solitariamente pelo ministro Gilmar Mendes.⁵ Mendes decidiu em uma sexta-feira, véspera de uma semana com feriado prolongado na qual viajaria ao exterior para compromisso acadêmico. No mínimo, levariam duas semanas para que o plenário pudesse se manifestar – se o ministro Mendes tivesse solicitado a inclusão imediata do processo em pauta. Não foi o caso.

No período em que ficou fora da apreciação do plenário, a decisão manteve Lula sob a jurisdição de Sérgio Moro. Manteve Dilma sem os benefícios do que poderia ser um grande articulador em um momento crítico do seu processo de impeachment. Legitimou a liberação dos áudios, por Sérgio Moro, de conversas entre Lula e Dilma, mesmo após Moro ter perdido para o Supremo a autoridade sobre essas provas, diante da nomeação de Lula como ministro.

Ao longo do tempo, e com a confirmação da saída de Dilma. Tudo que indica que jamais saberemos a posição do plenário quanto à constitucionalidade da indicação de Lula.⁶ A liminar de Mendes possibilitou um vácuo completo de manifestação institucional.

b. Emparedar o plenário

Mesmo quando o ministro-agente leva a questão ao plenário, ele pode fazer isso de forma a *emparedar* a decisão de seus colegas. Cria fatos

5 ARGUELHES, Diego W.; HARTMANN, Ivar. Mendes e Lula: uma liminar contra o plenário do Supremo. *JOTA*. [21 mar. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/2XBimH>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

6 PEREIRA, Thomaz. Lula ministro e o silêncio do Supremo. *JOTA*. [22 dez. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/tSZrz1>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

consumados que tornam muito mais custoso discordar da decisão individual. A decisão individual pode mudar completamente o tabuleiro e, com isso, os parâmetros de sua própria apreciação pelo plenário.

Considere a liminar de Teori Zavascki afastando cautelarmente Eduardo Cunha da Presidência da Câmara e de seu mandato de deputado. Em março de 2016, o Supremo aceitou denúncia contra Cunha, mas sem qualquer manifestação sobre o pedido de afastamento feito pelo PGR meses antes. Em maio, o ministro Marco Aurélio solicitou inclusão na pauta da ADPF da Rede na qual se argumentava que, pela constituição, réus não poderiam ocupar cargos na linha sucessória da Presidência.

Poucos dias depois, o ministro Teori Zavascki monocraticamente decidiu o pedido cautelar da PGR e afastou Cunha por tempo indeterminado.⁷ Mesmo tomada horas antes de plenário apreciar a questão, a decisão teve efeitos práticos profundos. Mesmo que por apenas algumas horas, Cunha já tinha sido afastado de seu cargo por uma decisão de um ministro do Supremo.

Ao apreciar a decisão individual já tomada, os outros 10 ministros não decidiriam se Cunha deveria ser afastado ou não, mas sim se *Cunha deveria ser reconduzido de volta ou não*. Reconduzir Cunha significaria desautorizar o poder individual de um ministro do tribunal, horas após a imprensa já ter noticiado que “o Supremo” – na verdade, Zavascki – tinha afastado o deputado.

Quando o *status quo* já foi alterado por uma decisão individual, *ministros* que poderiam discordar da atuação monocrática (no caso, do afastamento de Cunha) agora têm razões adicionais para endossá-la. Queremos desautorizar um dos nossos – e no uso de um poder que, afinal, nós também usamos? Queremos aparecer perante a opinião pública como ativamente responsáveis pelo retorno ao *status quo* anterior – no caso, pela recondução de Cunha?

c. *Contrariar o plenário*

Mesmo quando o plenário não foi evitado, nem emparedado, ainda houve espaço decisivo para ações individuais em sentido contrário. Quando o plenário decide e o ministro-agente discorda, usa o poder de decisão monocrática para *ignorar* ou *contrariar* a manifestação do

7 PEREIRA, Thomaz. O xadrez de Zavascki: Supremo dá um passo para afastar Cunha. *JOTA*. [02 mar. 2016] Disponível em: < <https://goo.gl/4f33lg> >. Acesso em: 08 fev. 2017.

plenário. Mesmo vencido no colegiado, o ministro continua a promover sua posição, agora jogando sozinho. Uma desinstitucionalização do Supremo como instituição colegiada, e um perigoso exemplo para as instâncias inferiores.

Foi o que ocorreu após a decisão em recurso extraordinário, em fevereiro, em que uma maioria de ministros considerou que a constituição permite a execução provisória da pena após uma condenação em 2ª instância. Apesar das severas críticas ao tribunal por parte da academia e de instituições ligadas ao sistema de justiça, é inegável que o plenário se pronunciou. E precisava, de fato, ter se pronunciado.

No contexto da Operação Lava Jato, qualquer que seja a posição do tribunal sobre execução provisória da pena, esse é um problema a ser revolido pelo conjunto dos ministros de maneira inequivocamente colegiada, firme e clara.

Contudo, a decisão de fevereiro logo começou a sofrer erosão.

Os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Lewandowski continuaram a conceder liminares monocráticas com o mesmo entendimento que havia sido derrotado. Não se trava de uma sofisticada discussão sobre aplicação de precedentes em cada caso concreto. Ao contrário, sua resistência se embasava em uma contestação pura e direta da autoridade da decisão tomada pelo plenário, que teria sido mera *“sinalização de possível mudança de entendimento jurisprudencial, não possuindo qualquer eficácia vinculante”*, nas palavras do ministro Lewandowski.

O problema continuou mesmo após nova decisão do tribunal envolvendo o tema. Em que pese a mudança de posição do ministro Dias Toffoli, os vencidos de fevereiro continuaram vencidos.⁸ Mesmo assim, o relator Marco Aurélio vetou a sugestão da presidente Cármen Lúcia, feita ao fim da sessão, de converter o julgamento da liminar em julgamento de mérito. Considerou que o tema ainda não estaria maduro. Com isso, formalmente, poderá dizer ainda que não houve um julgamento definitivo. Ampliou o espaço para decisões individuais contra a manifestação colegiada.

Quantas decisões coletivas são necessárias para que todos os ministros reconheçam que, concordando ou não com a decisão, o tribunal decidiu?

8 SCCUGLIA, Livia; CARNEIRO, Luiz Orlando. Condenados podem ser presos após condenação em 2ª instância, decide STF. *JOTA*. [05 out. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/aj6GJ7>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

O plenário poderá recuperar seu controle em 2017?

Depois de 2016, não se pode mais explicar a fragmentação como patologia de ordem administrativa. Não é resulta apenas da tensão entre quantidade crescente de processos e reduzida de tempo recursos humanos. Resulta dos usos deliberados de poderes individuais como arma política. É a arena de luta sobre o conteúdo das decisões, sobre o que é ou não é direito no Brasil. Todos contra o plenário.

O plenário terá ainda força interna para se colocar em pé? Não ser contrariado, evitado e emparedado?

A julgar pelo encerramento do ano, não há razão para otimismo. É verdade que uma maioria de ministros rejeitou a ousada liminar do ministro Marco Aurélio no caso do afastamento de Renan Calheiros da Presidência do Senado. Entretanto, quanto ao problema da fragmentação, essa reação não foi, na verdade, reação alguma. Ao mesmo tempo em que discordavam da liminar de Marco Aurélio, vários ministros fizeram questão de enfatizar que dar aquela liminar estava totalmente dentro do seu poder.⁹

Esse desagravo expressava uma mensagem: não há nada de errado ou irresponsável na *forma* com que a decisão monocrática havia sido dada – apenas com seu conteúdo. Os hábitos institucionais individualizantes do Supremo são resistentes.

É neste impasse que encontramos o Supremo neste início de 2017. Por decisão monocrática, o ministro Fux suspendeu, na véspera do recesso judicial, a tramitação das “10 medidas contra a corrupção” no Congresso Nacional.¹⁰ Mesmo que seja levada ao plenário, o que ainda não sabemos quando ocorrerá, essa decisão já começou a produzir efeitos na política e nas relações com o Congresso.

Em qualquer hipótese, o plenário já foi diminuído. A instituição já foi arrastada na direção desejada por um ministro. A decisão individual toma emprestado o poder e a responsabilidade institucionais para fazer valer uma escolha do ministro que, às vezes, não sobreviveria à influência moderadora do plenário.

9 SCOCUGLIA, Livia. Ministros rebatem críticas a Marco Aurélio por liminar. *JOTA*. [07 dez. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/7RwukV>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

10 ALVES, Raquel; FALCÃO, Márcio; SCOCUGLIA, Livia. Fux manda voltar à estaca zero pacote anticorrupção. *JOTA*. [14 dez. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/GX97YG>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

O ministro individual sempre corre mais risco de ser visto como um empreendedor da causa, em vez de juiz imparcial, o que seria seu dever. O plenário é um filtro moderador das posições e vieses individuais – especialmente das mais explícitas ou mais radicais. Por isso, a ação individual contribui para erodir a percepção pública de imparcialidade do tribunal.

No caso de Fux, teremos novas manifestações de apoio a esse tipo de comportamento individual? Os ministros vão apenas corrigir a decisão pontual já tomada, às vezes, com altíssimo custo para a instituição, como no caso de Renan Calheiros? Ou o tribunal se preocupará em reduzir o espaço de decisões individuais que operem para evitar, emparedar ou contrariar o plenário?

A agenda postergada

Nem todo o comportamento individual, no Supremo, opera no sentido de produzir decisões. A ação não-colegiada dos ministros também se expressa em não-decisões, que, em 2016, foram também decisivas para compreender o papel do Supremo na vida nacional. O que o tribunal não julgou, mas deveria ter julgado?

O problema começa com o poder discricionário dos relatores de liberar os processos para julgamento. Por exemplo, o ministro Teori Zavascki, relator do último dos Mandados de Segurança de Dilma Rousseff contra seu impeachment, ainda não liberou o processo para julgamento. Mesmo sem o plenário ter se pronunciado, o efeito prático é que, com a passagem do tempo, o Supremo está consolidando o fato do afastamento de Dilma.

O ministro Fux está, desde setembro de 2014, sem levar ao plenário uma liminar sua concedendo auxílio moradia a todos os juízes em território nacional. São cerca de 863 milhões de reais por ano, há mais de 2 anos, de custo aos cofres públicos,¹¹ sem que saibamos o que os outros ministros têm a dizer a respeito. No silêncio do plenário, a liminar de Fux aumenta o déficit dos estados. Mesmo se os eventuais pagamentos ao longo dos últimos dois anos forem considerados inconstitucionais, os juízes não serão obrigados a devolver o dinheiro. Adiar o julgamento pode ser constitucionalizar, ao longo do tempo, o inconstitucional.

11 RECONDO, Felipe. Por liminar, auxílio moradia de juízes já custa R\$ 860 milhões. *JOTA*. [10 jul. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/eW4N3G>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

Nem sempre o silêncio do Supremo é responsabilidade do relator. Às vezes, um pedido de vista interrompe o julgamento, sem qualquer prazo, na prática, para o seu retorno. O Recurso Extraordinário 635.659/SP sobre descriminalização de drogas, por exemplo, está preso por pedido de vista do ministro Teori Zavascki desde 10/09/2015.

Com mais frequência, o silêncio é também responsabilidade da Presidência do tribunal. O espaço na pauta do Supremo é escasso. Mesmo se todos os relatores liberassem seus processos pendentes ao mesmo tempo, caberia à presidente distribuir o escasso bem da inclusão na pauta. Mais raro ainda, na verdade, é que o processo incluído em pauta seja de fato decidido. Como observou Luiz Esteves, no segundo semestre de 2016, foram decididos apenas 59 dos 205 processos pautadas – menos de 30% do total.¹²

Pautar o processo e chamá-lo a julgamento são escolhas discricionárias, de responsabilidade do presidente. Considere, por exemplo, a discussão sobre a correção das cadernetas de poupança por planos econômicos nos anos 90, que está no Supremo desde 2008. Antes de virar presidente, a ministra Cármen Lúcia havia tomado um passo importante para destravar esse julgamento, quando informou que não estaria mais impedida de julgar a causa.¹³ Após sua posse, porém, não se teve mais notícias sobre esse caso. Até onde sabemos, depende apenas da própria ministra presidente a decisão de colocá-lo para julgamento.¹⁴ A não-decisão, aqui, tem efeitos distributivos típicos de política econômica, ainda que silenciosos. O Supremo está fazendo política monetária. É o eventual controlador do déficit do Tesouro.

Esse cenário mudará em 2017?

Há sinais claros de que cresce, entre os ministros, a insatisfação com o funcionamento politicamente imprevisível e administrativamente ineficiente da pauta e do processo decisório do tribunal. Por exemplo, a ministra Cármen Lúcia vem marcando sessões extraordinárias, e tomou

12 ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Supremo: um tribunal aparentemente eficiente? *JOTA*. [29 dez. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/T0nehK>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

13 RECONDO, Felipe. Cármen Lúcia confirma que julgará planos econômicos. *JOTA*. [01 mar. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/a2T2pd>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

14 CARNEIRO, Luiz Orlando; SCOCUGLIA, Livia; FALCÃO, Márcio. Cármen Lúcia prepara pauta temática para o STF. *JOTA*. [23 set. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/dvB5QR>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

a medida inédita de liberar a pauta com um mês de antecedência, o que atende a críticas recorrentes, de cidadãos e advogados, de imprevisibilidade na formação da agenda do tribunal.¹⁵

Para reformas administrativas, há menos espaço para vetos individuais. Em junho, por exemplo, o ministro Marco Aurélio protestou contra alteração regimental no funcionamento do plenário virtual, proposta pelo então presidente Lewandowski e aprovada em sessão administrativa. Marco Aurélio era contra a alteração, e renunciou à Presidência da comissão de regimento interno do Supremo, pela qual considerava que a questão necessariamente deveria ter passado antes da decisão pelo colegiado.¹⁶

Quanto mais nos afastamos de questões jurisdicionais, mais poder a presidente Cármen Lúcia tem para fazer valer a vontade da maioria dos ministros.

Como o Supremo se apresentará? Como instituição, ou como onze – onze agendas, onze argumentos, onze vozes, onze poderes? A presidente Cármen Lúcia precisará de espaço para unir e desfragmentar o tribunal, para que possa converter a agenda negativa em positiva. Ao que tudo indica, porém, esse espaço mal existe, no momento, na instituição. Precisar ser criado – ou conquistado.

Nessa difícil luta por mais institucionalidade, o Supremo perdeu um aliado decisivo. No dia 19 de janeiro de 2017, o ministro Teori Zavascki faleceu em um acidente de avião no litoral do Rio de Janeiro. Relator da Lava Jato que nunca se deixou seduzir pela exposição pública, Zavascki se tornou indispensável nesse Supremo de individualidades por seu comportamento discreto, independente, sereno e exato. Quem quer que venha a preencher sua vaga, a falta desse juiz exemplar – uma força centrípeta em um tribunal de tendências centrífugas – ficará dolorosamente evidente em 2017.

15 CARNEIRO, Luiz Orlando. STF publica pautas das sete sessões plenárias até 27 de outubro. *JOTA*. [22 set. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/vEKCFf>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

16 EDITORIAL. Marco Aurélio renuncia à Presidência da Comissão de Regimento do STF. *JOTA*. [23 jun. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/s9Iy1U>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

STF: ÁRBITRO OU PROTAGONISTA NA CRISE POLÍTICA EM 2016?

Felipe Recondo

Em meio à crise política, o Supremo se desequilibrou. Foi desafiado como há muito não se via. E justamente no que há de mais caro para um tribunal: o cumprimento de suas decisões.

A crise política que culminou com o impeachment da presidente Dilma Rousseff desafiou institucionalmente o Supremo Tribunal Federal em 2016. Esperava-se do tribunal que permanecesse, antes de tudo, na condição de moderador e de mediador de conflitos entre poderes. O que se viu, em 2016, foi diferente. A Corte também contribuiu para provocar crises e insegurança. Em vários momentos, foi visto, com mais ou menos razão, como parte da crise política.

Houve, por parte de alguns dos integrantes do tribunal, uma busca permanente por manter a Corte numa postura neutra, deixando para o Congresso a solução dos conflitos políticos. Mas a linha era tênue. Uma decisão em falso, uma declaração fora do tom e o Supremo seria acusado de interferir indevidamente – seja para proteger a presidente Dilma Rousseff, ou para derrubá-la e levar Michel Temer ao comando do País.

O Supremo conseguiu se manter nesta linha? Ou tem razão quem o acusa de tomar partido na grave crise que sacudiu o País em 2016? Foi omissivo, deixando o então presidente da Câmara, Eduardo Cunha (PMDB-RJ), seguir com seus planos de derrubar a presidente da República? Ou agiu corretamente, no tempo possível, deixando a política se resolver?

A mesma dúvida paira sobre a postura do Supremo no diálogo com outros poderes. Num ano, o tribunal afastou liminarmente o presidente da Câmara e viu um de seus ministros determinar o afastamento do presidente do Senado, Renan Calheiros. Decisões que se somaram a tantas outras que ampliaram a níveis elevados o medidor do ativismo da Corte.

Compreender o Supremo, no ano de 2016, e resumi-lo em poucas páginas é missão espinhosa para a qual não há saída fácil ou diagnóstico taxativo. Por isso, durante o ano, centenas de textos produzidos pelo

JOTA e pelo SUPRA levantaram diferentes problemas e pontos de vista sobre a atuação do Supremo, dando elementos para que os leitores chegassem às próprias conclusões.

Em 2017, o desafio imposto ao Supremo será semelhante. A delação premiada da Odebrecht na Operação Lava Jato resultará em novos inquéritos contra figuras proeminentes do governo Michel Temer e, tudo indica, figuras proeminentes do PSDB. A crise econômica será um fator externo que deve interferir em julgamentos com impactos sociais e econômicos, como a terceirização. O massacre nos presídios, com a morte de dezenas de presos no Amazonas e em Roraima, aumentará a expectativa sobre uma decisão – que já tarda – sobre a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal.

Desequilíbrio

Em meio à crise política, o Supremo se desequilibrou e foi acusado de ativar o clima conflagrado no cenário político em pelo menos três momentos. Cambaleou essencialmente pela ação isolada de seus integrantes. Novamente, o STF viu-se desgastado institucionalmente pelo fenômeno que dia a dia se agrava: a monocratização das decisões da Corte e o fato de os ministros, por vezes, terem uma agenda própria em detrimento da agenda institucional.

Considere, por exemplo, o caso que fechou 2016, evidenciando desarranjos internos do Supremo e suscitando dúvidas sobre a capacidade do tribunal de fazer cumprir suas decisões.

No dia 5 de dezembro, o ministro Marco Aurélio Mello liminarmente afastou o presidente do Senado, Renan Calheiros (PMDB-AL), por ter passado o senador a responder a ação penal no Supremo pelo crime de peculato. Na semana anterior, o tribunal recebera a denúncia oferecida pela Procuradoria-Geral da República, em 2013, contra Renan Calheiros pelo escândalo provocado pela descoberta (ainda em 2007) de que a empreiteira Mendes Júnior pagava a pensão alimentícia da filha do senador, gerada fora do casamento.

O ministro se baseou no entendimento precário da Corte de que réus em ações penais no Supremo não poderiam ocupar cargos na linha sucessória da Presidência da República. O julgamento da ADPF 402, iniciado no dia 3 de novembro, foi uma tentativa de o Supremo dar uma resposta ao presidente do Senado, que tachou de “juizeco” o magistrado que autorizou a operação da polícia federal contra a Polícia Legislativa, suspeita de atuar para obstruir investigações da Lava Jato.

Depois de cinco votos favoráveis à tese de que réus não poderiam exercer cargos na linha sucessória e de que não poderiam substituir o presidente da República em razão de viagens internacionais, o ministro Dias Toffoli pediu vista do processo. O decano da Corte, ministro Celso de Mello, antecipou seu voto, garantindo maioria a esse entendimento. Mas o julgamento, ressalte-se, não foi concluído.

O ministro Marco Aurélio juntou os dois fatos: a maioria precária no julgamento da ADPF 402 com o recebimento da denúncia contra Renan Calheiros. Sem consultar os colegas, mesmo diante da gravidade da decisão, concedeu uma liminar determinando a saída do peemedebista do comando do Senado.

“Urge providência, não para concluir o julgamento de fundo, atribuição do plenário, mas para implementar medida acauteladora, forte nas premissas do voto que prolatei, nos cinco votos no mesmo sentido, ou seja, na maioria absoluta já formada, bem como no risco de continuar, na linha de substituição do presidente da República, réu, assim qualificado por decisão do Supremo”, afirmou.

A decisão causou desconforto no Supremo. Ministros da Corte criticaram, reservadamente, o fato de a decisão não ter sido compartilhada com o plenário do STF. O ministro Gilmar Mendes sugeriu o *impeachment* do ministro Marco Aurélio, numa declaração inédita que revelava o clima conflagrado na Corte. Enquanto isso, o ministro Marco Aurélio antecipava à imprensa que não levaria a liminar a referendo do plenário naquela semana. E isso provocava mais espanto entre os ministros.

No Senado, a liminar gerou uma rebelião. Também por sugestão de um dos ministros do tribunal, conforme noticiou a imprensa, Renan Calheiros recusou-se a ser notificado da decisão. E os integrantes da Mesa Diretora da Casa divulgaram nota para adiantar que só cumpririam a decisão do Supremo se confirmada pela maioria dos ministros no plenário. Como Marco Aurélio resistia a liberar a liminar para julgamento, criou-se um impasse institucional.

A presidente do Supremo, ministra Cármen Lúcia, viu-se diante do desafio de equacionar uma conta complexa: respeitar a decisão de um dos integrantes da Corte, convencer o ministro Marco Aurélio de que era preciso submetê-la ao plenário o mais rápido possível (assim como fez o ministro Teori Zavascki ao afastar cautelarmente o então presidente da Câmara, Eduardo Cunha), garantir a autoridade do tribunal, estabelecer um diálogo institucional com o Senado e fazer com que o STF não se

tornasse um fator adicional desestabilizador da situação política (como se Renan Calheiros fosse um esteio para a governabilidade).

Na terça-feira (6/12), depois de intensas conversas e negociações, a solução estava dada e partiria do ministro Celso de Mello. Mas o Supremo pagaria um preço alto pela saída encontrada. O decano da Corte faria uma retificação na parte dispositiva do seu voto para consignar que réus não poderiam assumir a Presidência da República, mas não precisavam ser afastados do cargo por decisão do STF.

Por 6 votos a 3, o tribunal referendou parcialmente a liminar concedida pelo ministro Marco Aurélio. A maioria do Supremo julgou que réus que estejam na linha sucessória não podem substituir o presidente da República, mas podem permanecer nos cargos que ocupam.

O resultado provocou danos à imagem da Corte. A decisão do Supremo foi interpretada por parte da imprensa e pela opinião pública como um acerto político indevido para salvar Renan Calheiros e como um sinal de que as investigações contra esquemas de corrupção podem sofrer revés no tribunal. Por fim, o Supremo foi desafiado como há muito não se via. E justamente no que há de mais caro para um tribunal: o cumprimento de suas decisões.

O desrespeito à decisão liminar do STF foi seguido por outro. Na semana seguinte a esta crise, o ministro Luiz Fux concedeu liminar em mandado de segurança (MS 34.530) impetrado pelo deputado Eduardo Bolsonaro e determinou que o Senado devolvesse para a Câmara o projeto de 10 medidas de combate à corrupção. Argumentou o ministro que a proposta de iniciativa popular não tramitou conforme o regimento interno da Câmara e foi desfigurada ao ser votada pelos parlamentares.

A decisão irritou o Legislativo. Parlamentares acusaram o Judiciário de interferir indevidamente no processo legislativo. Novamente, o presidente do Senado recusou-se a respeitar a liminar. Disse que não devolveria o projeto e aguardaria o julgamento do agravo contra a decisão apenas em 2017. Quando o assunto for julgado, porém, Calheiros não será mais presidente do Senado. O ministro Gilmar Mendes novamente foi ao ataque. Comparou a liminar com o “AI 5 do Judiciário” e disse que, pela decisão do colega, seria melhor fechar o Congresso e entregar as chaves para o Ministério Público, que patrocinou as 10 medidas.

Em resposta às sucessivas críticas de Mendes aos colegas, os juízes federais divulgaram nota, afirmando que o ministro do Supremo descumpe a lei ao atuar como comentarista de decisões judiciais: “Nada impede

que o ministro Gilmar Mendes, preferindo a função de comentarista à de magistrado, renuncie à toga e vá exercer livremente sua liberdade de expressão, como cidadão, em qualquer dos veículos da imprensa, comentando, aí já sem as restrições que o cargo de juiz necessariamente lhe impõe, o acerto ou desacerto de toda e qualquer decisão judicial.”

Balançando

No processo de impedimento da presidente Dilma Rousseff, o tribunal balançou quando o então presidente do Supremo, Ricardo Lewandowski, fatiou o julgamento da petista no Senado Federal. A manobra – não submetida ao plenário da Casa – criou uma situação *sui generis*: Dilma Rousseff foi condenada por crime de responsabilidade, mas manteve seus direitos políticos.

O fatiamento do julgamento de Dilma Rousseff provocou reações entre os ministros do Supremo. A mais enfática, claro, partiu do ministro Gilmar Mendes, que considerou a decisão “constrangedora” e “verdadeiramente vergonhosa”. “Um presidente do Supremo (então, Lewandowski) não deveria participar de manobras ou de conciliábulos. Portanto, não é uma decisão dele. Cada um faz com sua biografia o que quiser, mas não deveria envolver o Supremo nesse tipo de prática”, afirmou ainda no calor dos acontecimentos.

O Supremo também se desequilibrou em razão da atuação do ministro Gilmar Mendes. Seja por suas declarações públicas, críticas à presidente Dilma Rousseff e ao seu governo, seja por suas decisões monocráticas.

Na mais grave delas, Mendes suspendeu, monocraticamente, a nomeação do ex-presidente Lula para a chefia da Casa Civil do governo Dilma Rousseff. O ex-presidente foi empossado no dia 17 de março. No dia seguinte, Mendes deferiu a liminar, argumentando que a nomeação de Lula tinha o objetivo de impedir que ele fosse investigado pelo juiz federal Sérgio Moro, responsável pelos processos relativos à Operação Lava Jato na primeira instância.

O ministro baseou-se para chegar a esta conclusão nas conversas telefônicas gravadas entre a presidente Dilma Rousseff e o ex-presidente Lula e divulgadas pelo juiz Sérgio Moro que suscitaram dúvidas sobre o real objetivo da nomeação do ex-presidente.

“Pairava cenário que indicava que, nos próximos desdobramentos, o ex-presidente poderia ser implicado em ulteriores investigações, preso preventivamente e processado criminalmente. A assunção de cargo de ministro de Estado seria uma forma concreta de obstar essas consequên-

cias. As conversas interceptadas com autorização da 13ª Vara Federal de Curitiba apontam no sentido de que foi esse o propósito da nomeação”, argumentou o ministro em sua liminar.

Posteriormente, a conversa entre Dilma Rousseff e Lula foi anulada por decisão do ministro Teori Zavascki. E a divulgação das conversas por Moro foi considerada um erro pelo Supremo. “Foi também precoce e, pelo menos parcialmente, equivocada a decisão que adiantou juízo de validade das interceptações, colhidas, em parte importante, sem abrigo judicial, quando já havia determinação de interrupção das escutas”, escreveu o ministro Teori Zavascki na sua decisão.

Já era tarde. Lula não assumiria mais o cargo, não teria chances de reconstruir as pontes do Planalto com a base aliada. A liminar de Gilmar Mendes, com a queda do governo, produziu efeitos definitivos. E o juiz Sérgio Moro apenas pediu desculpas pela divulgação dos áudios. “Jamais foi a intenção desse julgador, ao proferir a aludida decisão de 16/03, provocar tais efeitos e, por eles, solicito desde logo respeitosa escusa a este Egrégio Supremo Tribunal Federal”, disse o juiz em ofício enviado ao STF. Ficou o dito pelo não dito.

O capítulo final do processo de *impeachment* – absolutamente previsível – ocorrerá quando do julgamento do último recurso da defesa de Dilma Rousseff. O advogado da ex-presidente, José Eduardo Cardozo, protocolou um mandado de segurança, com pedido de liminar, em que contesta o mérito da acusação por crime de responsabilidade e pede que o STF anule a condenação pelo Senado da ex-presidente à perda do cargo.

Na conta final do ano, o Supremo fez sua escolha. Pagou e pagará por elas. Essa conta não zera com a virada de 2016 para 2017. A soma de conflitos, intervenções e críticas é um passivo com que o STF terá de lidar neste ano de 2017.



DESAFIOS INSTITUCIONAIS

O SUPREMO CONTRA-ATACA

Joaquim Falcão
19 | 02 | 2016

Não se sabe ainda se o Supremo está dizendo “lides temerárias, nunca mais”. “Embargos protelatórios, nunca mais. Agravos infundados, nunca mais”. Mas é fundamental mudança: da inércia para a autodefesa.

O Supremo resolveu sair em sua própria defesa. Com o voto do ministro Marco Aurélio, o Supremo decidiu impor multa para agravos inadmissíveis ou infundados.

Mais do que a multa, o importante foi a clara, descritiva e factual argumentação do ministro: “Decisão de primeiro grau desfavorável. Decisão de segundo grau desfavorável. Interposto o recurso foi negado seguimento a este recurso. Protocolado agravo de instrumento julgado por integrante do Supremo, portanto, pelo Supremo. E ainda me vem com agravo interno...”

Não disse, mas expressa: “Basta!”.

Não se sabe ainda se o Supremo está dizendo “lides temerárias, nunca mais”. “Embargos protelatórios, nunca mais”. “Agravos infundados, nunca mais”. É cedo, mas é fundamental mudança: da inércia para a autodefesa. Agora reagir parece possível.

O motivo desta decisão parece óbvio. Todos os que me leem sabem muito bem. Não é possível o Supremo continuar a receber quase 8 mil processos por mês. Um ministro do Supremo recebe mais processos do que um juiz de primeira instância.

Nem faz bem ao Supremo diante dos cidadãos, junto aos quais precisam prestar contas do poder que tem, um ministro estar julgando quase 30 agravos regimentais em uma só sessão. A tal ponto que não se julga mais processo, mas lista de processos!

A decisão do ministro deverá ter repercussões importantes. Duas pelo menos. A primeira é clara. O brasileiro não tem reclamado da justiça que o Supremo produz, mas da ineficiência e lentidão. Dos quase 30 agravos regimentais indeferidos das listas do ministro Marco Aurélio, 19 tiveram a imposição de multa. Destes casos, a maioria tem como tema servidores públicos.

Servidores públicos: assunto que inunda o Supremo e que compõe quase 20% do total de seus processos. É este o Supremo que o Brasil quer? Um “resolvedor” de conflitos de funcionários públicos?

Estes agravos, os dados mostram inúteis. Custam ao orçamento. No fundo, é apropriação privada de recursos públicos pelos interesses das partes, sejam partes governamentais ou privadas.

A segunda consequência da imposição de multas é o simbolismo na convergência entre todos os ministros da 1ª Turma: Luís Roberto Barroso, Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin.

Ao convergirem, ficou evidente que divergências de teses jurídicas que acontecem aqui e ali, e são naturais, podem ser ultrapassadas, quando se trata de fazer o próprio Supremo mais legítimo, porque mudou, para ser mais eficiente.

Afinal, o Supremo começa a reagir diante do abuso processual.

SUPREMO NÃO É INERTE: PEC DO PARLAMENTARISMO E DOIS MITOS SOBRE O STF

Diego Werneck Arguelhes | Thomaz Pereira
15 | 03 | 2016

Ao pautar esse processo, o Supremo deixa claro que algumas visões recorrentes sobre a sua atuação como guardião da constituição não passam de mitos. Na prática, esse caso deixa claro que o Supremo só é inerte quando lhe convém.

Nesta quarta-feira, o Supremo decidirá sobre a PEC 20/1995, que instauraria o parlamentarismo no Brasil. A ação chegou ao Supremo em 1997, e a liminar foi negada. Desde então aguarda julgamento. Pode parecer que o tribunal chegou ao tema com quase duas décadas de atraso. Ocorre o contrário. O Supremo está – deliberadamente – adiantado.

Ao pautar esse caso nessa semana, juntamente com os embargos do *impeachment*, o tribunal claramente impulsiona a si mesmo para se pronunciar sobre uma questão atual sobre a qual não foi provocado. Antecipa-se aos próximos passos da crise política para dar luz verde, amarela ou vermelha a uma ideia que voltou agora a ser debatida no Congresso.

Formalmente, não há nada de errado nisso. Pragmaticamente, aliás, pode ter efeitos positivos. Mas, ao pautar esse processo, o Supremo deixa claro que algumas visões recorrentes sobre a sua atuação como guardião da constituição não passam de mitos.

Primeiro, a ideia de que o Supremo é *inerte*. Ou seja, o tribunal não escolheria quando e sobre o que agir. São outros atores, externos ao tribunal, que determinam se, e quando, ele deve se manifestar. Teoricamente, não poderia intervir na política a seu critério, sobre os temas que quiser, mas apenas se provocado por alguma parte legítima.

Na prática, esse caso deixa claro que o Supremo só é inerte quando lhe convém.

Não houve provocação formal *agora* para que o tribunal se manifeste sobre o tema do parlamentarismo. Os ministros recuperaram um caso de quase vinte anos atrás, que por acaso tratava da questão. O processo de 1997 não passa de pretexto institucional – formalidade que leva o teatro da inércia ao seu limite, esgarçando o véu das aparências.

Os ministros concluíram que discutir a viabilidade constitucional do parlamentarismo era importante no cenário atual. Buscou-se um caso antigo que permitisse ao tribunal decidir a questão agora, antes que o debate político sobre o tema tenha se desenvolvido no Congresso, muito antes de se ter uma proposta madura sobre a qual haja algum consenso, e antes sequer de uma provocação atual dos atores políticos envolvidos. Isso não é inércia.

A ideia de inércia jurisdicional é mais do que mera formalidade e está conectada à própria legitimidade do poder judicial. Ela nos assegura que, mesmo se Supremo, um tribunal está sujeito a limites: seu poder não é autoacionável, precisa ser provocado. O tribunal pode decidir, mas não escolhe quando, nem sobre o que decidir. Porém, essa imagem perde muito de sua força se um tribunal pode escolher qualquer de seus inúmeros casos pendentes – fósseis de provocações passadas, quase esquecidas no tempo por conta de sua própria inação – como pretexto para se pronunciar sobre um debate político no momento em que bem entender.

A decisão do Supremo também deixa de lado um segundo mito: a ideia de que o tribunal, além de inerte, não exerce função *consultiva*. Teoricamente, não bastaria ser acionado, e provocações só deveriam ser respondidas quando digam respeito a *controvérsias* concretas. Tribunais se expressam decidindo conflitos. Mais uma vez, porém, a prática se mostra diferente. Os detalhes do caso concreto diante do tribunal não são relevantes. O conflito formal está lá, mas é artificial. O verdadeiro conflito ainda não surgiu no Congresso.

Ao pautar e julgar um mandado de segurança de 1997 em meio à crise política de 2016, o Supremo se antecipa à discussão política que apenas começou. O tribunal não está decidindo um conflito sobre uma opção normativa atual e específica, mas sim os termos de uma futura implantação do parlamentarismo no Brasil. Aponta caminhos possíveis, sem saber ainda, em detalhes, o que os legisladores pretendem fazer. Como um verdadeiro consultor, indica aos poderes eleitos em que termos e sob quais condições é possível promulgar uma emenda constitucional de modo a evitar sua inconstitucionalidade.

Qualquer que seja a resposta final, o Supremo que decidirá esse caso não é o mesmo retratado nos cursos de direito constitucional e, por vezes, nos votos de seus próprios ministros. Na prática, a teoria é outra. Todos compreendem o que move o Supremo a pautar um processo que está nas mãos do ministro Teori Zavascki desde sua posse, em 2012 – passando antes sucessivamente pelas mãos inertes dos ministros Néri da Silveira, Ilmar Galvão, Carlos Ayres Britto e Cezar Peluso – para se pronunciar sobre a possibilidade de implantação do parlamentarismo no Brasil neste exato momento. É o próprio Supremo que decide se colocar em meio ao debate político nacional, assumindo posição claramente consultiva pela livre escolha do relator, do presidente do tribunal e dos demais ministros que tenham apoiado a formulação da pauta quase monotemática desta semana. Para o bem, ou para o mal, o Supremo não é inerte.

MENDES E LULA: UMA LIMINAR CONTRA O PLENÁRIO DO SUPREMO

Diego Werneck Arguelhes | Ivar A. Hartmann
21 | 03 | 2016

Há muitos problemas da democracia que não podem ser resolvidos pelo Supremo – a maioria deles, talvez. Muito menos por um só ministro. Afinal, Supremo é o tribunal.

A decisão liminar do ministro Gilmar Mendes suspendendo a nomeação de Lula é sintoma de uma patologia do Supremo: a individualização. A individualização do tribunal tem chegado a níveis extremos, de 93% das decisões. As liminares são parte desse problema. São admitidas pela legislação; a questão é *como* os ministros usam esse poder. Numa liminar típica, portanto, o ministro age sozinho agora para *fortalecer* a decisão colegiada futura, preservando a autoridade da palavra final do tribunal. Mas há também casos em que a liminar individual vai contra o poder do plenário.

É esse o caso da liminar de Mendes. Ela erode a autoridade do plenário de três maneiras diferentes.

Primeiro, Mendes usurpou, na prática, o controle colegiado do *timing*. Com o feriado da semana santa na semana seguinte, a decisão no apagar das luzes de sexta passada só terá alguma chance de ser discutida no plenário 12 dias depois, no mínimo – provavelmente mais. No cenário atual, na ausência de uma sessão extraordinária do tribunal, isso é uma eternidade. O ministro sabia que ocuparia um vácuo de sessões colegiadas. Mais: esse processo precisa da ação do próprio Mendes para entrar em pauta. Ou seja, o ministro também define sozinho o *timing* da decisão colegiada sobre a sua própria decisão liminar. Um injustificável duplo controle do tempo.

Segundo, a liminar alimenta a politização e amplifica dúvidas quanto à imparcialidade da atuação do tribunal. Nesse cenário de crise, o plenário do Supremo tem conseguido produzir diversidade sem polarização e sem

lados claros. Mas essa imagem fica prejudicada por uma decisão de um ministro com posicionamento público muito definido e já conhecido.

Mendes tem sido um crítico aberto do governo Dilma, na imprensa e em sessões do Supremo, e pré-julgou a própria nomeação de Lula dois dias antes da decisão liminar. Um voto seu no plenário anulando a nomeação seria expressão natural do funcionamento do tribunal. O colegiado diluiria o individual – se não pelo debate, que pode ou não ocorrer, ao menos quantitativamente. Com votos vencidos de um lado e vencedores do outro, temos uma imagem de uma decisão complexa, moldada por vários fatores, nenhum dos quais explica sozinho o resultado final. Decidindo sozinho dessa forma, porém, Mendes não expõe apenas a si mesmo. Coloca em risco, junto à opinião pública, a própria imagem de imparcialidade do processo decisório do Supremo.

Terceiro, na fundamentação de sua decisão, Mendes já se antecipou ao controle colegiado sobre o direito vigente no país. Usou a fundamentação como uma espécie de palanque para lançar teses jurídicas substantivas e com alto impacto político. No plenário, teses muito ousadas teriam menor chance de prevalecer. Seriam apenas a manifestação de um voto dentre muitos, mas incluídas livremente na decisão monocrática, podem ficar repercutindo — às vezes por muito tempo — como um substituto da posição do tribunal. São palavras que geram efeito imediato. Mobilizam a autoridade da instituição em prol de uma visão individual.

Mendes sucumbiu a essa tentação. As 34 páginas da liminar já são um julgamento de mérito. O ministro discute em detalhes as gravações liberadas nas últimas semanas, faz juízos sobre a sua gravidade, conecta os pontos de várias críticas diferentes ao governo Dilma em uma só narrativa. Apresenta a intervenção judicial como necessária. Legitima de antemão certos argumentos que são justamente o centro da controvérsia jurídica sobre as gravações e a conduta da presidente Dilma Rousseff. Combine-se essa fundamentação expansiva com o controle do *timing* e Mendes tem um espaço individual para falar em nome do Supremo sem qualquer participação de seus colegas.

Quanto a esses três aspectos, contraste-se a decisão de Mendes com a liminar concedida pelo ministro Fachin em dezembro sobre o processo de *impeachment* – tema mais grave possível na política atual. A decisão de Fachin suspendeu a ação da Câmara, com uma fundamentação precisa e convincente, mas econômica. Apenas alguns parágrafos justificando a necessidade de intervenção do tribunal, sem antecipar o mérito. Mais ainda, a decisão de Fachin permitia avaliação rápida pelo

plenário. Prontamente pediu inclusão do processo em pauta na próxima sessão. No próprio tribunal, portanto, encontramos usos mais virtuosos e responsáveis do poder de decidir liminarmente.

Se é mesmo necessário intervir liminarmente num caso tão delicado, o ministro relator deveria (i) reduzir ao máximo a distância no tempo entre sua decisão e a confirmação do colegiado; (ii) declarar-se suspeito se já prejudicou a questão publicamente e (iii) colocar na fundamentação apenas o necessário para justificar a concessão da medida naquele momento, explicando seu caráter excepcional. Avançar no mérito em um vácuo de sessões é usurpar do colegiado o controle sobre o que é, afinal, o direito constitucional vigente e qual é a posição do Supremo no cenário institucional existente.

Essas críticas independem de qualquer entrada no mérito da questão perante o Supremo. A indicação de Lula para ser ministro, no contexto e no momento em que ocorreu, é preocupante. Mas, se a decisão da presidente Dilma é questionável, a reação a ela não pode incorrer no mesmo erro. Há muitos problemas da democracia que não podem ser resolvidos pelo Supremo— a maioria deles, talvez. Muito menos por um só ministro. Afinal, Supremo é o tribunal.

AMIZADES SOB SUSPEIÇÃO NO SUPREMO

Pedro Cantisano
24 | 03 | 2016

O novo CPC será capaz de modificar a própria constituição e o funcionamento do campo jurídico brasileiro e as formas aceitáveis de conciliar amizade e jurisdição?

Na segunda-feira (21), o ministro do Supremo Edson Fachin deu um exemplo de como aplicar uma das inovações do novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor sexta-feira passada (18). Declarou-se suspeito para julgar o habeas corpus impetrado por diversos juristas em favor do ex-presidente Lula. O motivo? Fachin é padrinho da filha de um dos advogados que assinam a petição.

A antiga redação do CPC previa suspeição apenas quando o juiz fosse amigo íntimo ou inimigo capital de uma das partes. O novo Código adiciona as hipóteses de o juiz ser amigo íntimo ou inimigo de advogado da parte. Inaugurando o uso da nova redação no Supremo, a postura de Fachin levanta questões delicadas relativas à própria configuração do campo jurídico brasileiro.

O Projeto História Oral do Supremo, da FGV Direito Rio, em conjunto com a FGV Direito SP e o CPDOC, entrevistou ministros do Supremo para, entre outros objetivos, compreender as trajetórias pelas quais juristas chegam à mais alta corte do país. As entrevistas indicam que os laços interpessoais entre membros das elites jurídicas e políticas brasileiras são centrais nestas trajetórias.

Durante o curso de direito, especialmente naqueles com mais prestígio no campo jurídico nacional, e depois, quando se tornam advogados, procuradores, professores e juízes, a elite jurídica brasileira se constitui em relações interpessoais de amizade – quando não orgânicas, familiares. Às vezes, anteriores mesmo à vida universitária, como no caso do ministro Nelson Jobim, membro da quarta geração de advogados da família. O acesso a cargos que dependem de indicação política, como o de ministro do Supremo, depende destas relações.

Ao retratar os percursos que levam ao Supremo, o projeto da FGV capta diversos exemplos de amizades entre ministros e advogados.

O ministro aposentado Sidney Sanches e o hoje advogado Kazuo Watanabe são amigos há mais de 50 anos. Foram magistrados em São Paulo na mesma época. Em 1984, batiam papo na praia, de férias, quando Watanabe – nas palavras de Sanches – sugeriu que era preciso um magistrado de São Paulo no Supremo. Depois daquela conversa informal, Watanabe ajudou a articular a candidatura vitoriosa de Sanches nas associações de magistrados. Sanches foi para o Supremo e seu amigo, como muitos outros juízes aposentados, tornou-se advogado, sócio de um dos escritórios de advocacia mais conhecidos do país.

Sepúlveda Pertence, que foi advogado antes de ser ministro, descreve assim sua posse no Supremo: “Então, ocorreu um número de advogados de Brasília, e sobretudo as amizades feitas Brasil afora, principalmente no Rio de Janeiro. Quer em função da advocacia itinerante, que praticava com os escritórios de Victor Nunes, quer em função da participação intensa no Conselho Federal da Ordem, muita gente também veio do Rio e de outros Estados”.

Por um lado, relações de amizade são parte incontornável da constituição da elite jurídica nacional. Por outro, é impossível ignorar a mudança promovida pelo novo CPC. Mas qual serão os impactos dessa mudança? Apenas três dias depois da entrada em vigor, Fachin já deu um passo. Usou o novo artigo para demonstrar imparcialidade em um dos casos mais notórios do país. Na sexta, o ministro Gilmar Mendes não se declarou suspeito na liminar que pedia a suspensão da nomeação de Lula para a Casa Civil, assinada pela coordenadora da pós-graduação do Instituto de Direito Público – do qual Mendes é fundador e coordenador científico.

Esses dois casos são os primeiros exemplos em um debate que se impõe. O Supremo será capaz de formar um entendimento institucional que respeite a nova regra do CPC ou, como em outras áreas, veremos ministros dando interpretações divergentes à questão? Aqui, o risco é grande. Individualidades não ameaçam apenas a segurança jurídica, mas a própria imagem de imparcialidade do tribunal. Além disso, a questão de fundo que se coloca é se o novo CPC será capaz de modificar a própria constituição e o funcionamento do campo jurídico brasileiro e as formas aceitáveis de conciliar amizade e jurisdição.

QUANDO A CIÊNCIA ESTÁ EM JOGO, A DEMOCRACIA NÃO IMPORTA

Rachel Herdy
22 | 04 | 2016

Audiências públicas são convocadas para casos em que não são necessárias; e quando são necessárias, não são convocadas.

O Supremo realizou nesta semana sua 19ª **audiência pública**, discutindo a base empírico-científica de alguns dispositivos do novo Código Florestal. O ministro Luiz Fux, relator das quatro ações que deram ensejo à **audiência** (ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937), relacionou o caráter técnico e interdisciplinar da matéria fática com a legitimidade democrática da decisão. No final da sessão, o ministro afirmou que aquilo era um exercício de “democracia participativa”.

Ora, não há nada mais contraditório. No campo da ciência, a liberdade e a igualdade estão ameaçadas. Nem tudo pode ser dito, nem todos podem falar e, principalmente, nem todas as falas têm igual valor. É claro que a ciência é uma prática falível e suscetível à corrupção; mas ela constitui, até hoje, a tentativa mais bem-sucedida de compreender objetivamente certos aspectos do mundo. A ciência não está – e é bom que não esteja – sujeita à construção social a partir de interesses e necessidades contingentes. Em um certo sentido, a ciência é uma violação à democracia.

A posição de Fux, porém, não é novidade no tribunal. O entendimento de que as **audiências públicas** constituem um mecanismo de promoção da democracia tem sido manifestado desde a primeira audiência, em 2007 (pesquisas com células-tronco embrionárias). Não havia, à época, regulamentação específica referente ao procedimento a ser seguido. Nesse vácuo normativo, o então ministro Carlos Ayres Britto, relator daquele primeiro caso, invocou a aplicação dos parâmetros sobre **audiências públicas** previstos no Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Essa solução só gerou confusão.

Audiências públicas são convocadas para casos em que não são necessárias; e quando são necessárias, não são convocadas. E mais: quando são convocadas para casos em que são necessárias, participantes interessados são habilitados como especialistas; e especialistas estudiosos do tema não são escutados. Em referência à **audiência pública** desta semana, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), que constituiu um grupo de trabalho com o objetivo de oferecer contribuições para a elaboração do Novo Código Florestal, teve seu pedido de inclusão de representante indeferido.

O legislador não autorizou a participação geral da sociedade civil na decisão judicial; pelo menos, não nestes termos. Criou, ao contrário, um mecanismo seletivo para que certos atores falassem sobre certas questões. Além do mais, fosse esta a intenção do legislador, o chamamento de membros da sociedade civil teria de se dar em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de direito, e não de fato. Fatos não dependem da opinião pública, sobretudo aqueles fatos técnico-científicos que são (ou pelo menos deveriam ser o exclusivo) objeto das Audiências Públicas.

A relação entre ciência e opinião pública é uma questão sensível e urgente. Em breve, o Supremo terá de enfrentar a constitucionalidade da recente Lei 13.269/2016, que autorizou o uso da substância Fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. A presidente Dilma sancionou a lei, apesar de inúmeras manifestações contrárias por parte de institutos de pesquisa, cientistas e jornalistas científicos. Em resposta imediata, no último sábado (16 de abril de 2016), a Associação Médica Brasileira (AMB) ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade.

Quando chegar a hora, o ministro relator provavelmente convocará a realização de uma **audiência pública**. O risco é que, sob o pretexto de democratizar a decisão, neste caso – em que há vidas humanas em jogo – o Supremo convide toda sorte de mágicos, inventores de medicamentos milagrosos, associações promotoras de terapias alternativas e outras vozes que teriam um lugar à mesa em uma decisão democrática, mas não em uma discussão científica sobre matéria de fato.

A RETÓRICA DO SUPREMO: PRECAUÇÃO OU PROIBIÇÃO?

Fernando Leal
13 | 06 | 2016

Quanto mais vago o princípio, maior a probabilidade de ele sustentar decisões diferentes, às vezes excludentes, para o mesmo problema.

No julgamento sobre os campos eletromagnéticos de linhas de energia, só houve unanimidade em relação a um ponto: todos os ministros recorreram ao chamado “princípio da precaução”. Para seis ministros, a “precaução” não exigiria uma redução do campo eletromagnético para além do já previsto na lei. Para quatro, em contraste, o “princípio da precaução” demandaria medidas ainda mais cautelosas do que as já existentes.

A divergência poderia ser a expressão do potencial de princípios vagos, como o da “precaução”, para produzir razões multidirecionais em casos concretos. Quanto mais vago o princípio, maior a probabilidade de ele sustentar decisões diferentes, às vezes excludentes, para o mesmo problema. Os dois grupos de ministros concordam que o princípio é importante, mas não há nenhum acordo sobre como operacionalizá-lo – problema que já pode ser notado na jurisprudência do Supremo em princípios como dignidade humana, Estado de Direito e democracia.

No caso da precaução, porém, há algo além. As dificuldades relacionadas à sua operacionalização adequada não são as mesmas que afetam a aplicação de princípios vagos: concretização e harmonização com outros princípios em casos de colisão. Ela, na verdade, não é um objetivo constitucional em si, como igualdade ou liberdade, que pode colidir com outras finalidades constitucionais. No fundo, os ministros não divergiam sobre o que deve ser privilegiado no caso: a precaução ou algum outro “princípio”, como, na visão do ministro Fachin, “o direito fundamental à distribuição de energia elétrica ao mercado consumidor”. Ao contrário, as disputas giravam em torno de outro problema: dada a incerteza

científica sobre o potencial danoso dos campos eletromagnéticos, que riscos poderiam ser considerados admissíveis para a saúde e o meio ambiente tendo em vista os objetivos sociais e econômicos buscados pelo desenvolvimento de sistemas de energia elétrica?

A “precaução” não é, na verdade, um princípio constitucional. Não é passível de ponderação. É uma *regra de decisão* aplicável quando há incerteza científica radical quanto aos *efeitos* de medidas que podem afetar a realização de objetivos constitucionais específicos, como saúde e meio ambiente. Ou seja, o que gera dúvida nos casos de aplicação da precaução não é como ponderá-la; a dúvida é saber que comportamentos devem ser adotados quando, em condições de incerteza, precisamos conciliar proteção à saúde e ao meio ambiente com o desenvolvimento, a mudança e a inovação.

Nesse tipo de raciocínio, há um risco específico – e que apareceu na decisão do Supremo. Alguns ministros pareceram tratar a precaução como uma vedação absoluta a toda e qualquer assunção de risco por parte do legislador. A possibilidade de existir uma ligação entre os campos eletromagnéticos e certas patologias graves, como o câncer, ou a alegação de ausência de certeza científica foram consideradas nos votos dos ministros Celso de Mello e Rosa Weber razões centrais para rever a decisão legislativa sobre como lidar com possíveis ameaças – no caso, a escolha foi no sentido de seguir os parâmetros propostos pela Organização Mundial da Saúde. Nas palavras do ministro Celso de Mello, o “princípio da precaução é o exercício ativo da dúvida”. Na mesma linha, afirmou o ministro Fachin: “onde não há certeza, deve prevalecer a precaução maior”. Para essas manifestações, a precaução é incompatível com riscos, ainda que eles possam ser geridos de maneira proporcional, dado o conhecimento científico disponível, como admitiram os ministros Toffoli e Barroso. Se mesmo uma mínima probabilidade de ocorrência de dano já é inaceitável, a simples constatação de dissenso na comunidade científica se torna, na leitura mais radical, condição suficiente para descartar qualquer medida, qualquer proposta, qualquer tentativa de inovação.

Não é incompatível com a ideia de precaução a adoção de posturas conservadoras; problemático é torná-la uma exigência de certeza absoluta para a adoção de medidas cujos efeitos sobre a saúde e o meio ambiente não são agora determináveis.

Essa visão absolutizadora da precaução, além de reduzir excessivamente os espaços para o compartilhamento coletivo de riscos por meio de deci-

sões legislativas, também subverte, em alguma medida, a própria lógica de funcionamento da ciência. A dúvida é substituída pela certeza – mas é aquela, e não esta, o motor do avanço no conhecimento.

O dever geral de precaução é um dever de administração de riscos – não uma proibição de correr riscos. Gerir e medir riscos, porém, não se faz apenas com argumentos jurídicos. Sem parâmetros cientificamente informados que permitam separar riscos críveis e não críveis, prováveis e improváveis, não é possível emitir juízos confiáveis sobre as cautelas necessárias ou insuficientes para o atual estágio do conhecimento. Sem isso, a precaução se limita a um mero artifício retórico, um obstáculo intransponível pronto para ser seletivamente empregado pelos juízes.

SUPREMO CHEGARÁ AO LIVRO ELETRÔNICO COM UMA GERAÇÃO DE ATRASO

Fernando Leal
20 | 07 | 2016

Com longo tempo de tramitação dos processos, perdem não apenas as partes do conflito levado ao Supremo. A própria discussão pode se tornar irrelevante para o presente.

Cada vez menos computadores têm um leitor de CDs. O próprio CD vem se tornando artigo cada vez mais raro – e dispensável. É nesse mundo que o Supremo ainda precisa decidir se livros gravados em CD-ROM estão abrangidos pela imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, d, da Constituição. Ou seja, se “livro eletrônico” em um CD conta como “livro” para fins dessa proteção constitucional. Só no primeiro semestre deste ano, o tema, que está no Supremo desde 2002 e teve repercussão geral reconhecida em 2012, foi colocado em pauta três vezes. Em nenhuma delas, contudo, o assunto foi enfrentado.

Como já indicou o III Relatório Supremo em Números, um processo fica, de sua entrada no STF até o trânsito em julgado, tramitando na corte em média por 330 dias. Para recursos extraordinários, a porta de acesso ao tribunal do tema da imunidade do livro eletrônico, o prazo sobe para 379 dias. Com longo tempo de tramitação dos processos, perdem não apenas as partes do conflito levado ao Supremo. Como consequência indesejável da demora, a própria discussão pode se tornar irrelevante para o presente.

Parece ser o caso da discussão sobre o “livro eletrônico”. O CD-ROM está com os dias contados. Qual a utilidade dessa discussão para a sociedade neste momento? É possível, contudo, atualizar o debate. É possível que os ministros tornem a discussão relevante, apesar de o tema original do recurso estar praticamente obsoleto.

Na sua versão original, o debate no Supremo envolvia discutir se o conceito de livro é capaz de abranger um conteúdo que não contenha certas propriedades físicas que entendemos tradicionalmente estar entre os seus traços distintivos (por exemplo: ter capa, folhas tangíveis e a aptidão para adornar uma estante). Essa é uma pergunta jurídica bastante tradicional. O que um dispositivo quer dizer quando fala em “livro”? Ou, mais especificamente, uma mídia de leitura que não tem capa ou folhas nem vai para a estante ainda conta como “livro”?

A clareza da pergunta é reconfortante. Ela pode estruturar o debate entre os ministros de uma maneira organizada, com todos respondendo, de maneiras similares ou não, a uma única e focada questão. Mas esse conforto precisa ser resistido.

Por trás da controvérsia apresentada ao Supremo, há um problema cada vez mais atual. Cada vez mais, o intangível substitui o tangível em várias áreas da vida. Mas mesmo o intangível tem, nesse caso, um suporte material: o conteúdo eletrônico precisa de um algum tipo de leitor digital. Mais importante do que saber o que é “realmente” um livro, seria debater se, para fins tributários, o leitor de livros eletrônicos é o equivalente no século XXI ao “papel destinado à impressão” dos livros no mundo pré-digital.

As discussões jurídicas são estruturalmente diferentes. No caso levado ao tribunal, o problema é de determinação de sentido de um termo (“livro”) que, no caso específico, revela-se vago. Deve o dispositivo ser interpretado extensiva ou restritivamente? Na segunda hipótese, a questão relevante é saber se o texto que prevê a imunidade não acaba excluindo um caso (o do leitor de livros digitais) que, à luz dos seus propósitos, deveria estar no âmbito de incidência da regra constitucional.

Mais ainda, elas têm impactos práticos e relevância totalmente distintos. Discutir como qualificar juridicamente um leitor de livros eletrônicos ainda é pertinente, mesmo que definir o que é “livro” possa não ser, para fins de solução do caso, uma questão tão complexa. Talvez o Supremo acabe enfocando a pergunta antiga, enfrentando apenas a questão especificamente levada a seu conhecimento no recurso extraordinário distribuído em 2002. Essa limitação, no entanto, não é certa. Em inúmeros casos de repercussão geral, o tribunal tem de fato demonstrado uma certa liberdade, às vezes fixando sua decisão nos limites do caso concreto, às vezes ampliando o alcance das teses aprovadas para situações não expressamente levadas ao seu conhecimento no processo original. Seja qual for a postura do tribunal, porém, a imunidade do leitor digital

continuará um tema à espera da palavra final da corte. Afinal, de que adiantará um conteúdo imune (o livro eletrônico), se tributos ainda incidirem sobre o objeto desenvolvido prioritariamente para torná-lo acessível ao leitor (o leitor de livros digitais)? O reconhecimento da imunidade para só um deles restringirá as finalidades constitucionais que justificam a extensão da imunidade de livros para o livro eletrônico?

O Supremo precisa agora se adaptar ao seu próprio atraso de gerações, em um mundo digital que muda cada vez mais rápido. Se vai decidir no tempo errado, que ao menos coloque a pergunta certa sobre a mesa de discussões.

A DISTRIBUIÇÃO DE PROCESSOS NO SUPREMO É REALMENTE ALEATÓRIA?

Daniel Chada | Ivar A. Hartmann
25 | 07 | 2016

No Supremo, escolher o relator é quase definir o resultado. Muitas vezes, o relator controla o timing de suas decisões no processo de maneira decisiva para o resultado da causa.

Recentemente, um cidadão brasileiro pediu ao Supremo o código-fonte do programa de computador que realiza a distribuição aleatória dos processos aos ministros. Usou a Lei de Acesso à Informação (LAI). Em resposta, o Supremo afirmou que a escolha do relator “é feita através de um sistema informatizado desenvolvido pela equipe de Tecnologia da Informação da Corte, o qual utiliza um algoritmo que realiza o sorteio do relator de forma aleatória”. E negou acesso ao algoritmo, tendo em vista a “ausência de previsão normativa para tal.”

A transparência de dados, dentro ou fora do Judiciário, é pressuposto geral da administração pública. Mesmo sem previsão normativa específica, pela LAI o Supremo está obrigado a franquear o acesso ao código-fonte. A LAI prevê a possibilidade de colocar informações sob sigilo, mas nunca por via da inércia do órgão público. De qualquer forma, o sigilo é explicitamente proibido quando se trata de “informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais.”

É difícil imaginar elemento mais decisivo para a tutela de direitos fundamentais do que o mecanismo de escolha do relator dos processos na mais alta corte do país. No Supremo, escolher o relator é quase definir o resultado. A vasta maioria das decisões do tribunal é tomada pelo próprio relator,¹⁷ sem a participação dos colegas. Muitas vezes, o relator controla o *timing* de suas decisões no processo de maneira decisiva

17 ARGUELHES, Diego W.; HARTMANN, Ivar A. A monocratização do STF. JOTA. [03 ago. 2015] Disponível em: <<https://goo.gl/NsBYrc>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

para o resultado da causa.¹⁸ Ou então decide em nome do colegiado descumprindo o precedente deste.¹⁹

Mas e do ponto de vista técnico? Haveria razão para o sigilo?

Computadores são previsíveis. Se você repete uma pergunta, vai receber sempre a mesma resposta. É necessário um programa diferenciado para que a máquina, ao receber a pergunta “Para quem será distribuído esse processo?”, não responda sempre com o nome de um mesmo ministro.

É possível orientar um computador para gerar resultados “aleatórios”. Mas, mesmo nestes casos, a máquina está sempre sujeita às regras da sua programação. Assim, programas tradicionais não permitem respostas ou resultados verdadeiramente *aleatórios*, porque o sistema estará seguindo sempre as mesmas regras. Estará executando sempre o mesmo algoritmo com a mesma sequência de comandos.

Mesmo assim, é possível *simular* aleatoriedade na distribuição de processos. O programa começa com um valor inicial, chamado de “semente”, e segue um padrão a partir daí. Esse ponto de partida pode ser suficientemente complexo para tornar o padrão difícil de ser identificado. Ainda assim, como não é nada mais que um conjunto de regras se repetindo, o algoritmo irá gerar uma distribuição de processos que não é verdadeiramente aleatória. O resultado pode ser imprevisível olhando de fora, mas será sempre previsível do ponto de vista das instruções do programa. Conhecendo a semente, qualquer um poderia prever para qual ministro seria distribuído o próximo processo sobre o *impeachment* da presidente Dilma ou o próximo inquérito sobre Eduardo Cunha.

Mas quando a semente usada é suficientemente complexa, mesmo algoritmos pseudoaleatórios são praticamente impossíveis de quebrar. Se for desse tipo, o algoritmo de distribuição aleatória de processos do Supremo estaria vulnerável apenas a entidades com poder computacional semi-infinito, como o Google ou a NSA. Mesmo assim, seria necessário descobrir a semente. Ou seja, uma renovação periódica dela resolveria o problema. O algoritmo poderia ser divulgado sem risco.

18 ARGUELHES, Diego W.; HARTMANN, Ivar A. Mendes e Lula: uma liminar contra o Plenário do Supremo. *JOTA*. [21 mar. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/07gPgF>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

19 PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego W. A decisão de Celso de Mello e o respeito a precedentes. *JOTA*. [05 jul. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/9ZJwod>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

Existem também formas de um computador dar respostas *verdadeiramente* aleatórias. Nesses casos, nem todo o poder computacional do mundo permitiria prever para qual ministro o próximo processo seria distribuído. Esses algoritmos tornam a engenharia reversa impossível. Eles se baseiam em dados imprevisíveis da realidade, como o ruído atmosférico ou a temperatura ambiente. Há soluções *online* neste formato, como o *site* random.org.²⁰ Neste caso, não importa qual o algoritmo usado, pois o resultado é aleatório independentemente do código-fonte.

Qual dos dois o Supremo usa? Se o método depende do algoritmo é uma escolha muito perigosa, pois permite manipulação. A divulgação do algoritmo nesse caso é o menor dos problemas. Se não se baseia no algoritmo e sim em uma semente complexa ou em algo verdadeiramente aleatório, então o sigilo do código-fonte não faz diferença. De fato, muitos sistemas realmente seguros *publicam voluntariamente* seu algoritmo para corroborar sua segurança. Os *tokens* usados pelos clientes de bancos como o Itaú para gerar um número aleatório e garantir a segurança do internet banking são baseados em um algoritmo público. O Bitcoin, que já movimenta milhões no mundo inteiro, também tem seu código fonte divulgado ao público.

O Supremo poderia fazer o mesmo como gesto de boa vontade, visando assegurar aos brasileiros que a distribuição dos processos é adequadamente aleatória. Ou poderia divulgar o algoritmo apenas para cumprir a Lei de Acesso à Informação.

20 RANDOM.ORG. Disponível em: <random.org>. Acesso em: 02 fev. 2017.

A DANÇA DA PAUTA NO SUPREMO

Fernando Leal
29 | 07 | 2016

A pauta é volátil. Ter um processo pautado pode significar, na prática, que ele sequer será mencionado na sessão, e sem qualquer explicação por parte do tribunal.

Já temos a pauta da semana que vem no Supremo – a primeira do semestre. O espaço na pauta é escasso, o que faz com que ter um processo pautado na semana seja um objetivo difícil e valioso para muitos advogados e partes. Na prática do tribunal, contudo, a relação entre a pauta oficial e o que os ministros de fato decidirão tem sido um problema. O que é e para que serve, afinal, a pauta no STF?

A questão envolve pelo menos três ordens diferentes de problemas. Um deles antecede o próprio julgamento. O que pautar? Não há critérios claros e vinculantes, embora alguns ministros tentem estabelecer algumas diretrizes. O então presidente Nelson Jobim, já em 2005, encampou a criação de uma pauta “proativa”, e não “reativa”, incluindo uma priorização de temas que tivessem impacto em outras demandas dentro e fora da corte.

O problema se torna muito complexo, porém, em um tribunal marcado cada vez mais pela individualização,²¹ já está claro que não há qualquer controle dos prazos e condições para relatores liberarem seus casos para julgamento, para que presidentes do tribunal os incluam em pauta²² e muito menos²³ para que ministros devolvam os pedidos de vista sobre

21 FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W. O invisível Teori Zavascki e a fragmentação do Supremo. *JOTA*. [3 fev. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/sYu0Ge>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

22 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDO, Soraya. O poder de quem define a pauta do STF. *Folha de S. Paulo*. [27 abr. 2012] Disponível em: <<https://goo.gl/49ntwn>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

23 FALCÃO, Joaquim. Por que Lewandowski não pauta ação de financiamento eleitoral? *JOTA*. [10 jun. 2015] Disponível em: <<https://goo.gl/lbIUsi>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

casos em curso.²⁴ Por caminhos diferentes, os ministros podem influenciar o momento de a corte enfrentar certa questão. Nesses casos, a questão “o que pautar?” se torna refém de opções individuais sobre “quando pautar?”. Motivações diversas podem acelerar ou retardar essas escolhas. O ministro Ayres Britto, por exemplo, ao ser perguntado sobre a decisão mais difícil que tomou sobre o caso Mensalão foi claro ao dizer: “colocar em pauta o julgamento. Marcar o dia para começar”.

Esses são dilemas tipicamente institucionais na formação da pauta. Um terceiro tipo de problema, no entanto, pode tornar completamente inócua a definição de uma pauta de julgamentos. Está relacionado à própria condução da sessão. Para quem acompanha a prática do tribunal, de advogados que se deslocam – às vezes de muito longe – até Brasília a acadêmicos, passando por cidadãos interessados em certos temas, a viagem e a espera podem ser em vão. O problema aqui é de efetividade, quando chega a hora da sessão, das decisões – supostamente anunciadas na pauta – sobre o que julgar. A pauta é volátil. Com isso, ter um processo pautado pode significar, na prática, que ele sequer será mencionado na sessão, e sem qualquer explicação por parte do tribunal.

Só no primeiro semestre, para citar exemplo emblemático, a ADI 3.396, que trata da possibilidade de pessoas naturais serem admitidas como *amici curiae*, foi pautada dez vezes. E há outros casos. O MS 22.972/DF, em que se discute a chamada “PEC do parlamentarismo”, foi colocado em pauta três vezes. A ADI 2.404, quatro vezes. Em todos os casos, o STF sequer começou o julgamento. A ADI 5.357, julgada no último dia 09 de junho, só foi enfrentada na sexta indicação. O debate em torno da imunidade do livro eletrônico, levado à corte em 2002, foi pautado três vezes e, até hoje, aguarda decisão.

Quando o assunto é organização da pauta, defini-la é só parte do problema. Ainda é preciso avançar muito. É verdade que o primeiro semestre do tribunal foi conturbado em função de discussões relacionadas à operação Lava Jato e ao processo de *impeachment* da presidente da República. No entanto, o silencioso “esquecimento” de processos pautados é, como prática recorrente, inaceitável. O Supremo precisa deixar mais claros os motivos a que recorre para privilegiar questões “novas” – não se tornando, assim, refém de contingências – e não priorizar na sessão seguinte o que não conseguiu decidir na véspera.

24 ARGUELHES, Diego W.; HARTMANN, Ivar A. Diego Werneck Arguelhes e Ivar A. Hartmann: Pedido de vista e poder de veto. *Folha de S. Paulo*. [15 abr. 2015] Disponível em: <<https://goo.gl/5jMqhW>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

Em parte, é possível que o problema esteja em uma pauta ingenuamente ambiciosa, que prevê *muito* mais do que o STF é capaz de julgar ao longo de uma semana; às vezes, encarando o problema de outro ângulo, encontramos dezenas de processos *sobre temas diferentes* na mesma pauta. Seriam essas dificuldades de gestão ou produtos de estratégias deliberadas para tornar a pauta maleável? Há problemas em qualquer caso. Outra hipótese, por fim, diz respeito à *duração* das sessões, que deveriam ser estendidas para que a corte fosse capaz de dar conta de tudo. Com atrasos para início, antecipação de término e pausas, não é raro que uma sessão dure apenas três horas, o que sem dúvida afeta o ritmo decisório de uma corte que se reúne três vezes por semana. Há, na verdade, a impressão de que o tempo de duração das sessões vem diminuindo ao longo do tempo.

Em qualquer cenário, o fato é que a questão “o que pautar?” não pode ser tratada como se fosse independente da questão “o que é realmente possível decidir?”. Lidar com esses problemas depende de decisões e procedimentos. O processo decisório do STF não cria – e frustra – expectativas somente quanto ao resultado das questões que enfrenta, mas também quanto às estratégias de coordenação e regras de organização que institui ou *deixa* de instituir para o desenvolvimento de sua rotina. Nesse caso, abrem-se inclusive as portas para a disciplina do assunto pela via legislativa.

A dança da pauta – essa revisão em tempo real e sem qualquer explicação do que será debatido nas sessões – é mais um mecanismo que amplia, aparentemente sem limites, a liberdade do tribunal de julgar o que quiser, quando quiser. Os efeitos perversos são evidentes. A maleabilidade de uma pauta meramente indicativa – e não vinculante – impõe custos muitas vezes evitáveis para partes, advogados e todos os interessados nas decisões da corte.

Embora a escassez do tempo e o volume de processos contribuam, aqui, não são os únicos vilões. Não agem sozinhos. Sem a definição mais clara de um procedimento que una, de forma realista, a liberação de um processo para julgamento, sua inclusão na pauta e seu julgamento de fato, restará, como em tantos outros aspectos, a imagem de um Supremo que decide o que fazer e quando fazer em função de critérios completamente desconhecidos.

A PAUTA DA PRESIDENTE CÁRMEN LÚCIA

Diego Werneck Arguelhes
14 | 09 | 2016

Quando mais se institucionalizar e limitar o arbítrio da pauta, menos margem de manobra Cármem Lúcia terá para promover suas próprias prioridades.

O Supremo tem sido sitiado por um número crescente de casos novos. Como adaptação patológica do tribunal neste cenário, temos variações de um mesmo tema: a individualização²⁵ e monocratização crescente²⁶ das decisões, com mais de 95% dos casos sendo resolvidos pela ação exclusiva de um gabinete de um único ministro. Estatisticamente, ter seu processo decidido pelo plenário ou por uma das turmas é uma espécie de privilégio. Em especial, estar na pauta do plenário é um bem escasso,²⁷ controlado pela ação combinada dos relatores e do presidente do tribunal.

Relatores precisam liberar seus processos para a pauta, mas é o presidente quem decide incluí-los em uma sessão específica²⁸ – e quem os chama para julgamento, de fato, no dia da sessão. Nestas sessões de quarta e quinta-feira, temos as primeiras duas pautas escolhidas pela nova presidente do Supremo, ministra Cármem Lúcia.

-
- 25 FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W. O invisível Teori Zavascki e a fragmentação do Supremo. *JOTA*. [03 fev. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/sYu0Ge>>. Acesso em: 02 fev. 2017.
- 26 ARGUELHES, Diego W.; HARTMANN, Ivar A. A monocratização do STF. *JOTA*. [03 ago. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/NsBYrc>>. 08 fev. 2017.
- 27 LEAL, Fernando. A dança da pauta no Supremo. *JOTA*. [29 jul. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/9JPMIt>>. Acesso em: 02 fev. 2017.
- 28 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. O poder de quem define a pauta do STF. *Folha de S. Paulo*. [27 abr. 2012] Disponível em: <<https://goo.gl/49ntwn>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

São suas primeiras escolhas. Podem ser declarações de intenções. O que nos sinalizam sobre as prioridades da ministra na condução da pauta do Supremo daqui para frente?

Primeiro, há um processo envolvendo uma relevante questão de gênero. Um recurso extraordinário em que se discute se é constitucional exigir, em todo contrato de trabalho, que mulheres tirem 15 minutos de intervalo antes de trabalhar qualquer hora extra. Muito antes de assumir, a ministra Cármen Lúcia expressou em diversos momentos²⁹ sua preocupação com essas questões. Essa não é uma consequência natural de *ser* uma ministra mulher. Ao contrário, no caso de Cármen Lúcia, reflete um engajamento deliberado³⁰ de enfrentar e trazer problemas de gênero para a luz do dia – ou, no caso, para o plenário³¹ do Supremo.

Segundo, há diversos processos envolvendo direitos sociais – o direito à saúde (concessão de medicamentos) e direitos trabalhistas. Em especial, a presidente pautou um processo sobre as implicações jurídicas da contratação de empresas terceirizadas no âmbito da administração pública. São problemas situados na interface entre os direitos fundamentais e a situação econômica nacional, em torno dos quais há grande debate público no momento.

Essa é uma agenda que converge com a polêmica em torno de algumas das propostas de reforma do governo Temer. Não se sabe qual será a posição do Supremo com relação a essas questões. O mero fato de terem sido pautadas, porém, pode ser lido como uma mensagem dupla. Tanto para o governo, quanto para a sociedade, pode ser uma sinalização: vamos acompanhar os grandes debates sobre as reformas econômicas importantes postas na mesa. As propostas do governo com impacto em direitos sociais não serão recebidas em silêncio pelo Supremo.

Aqui, há um contraste com o Supremo de outros tempos – sobretudo nos anos 90, mas com vestígios visíveis até os dias de hoje. Um tribunal que se permitia ser um instrumento passivo de governabilidade ao ficar

29 AGUIAR, Gustavo. Vice-presidente do STF Cármen Lúcia diz que caso de estupro coletivo é inadmissível e insuportável. *Estadão*. [28 maio 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/eiNV48>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

30 *Idem*.

31 DA REDAÇÃO. Cármen Lúcia assume Presidência e deve mudar agenda do STF. *JOTA*. [12 set. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/h0U2Kl>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

o longamente silente sobre os impactos de grandes reformas – como no caso dos expurgos inflacionários e as cadernetas de poupança.³²

Decidir enfrentar uma questão, é claro, nada nos diz sobre como o tribunal se comportará, no mérito — se atuará mais um ponto de veto, ou mais como um legitimador e facilitador das eventuais reformas. E, mesmo com relação à mera decisão de decidir, ainda é cedo para ver aqui uma tendência. Até porque, no caso, espera-se também da nova presidente um esforço maior de transparência,³³ previsibilidade³⁴ e institucionalização na construção da pauta³⁵ – e qualquer passo nessa direção acaba reduzindo, na prática, o hoje absoluto poder do presidente de escolher a agenda do tribunal. Quando mais se institucionalizar e limitar o arbítrio da pauta, medida que conta com apoio inclusive de alguns ministros do próprio Supremo, menos margem de manobra Cármen Lúcia terá para promover suas próprias prioridades.

Mesmo assim, essas primeiras pautas já enviam mensagens, que podem ou não ser reiteradas no futuro. De um lado, a presidente já utilizou seu poder de escolha para voltar a atenção do tribunal para uma questão constitucional que é uma de suas prioridades – a igualdade de gênero. De outro, também mostrou sensibilidade à agenda que a realidade política atual está impondo à opinião pública, e em relação à qual a sociedade precisará de respostas rápidas. Serão essas algumas das marcas da gestão de Cármen Lúcia nos próximos dois anos?

32 ARGUELHES, Diego W.; PEREIRA, Thomaz. Planos econômicos: um falso impasse. *JOTA*. [03 set. 2015] Disponível em: <<https://goo.gl/oGtK08>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

33 PERON, Isadora. A nova Presidência do STF: ministra Cármen Lúcia. *Estadão*. [15 mar. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/dNuORp>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

34 FOLHA DE S. PAULO. *O poder de quem define a pauta do STF*. Disponível em: <<https://goo.gl/49ntwn>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

35 LEAL, Fernando. A dança da pauta no Supremo. *JOTA*. [29 jul. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/9JPMIt>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

A CONSTITUIÇÃO INTERPRETADA SEM REGRAS

Dimitri Dimoulis
03 | 10 | 2016

Para além das cláusulas vagas, o que acontece quando a constituição regula algo de forma expressa e densa?

O processo de *impeachment* da presidenta Dilma gerou muitos embates políticos e jurídicos, como era de se esperar. Uma das maiores controvérsias jurídicas se deu no momento do desfecho. A decisão do min. Lewandowski pelo fatiamento da votação sobre as sanções permitiu que a presidenta condenada mantivesse seus direitos políticos. O parágrafo único do art. 52 da Constituição prevê que compete ao Senado julgar o presidente da República por crime de responsabilidade, “limitando-se a condenação (...) à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública”.

Se a perda do cargo deve ser imposta *com* inabilitação política, como justificar o fato de ela ter sido decidida *sem* inabilitação? Lewandowski sofreu duríssimas críticas relacionadas a uma questão existencial para os profissionais do direito. Para além das cláusulas vagas, o que acontece quando a constituição regula algo de forma expressa e densa?

Ao permitir a votação das sanções em separado, o Lewandowski parece ter alterado um mandamento constitucional expresso. Poderíamos considerar que inseriu na Constituição a palavra “eventual” (“perda do cargo com *eventual* inabilitação”). Ou mesmo que criou um precedente mais radical, substituindo o “com” pelo “e/ou” (“perda do cargo *e/ou* inabilitação”). Em todo caso, afastou-se deliberadamente do texto. Se peço suco de abacaxi *com* hortelã, posso esperar receber um simples suco de abacaxi? Ou apenas folhas de hortelã?

“*Não passa na prova dos 9 do jardim de infância do direito constitucional*”, disse o min. Gilmar Mendes sobre essa interpretação, entendendo que o aplicador deve respeitar a formulação literal da Constituição.

Esse textualismo e sua conotação matemática contrariam, porém, o que escreveu o mesmo ministro na Reclamação 4.374: “os juízes, quando se deparam com uma situação de incompatibilidade entre o que prescreve a lei e o que se lhes apresenta como a solução mais justa para o caso, não tergiversam na procura das melhores técnicas hermenêuticas para reconstruir os sentidos possíveis do texto legal e viabilizar a adoção da justa solução”.

O que “vale”, afinal? A letra da Constituição ou a solução “justa” mediante interpretação livre? O debate é secular e não se pode esperar resposta definitiva. Mas, em nível descritivo, já temos uma resposta institucional do Supremo. Os ministros não consideram a letra da Constituição como relevante obstáculo quando a solução que essa letra dita lhes parece disfuncional.

No MS 27.931, interpretaram o art. 62 § 6 da Constituição que dispõe: “Se a medida provisória não for apreciada em até 45 dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência (...), ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando”.

O que significa “todas as demais deliberações”? Em 2009, o min. Celso de Mello adotou parecer do então presidente da Câmara, Michel Temer, que recomendava não seguir a letra da Constituição. Com o argumento político-consequencialista de não tornar o Congresso Nacional refém da agenda imposta pelas medidas provisórias do Executivo, Temer argumentava que devem ser suspensas apenas as deliberações sobre leis ordinárias que dizem respeito a temas passíveis de regulamentação por medida provisória. Sete anos depois, o Supremo mantém a liminar com a qual “todas as demais deliberações” virou “*algumas* deliberações”, modificando-se o equilíbrio entre poderes da República.

Outra decisão contrária à letra constitucional é a ADPF 132 (união homoafetiva). O art. 226 § 3 da Constituição reconhece a união estável como relação entre “o homem e a mulher”. Foi opção consciente dos constituintes que adotaram emenda de um bispo evangélico, com o objetivo de excluir as uniões homossexuais, como lembrou o min. Lewandowski no julgamento. O Supremo foi unânime em admitir a união estável de pessoas do mesmo sexo e afirmou, na ementa, sua competência “para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas”. Dito de maneira mais direta, o Supremo teria a competência de mudar a letra da Constituição que lhe parece preconceituosa.

São apenas dois entre os muitos casos nos quais o Supremo ignorou o sentido evidente do texto. É comum alegar “mutações” e “evoluções” para mudar o conteúdo normativo da Constituição. Mesmo quando os ministros invocam regras e “cânones” de interpretação, o fazem conforme considerações de conveniência,³⁶ sem justificar as suas decisões e ignorando o imperativo da previsibilidade.

No mundo ideal da segurança jurídica, o Supremo deveria manter coerência em relação aos métodos de interpretação e determinar o valor da “letra” da Constituição. Enquanto não se tomam iniciativas institucionais para tentar estabilizar as interpretações, a crítica que certa decisão não respeitou as formulações da Carta Magna serve apenas para expressar discordâncias com o resultado. Não interessa como se decide, mas o que foi decidido. Acertando ou errando, o Supremo e seus críticos apropriam-se de maneira seletiva e imprevisível da letra da Constituição.

36 LEAL, Fernando. Os embargos do impeachment e os critérios de interpretação. *JOTA*. [05 fev. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/ajkbLb>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

RENAN, MARCO AURÉLIO E O TORTUOSO SUPREMO

Diego Werneck Arguelhes
06 | 12 | 2016

O ministro diz, na decisão, que a presença de um senador-réu na Presidência gera insegurança jurídica. De fato: mas insegurança gerada também pelo próprio tribunal. O Supremo criou insegurança para vender certeza.

“A crise é profunda”, disse o ministro Marco Aurélio em entrevista ao JOTA³⁷ sobre sua decisão de suspender Renan Calheiros da Presidência do Senado. “Precisamos de correção de rumos”, e a suspensão do senador-réu ajudaria nesse processo. A “correção de rumos” de que fala Marco Aurélio é unilateral: o rumo errado é do Congresso – ou do governo, ou do País, ou da sociedade. O Supremo seria um bem-vindo agente externo ao problema: nada além de uma correção, que age de fora sobre o errado rumo.

Essas imagens escondem a responsabilidade do próprio Supremo. O tribunal também é parte do problema que ele mesmo agora se apresenta para resolver. A decisão de Marco Aurélio no caso de Renan Calheiros é apenas mais um de vários sintomas de problemas profundos no funcionamento da instituição.

O “fato novo” a justificar a liminar, diz o ministro em sua decisão, é que Renan acabou de se tornar réu. Notem, porém, este fato antigo: tornar Renan réu e absolvê-lo ou condená-lo, é algo que o Supremo poderia ter feito em qualquer momento dos últimos três anos e meio. Foi o Supremo que tornou “novo” algo tão antigo.

37 FALCÃO, Márcio. Precisamos de correções de rumo, diz Marco Aurélio. JOTA. [05 dez. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/JEYbsT>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

Notem, ainda, que foi o Supremo que decidiu encontrar um novo impedimento³⁸ objetivo para a posição de presidente do Senado, e foi também o Supremo que, ao tornar Renan réu, decidiu não discutir imediatamente,³⁹ e coletivamente, se o recebimento da denúncia deveria determinar o seu afastamento imediato.

O inquérito neste caso teve origem em episódio revelado em 2007. Em 2013, a PGR ofereceu a denúncia. O relator original, ministro Lewandowski, assumiu a Presidência do tribunal e deixou a relatoria. Ao ingressar na corte em 2015, o ministro Fachin herdou o caso e só o liberou para pauta em fevereiro de 2016. Lewandowski deixou a Presidência da Corte em setembro sem ter incluído o caso em pauta, e sua sucessora, ministra Carmen Lúcia, levou mais três meses para pautá-lo.

Em todo esse período, a cada semana, tudo era possível: a denúncia ser recebida ou não, o relator liberar para pauta ou não, o presidente pautar ou não. Não havia prazos relevantes a serem aplicados, e qualquer expectativa ou previsão era mais desejo do que descrição da realidade. Nada de novo para quem acompanha o Supremo.

Enquanto isso, em agosto de 2015, a PGR ofereceu denúncia contra Eduardo Cunha. O caso foi pautado e em março de 2016 o Supremo a recebeu. Mas os ministros não decidiram imediatamente sobre a suspensão de Cunha do cargo, apesar do pedido da PGR nesse sentido. Com essa demora, três meses depois, a Rede propôs uma ADPF para obter, por outros meios, o afastamento cautelar que a PGR não tinha conseguido na ação penal. Pediu aos ministros que lessem na Constituição uma vedação de que réus sejam presidentes do Congresso. O ministro Teori Zavascki, relator da denúncia contra Cunha, reagiu; suspendeu Cunha e levou o caso imediatamente ao plenário.

Com a suspensão de Cunha, a ação da Rede sobre a linha sucessória do presidente ficou em um limbo. Quando seria pautada novamente? Impossível prever. Mas permanecia como uma arma carregada nas mãos dos ministros. Voltou a ser brandida há algumas semanas. Formou-se maioria de seis ministros concordando com o argumento da Rede. Nem por isso, porém, essa posição prevaleceu: o ministro Toffoli pediu vista,

38 ARGUELHES, Diego W. Linha sucessória: os perigos da ação da Rede no Supremo. *JOTA*. [03 nov. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/AmzWng>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

39 PEREIRA, Thomaz. Ministros já poderiam ter afastado Renan Calheiros? *JOTA*. [02 dez. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/7Gm5K8>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

criando um novo ciclo de insegurança e imprevisível dilação temporal. Quando devolveria? Seria antes de Renan terminar seu mandato? Aliás: entre os dois processos, a ADPF e a denúncia penal, Renan terminaria seu mandato?

É no fim deste tortuoso processo que a decisão de Marco Aurélio se insere. A confusa, fragmentada, imprevisível e pouco transparente estrutura interna do tribunal torna impossível culpar apenas este ou aquele ministro. Mas a responsabilidade geral da instituição é inequívoca. Em parte, foi o próprio Supremo, com suas opacas omissões e seleções, bem como a Procuradoria-Geral da República, que fizeram com que um fato público de 2007 se tornasse um fato judicial “novo” só na quinta passada.

A tendência hoje parece ser de aplaudir os juízes e criticar políticos, especialmente quando aqueles agem para disciplinar estes. Contudo, ao menos em parte, a situação que vivemos foi também criada pelo Supremo. O ministro diz, na decisão, que a presença de um senador-réu na Presidência gera insegurança jurídica. De fato: mas insegurança gerada também pelo próprio tribunal. Se os ministros enfrentassem o julgamento de autoridades públicas de maneira menos tortuosa, a decisão de ontem – e com ela a própria ADPF da Rede sobre a linha sucessória – não teria existido.

Com a decisão de ontem, seja qual for o seu destino no plenário, criou-se uma série de impasses institucionais – na votação da PEC do Teto, na sucessão no Senado, e para o próprio governo Temer. Impasses que gerarão mais conflitos. Conflitos que gerarão mais incertezas – que, cedo ou tarde, o Supremo se apresentará para gerir, como observa Joaquim Falcão.⁴⁰

O Supremo criou insegurança para vender certeza.

40 PLATAFORMA DEMOCRÁTICA. *Journal of Democracy em Português*. vol. 5, n. 2, out./2016. Disponível em: <<https://goo.gl/7nhG5r>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

O FUTURO DO SUPREMO DEPOIS DE RENAN

Ivar A. Hartmann
08 | 12 | 2016

Uma maioria de ministros conscientes conseguiu conter a derrocada da corte buscada por uma minoria que não quer conhecer limites.

O Supremo enfrentou três fatos inéditos: uma liminar individual afastando o chefe do Senado, um ministro pedindo abertamente o *impeachment* de seu colega e a decisão explícita e oficial do Senado de descumprir uma decisão do tribunal. Não é pouco para 2 dias, mesmo em um ano como 2016.

A novidade, bem como o impacto político e institucional desses fatos concedem ao Supremo uma oportunidade rara de aprimoramento. Os ministros podem usá-la para reformar práticas disseminadas e reiteradas na corte ou podem aprofundar problemas graves, que estão inviabilizando o funcionamento do Supremo. Seja como for, a resposta a um momento de grandes desafios como esse sempre será decisiva, para bem ou para mal.

A decisão do plenário sobre a liminar do ministro Marco Aurélio foi um primeiro passo cuja leitura isolada não permite descobrir qual caminho os ministros escolheram nessa encruzilhada. Existem duas possíveis leituras sobre o que o Supremo fez.

Uma leitura é otimista. O tribunal reconheceu um excesso prejudicial para o relacionamento harmonioso com o Legislativo e corrigiu o rumo. Cassou a parte mais problemática do afastamento imediato, mantendo a outra parte para não conflitar com o entendimento já majoritário de que Renan não poderia assumir a Presidência da República. O Supremo calibrou os limites de sua atuação e preservou a autonomia do Senado. Mais ainda: os ministros manifestaram repúdio às declarações do ministro Gilmar Mendes e sinalizaram que adiantar publicamente o mérito de processos pendentes não é aceitável.

A outra leitura é pessimista. Os ministros não recuaram a posição da liminar sinalizar respeito à separação de poderes, mas sim porque cederam à pressão de um senador muito poderoso. O Supremo não apontou para um novo caminho de proteção da autonomia do Congresso, apenas usou a saída de ocasião que foi possível costurar. Afundou sua autoridade ao permitir que Renan descumpra uma decisão válida. Pior: confirmou que a pior represália para o impensável praticado por Mendes é a contemporização disfarçada de puxão de orelha.

A atitude dos ministros e o caminho que o Supremo percorrerá a partir daqui definirá qual a interpretação correta para o julgamento dessa quarta.

Se as liminares individuais continuarem sendo a regra em casos essenciais e a posterior análise pelo colegiado sempre tardar – ou mesmo nunca vier, estava certa a leitura pessimista. Nada mudou, quarta foi uma exceção. Também é essa a conclusão se o tribunal continuar interpretando a cláusula de separação de poderes como uma prerrogativa para ele, Supremo, dizer o que o Legislativo e o Executivo podem fazer e provocando ele mesmo novamente o descumprimento de suas decisões. Se Gilmar Mendes continuar adiantando para a imprensa seu posicionamento em processos pendentes, restará evidente que a reprimenda de seus colegas foi ignorada.

Por outro lado, se o Supremo começar a decidir mais como uma instituição; se liminares relevantes passarem a ser rapidamente analisadas pelas turmas ou pelo plenário; se, a partir de agora, em tempos de Lava Jato, nenhum relator admitir que uma denúncia de parlamentar mofe durante quase quatro anos antes de ser avaliada; então a leitura otimista estava correta. O Supremo não reformou a decisão de Marco Aurélio apenas para prestigiar o interesse pessoal de Renan. Também será confirmado o otimismo se os ministros passarem a pensar com mais cuidado (ainda que ainda exagerando aqui e ali) sobre os limites de sua competência perante a autonomia do Congresso – evitando decisões marcadas pela megalomania institucional, como a da cláusula de barreira dos partidos políticos. E isso especialmente no momento em que o Congresso começa a realizar reformas tão profundas e importantes para o país.

Acima de tudo, se Mendes e o próprio Marco Aurélio conseguirem resistir aos holofotes, respeitando a lei e deixando de anunciar previamente sua opinião sobre essas reformas e outros casos, então o Supremo começou na quarta a trilhar o caminho certo. Uma maioria de ministros conscientes conseguiu conter a derrocada da corte buscada por uma minoria que não quer conhecer limites.

FIGURAÇÕES DOS MINISTROS: O NOCAUTE E O BAILE

Pedro Fortes
12 | 12 | 2016

Se quiserem preservar suas biografias, os ministros devem evitar performances solo em casos que podem ser questionados como defesas de prerrogativas institucionais pelos demais poderes da República.

Exercício de autoridade é poder, não música. Autoridades têm que emitir ordens que serão cumpridas ou, na hipótese de descumprimento, impostas. Como agiu o ministro Teori Zavascki no caso da prisão do senador Delcídio do Amaral? Decretou a prisão e convocou os demais ministros que confirmaram a decisão por unanimidade. O senador foi imediatamente preso e a prisão foi confirmada pelo senado.

No afastamento de Eduardo Cunha, Teori também submeteu a liminar ao colegiado, que confirmou a decisão sem possibilidade de reversão ou margem para questionamentos. Ambas as liminares foram inéditas na história do Supremo e, ainda assim, irresistíveis por conta dos fundamentos e da legitimidade obtida pela expressiva votação no colegiado.

Já o ministro Marco Aurélio age sozinho. Ordenou que a Câmara dos Deputados abrisse o *impeachment* contra o então vice-presidente Michel Temer. A mesa diretora da Câmara já poderia ter questionado a decisão, exigindo o julgamento pelo plenário do Supremo. Cunha preferiu abrir o *impeachment*, mas não instalar a comissão. A liminar foi formalmente cumprida, mas sem efeito prático.

No caso de Renan, Marco Aurélio atropelou as vistas de Toffoli, a pauta de Cármen Lúcia, bem como o próprio colegiado. O (des)afastamento do presidente do senado levou jornalistas a dizer que Renan desafiou o Supremo pelo fato de que uma decisão judicial não foi imediatamente cumprida. Comentaristas sugeriram que foi um caso de patronato político, em que ministros se renderam ao poder de um coronel da política.

Contudo, o Supremo não se curvou a Renan. Não houve embate pessoal entre a corte e um político. Renan organizou um embate institucional entre a direção do parlamento e um ministro. O senado exigiu que a liminar fosse revista imediatamente pelo colegiado, já que Marco Aurélio não teve a cautela adotada por Teori.

Tampouco houve violação da separação dos poderes, porque o senado exigiu mais Supremo e não menos. Ao decidir, o plenário deu razão ao senado e não ao seu ministro. Apesar da moralidade duvidosa, Renan precisava se esquivar da liminar para poder, ainda na cadeira de presidente, defender prerrogativa da casa. Tivesse se afastado, haveria um fato consumado que o impediria de representar o senado em defesa da democracia interna do parlamento.

Além disso, a teoria do departamentalismo ensina que o Supremo não possui monopólio como intérprete constitucional; apenas a última palavra. Presidência e parlamento também podem interpretar a constituição. Não viramos uma república das bananas. Nos Estados Unidos, Abraham Lincoln e Franklin Roosevelt já estiveram envolvidos em imbrólios institucionais similares com a Suprema Corte na abolição da escravidão e na recessão econômica. No Brasil, o Supremo teve a palavra final. Preservou o papel de guardião da constituição. Sua autoridade jurisdicional não foi usurpada pelo senado.

Há, logo, exagero. Acostumada ao hiperpresidencialismo, a sociedade ainda não tinha vivido embates entre judiciário e legislativo. Contudo, tais dinâmicas revelam amadurecimento e plasticidade institucional. Até recentemente, a harmonia entre poderes decorria da paz artificial causada pela atrofia dos demais poderes diante da hipertrofia do executivo.

Se as ideias de Montesquieu explicam parte do problema, a teoria das figurações de Norbert Elias complementa a análise. O pensador alemão explica que o poder é exercido de maneira dinâmica através de relacionamentos institucionais e performances interpretadas em seu conjunto. Ao intimar Renan sem o respaldo do colegiado, Marco Aurélio deu a ele a chance de articular outros movimentos.

Um passo foi escolher o parlamento como o local para ser citado. Outro passo foi preparar uma resposta não de sua pessoa, mas da mesa do Senado. Um novo passo foi informar a necessidade de decisão colegiada do Tribunal para que o afastamento fosse legítimo. Outros passos foram sua entrevista coletiva, a perplexidade de seu substituto e a paralisação da agenda do Senado à espera da decisão final.

As figurações permitem avaliar as performances dos atores a partir de metáforas comportamentais. Ao prender Delcídio e afastar Cunha, Teori teve a performance de lutador determinado ao nocaute. Suas liminares foram robustas e respaldadas pela unanimidade de seus pares.

Ao contrário, Marco Aurélio decidiu com a leveza de quem convida para dançar. Permitiu nos dois casos que Cunha e Renan escolhessem a música, conduzissem a dança e dessem passos na direção de sua preferência, esvaziando liminares do ministro. Não por acaso, Temer não sofreu o *impeachment* na Câmara dos deputados e Renan não foi afastado da Presidência do senado. Nos dois episódios houve um baile.

E qual a configuração do Supremo após este julgamento? Ora, os profetas do apocalipse institucional se esquecem que este não foi o último ato. A vida institucional seguirá sua dinâmica. Se não foi apeado da Presidência do senado, Renan foi proibido de assumir a Presidência da República. O Supremo não deu salvo-conduto a Renan, que ainda tem que se defender em 12 inquéritos.

Apesar da desilusão da opinião pública, é cedo para fazer coro com os apocalípticos. Veremos se o futuro da Lava-Jato reservará ao Supremo mais nocautes ou mais bailes. A grande lição deste caso é que se quiserem preservar suas biografias, os ministros devem evitar performances *solo* em casos que podem ser questionados como defesas de prerrogativas institucionais pelos demais poderes da República.

AFINAL, MINISTRO DO SUPREMO É MAGISTRADO?

Diego Werneck Arguelhes
15 | 03 | 2016

Se ministros mandam a juízes mensagens e exemplos de extrema liberdade fora dos autos, perdemos uma grande ferramenta de aprimoramento do judiciário.

“A decisão do juiz Sérgio Moro autorizando a condução coercitiva do ex-presidente Lula é “preocupante”. Trata-se de “um ato de força”, “injustificável”, que “discrepa a não mais poder da ordem jurídica”. “Não me consta que o ex-presidente da República (...) tenha se recusado a comparecer”, nem que “o mandado de condução coercitiva tenha sido antecedido por um mandado de intimação para comparecer espontaneamente perante a autoridade.” “Eu só concebo condução coercitiva se houver recusa do intimado para comparecer. É o figurino legal. Basta ler o que está no código de processo.”

Essas críticas à condução coercitiva de Lula não são minhas. São palavras do ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, em entrevistas no rádio e para jornais impressos.⁴¹

A desenvoltura com que o ministro discute, na imprensa, casos que terá que julgar no futuro próximo não é novidade.

Comentando os últimos desdobramentos da crise política, o ministro se declarou “perplexo” com as revelações sobre articulações do ministro da Educação,⁴² Aloizio Mercadante, em torno do senador Delcídio do Amaral. Para Marco Aurélio, Mercadante deveria renunciar. Também hoje, o ministro afirmou que não vê uma eventual confirmação de Lula como ministro do governo Dilma “como uma fuga ao juiz Sérgio Moro”.⁴³

41 SOUZA, André de. Ministro do STF critica autorização para condução coercitiva de Lula. *O Globo*. [04 mar. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/ZLS02W>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

42 PERON, Isadora. Ministro do STF diz estar ‘perplexo’ com atitude de Mercadante. *Estadão*. [15 mar. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/uq8Ca5>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

43 *Idem*.

São fatos da ordem do dia que muito possivelmente levarão, direta ou indiretamente, a decisões do Supremo Tribunal Federal.

Não parece haver aqui maiores preocupações com o artigo 36, III, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman). Aos magistrados é proibido dar opinião sobre “processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais”, exceto nos autos, no magistério ou em obras técnicas.

Querendo ou não, ao falarem na imprensa, e para além do conteúdo específico de suas falas, os ministros mandam mensagens aos magistrados em todo o Brasil. Quais são essas mensagens?

Em um primeiro nível, essas declarações podem ser lidas como uma afirmação da incontrolabilidade do Supremo, em contraste com o resto da magistratura.

Após a criação do Conselho Nacional de Justiça, em 2005, Marco Aurélio e outros ministros têm indicado aqui e ali em seus votos e declarações que o CNJ não tem competência para agir sobre o Supremo. Uma interpretação sem base expressa no texto constitucional, mas que parece refletir o pensamento dominante hoje.

Pensamento visível mais em ações do que em palavras. Por exemplo, no contraste entre os comportamentos na sabatina perante o Senado e após a confirmação no cargo de ministro do Supremo. Não há ministro que, em sua sabatina, não tenha precisado enfrentar perguntas dos senadores que o forçariam a falar sobre sua posição em casos futuros no tribunal. A resposta típica – quase ritual – todos conhecem: em algum momento, o sabatinado se recusa a discutir questões que pode vir a ter que decidir se confirmado no cargo. Contudo, uma vez obtida a estabilidade, há ministros que passam a se manifestar na imprensa sobre qualquer tema,⁴⁴ de qualquer jeito,⁴⁵ em qualquer contexto.⁴⁶

44 PAINEL. Marco Aurélio Mello, do STF, defende renúncia de Dilma, Temer e Cunha. *Folha de S. Paulo*. [16 out. 2015] Disponível em: <<https://goo.gl/tYaTbX>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

45 JOVEM PAN. *Ministro do STF Gilmar Mendes fala em cooptação e bolivarianização da Corte. Jovem Pan*. [18 dez. 2015] Disponível em: <<https://goo.gl/dFa9tc>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

46 PAINEL. Marco Aurélio Mello, do STF, defende renúncia de Dilma, Temer e Cunha. *Folha de S. Paulo*. [16 out. 2015] Disponível em: <<https://goo.gl/tYaTbX>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

Ou seja: se você quer falar livremente à imprensa, é preciso virar ministro do Supremo.

Há, porém, uma segunda leitura possível. Mais ampla e problemática para a governança do judiciário. Em vez da excepcionalidade do Supremo, ela enfatiza o que ministros e juízes têm em comum. Afinal, não são todos magistrados? Mesmo que os ministros do Supremo acreditem que a LOMAN não se aplica a eles, seus colegas de togas no resto do país podem ouvir uma mensagem distinta – a de que a independência judicial se confunde com falta de controle e de limites para sua conduta fora dos autos.

Esse risco não é teórico. Ainda precisamos consolidar entendimentos sobre os padrões éticos e profissionais da magistratura. O Juiz Moro foi criticado por se manifestar fora dos autos;⁴⁷ a Associação Juízes para a Democracia (AJD), por sua vez, foi criticada por ter se manifestado em repúdio a uma decisão do próprio Juiz Moro. A LOMAN é antiga e precisa de reforma, mas é o único parâmetro que temos para equacionar esses conflitos. Enquanto não elabora a nova LOMAN, o Supremo precisa defender a atual.

A tarefa, portanto, não é só do CNJ. Com sua conduta pública, os ministros do Supremo – sobretudo os seus integrantes mais experimentados, como Marco Aurélio – exercem um tipo de *soft power* paralelo ao poder disciplinar do CNJ. As duas instituições podem agir juntas, ou podem se colocar em tensão.

Em suas mais de duas décadas como ministro do Supremo, Marco Aurélio tem dado contribuições importantes para o desenvolvimento da jurisprudência do tribunal. Como vice-decano, é repositório vivo da memória da instituição. Sua conduta e seu exemplo contam, e muito. Se ministros mandam a juízes mensagens e exemplos de extrema liberdade fora dos autos, perdemos uma grande ferramenta de aprimoramento do judiciário. O CNJ investiga e pune, mas só o Supremo poderia realmente liderar.

47 NOBLAT, Ricardo. Fale nos autos, Moro! *O Globo*. [14 mar. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/gIncYp>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

LULA MINISTRO E O SILÊNCIO DO SUPREMO

Thomaz Pereira
22 | 12 | 2016

Entender o funcionamento do Supremo exige mais do que compreender suas decisões. É importante também compreender seus silêncios.

O Supremo encerrou 2016 sem responder algo fundamental: Lula podia ser ministro? Aparentemente, o tribunal nunca responderá essa pergunta.

A nomeação do ex-presidente Lula foi, para alguns, a última cartada política para salvar o governo Dilma. Para outros, uma manobra para evitar que as denúncias contra ele fossem julgadas pelo juiz Sérgio Moro. Os livros de história talvez registrem a decisiva suspensão de sua nomeação por uma liminar do ministro Gilmar Mendes. Os livros de direito constitucional, porém, nunca poderão dizer se a liminar representava ou não o entendimento do Supremo.

Com o recebimento da denúncia e o posterior impeachment da presidente Dilma Rousseff, o ato que nomeava Lula ministro-chefe da Casa Civil deixou de existir, e Gilmar Mendes declarou a perda de objeto dos Mandados de Segurança (34.070⁴⁸ e 34.071⁴⁹) que questionavam sua nomeação. Existiam também duas ADPFs (390⁵⁰ e 391⁵¹), de rela-

48 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 34070 – *Mandando de Segurança (Eletrônico)*. Disponível em: <<https://goo.gl/jK2tiz>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

49 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 34071 – *Mandando de Segurança (Eletrônico)*. Disponível em: <<https://goo.gl/ntXgGQ>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

50 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 390 – *ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (Eletrônico)*. Disponível em: <<https://goo.gl/4vyYZM>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

51 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 391 – *ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (Eletrônico)*. Disponível em: <<https://goo.gl/Qd1HIF>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

toria do ministro Teori Zavascki, ambas indeferidas liminarmente sob o argumento de, em vista da subsidiariedade, não ser esta a via adequada.

A ação que questionava o ato específico perdeu o objeto, a ação que discutia a tese em abstrato foi indeferida por ser subsidiária às ações que perderam o objeto e, com isso, a decisão que impediu a posse de Lula desapareceu do mundo jurídico sem nunca ser discutida pelo plenário do Supremo. Existiu apenas pelo tempo suficiente para gerar seus efeitos, no direito e na política, subsistindo agora apenas na história.

O que tornou possível o silêncio do plenário sobre decisão individual tão importante?

O Supremo não é inerte,⁵² julga aquilo que quer, quando quer, na via processual que der. No caso, esse cálculo deliberado do *timing* se expressou tanto pela ação individual de Mendes, quanto pelo tratamento que os processos envolvidos receberam pelo plenário. Foi da interação de ambos que se produziu o problemático silêncio institucional.

O roteiro já é bem conhecido. Mandados de Segurança e ADPFs são propostas simultaneamente a cada nova crise política, são distribuídas para ministros diferentes, e liminares são concedidas e ações são indeferidas conforme a subjetividade dos relatores.⁵³

No caso de Lula, como o ato que o nomeou não existe mais, não subsiste a via do mandado de segurança e, como essa existia antes, não cabia ADPF. No caso do afastamento de Eduardo Cunha da Presidência da Câmara, pedida em uma cautelar em uma ação penal e em uma ADPF, apesar de concedida a cautelar (e apesar da cassação do mandato de Cunha) subsiste a ADPF para decidir a questão em tese (mesmo que, em concreto, diga respeito agora a situação de Renan Calheiros, que não foi sequer discutida no âmbito da ação penal contra ele).

A liminar de Gilmar Mendes, suspendendo a posse de Lula,⁵⁴ é prima-irmã das controversas decisões monocráticas do ministro Marco Aurélio,

52 ARGUELHES, Diego W.; PEREIRA, Thomaz. Supremo não é inerte: PEC do parlamentarismo, 2 mitos sobre STF. *JOTA*. [15 mar. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/08i3oK>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

53 ARGUELHES, Diego W.; HARTMANN, Ivar A. A monocratização do STF. *JOTA*. [03 ago. 2015] Disponível em: <<https://goo.gl/NsBYrc>>. 08 fev. 2017.

54 ARGUELHES, Diego W.; HARTMANN, Ivar A. Mendes e Lula: uma liminar contra o Plenário do Supremo. *JOTA*. [21 mar. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/07gPgF>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

suspendendo Renan Calheiros da Presidência do Senado,⁵⁵ e do ministro Luiz Fux, devolvendo à Câmara o pacote de medidas anticorrupção.⁵⁶

No caso de Mendes, o Supremo deixou a ação perder o objeto sem se pronunciar sobre o caso; no caso de Marco Aurélio, o Supremo se pronunciou imediatamente para cassar a sua liminar; no caso de Fux, ninguém sabe quando (ou, se) o plenário se manifestará sobre o caso.

Em todos os casos, o problema comum:⁵⁷ um ministro dando uma ordem de grande impacto político, sem apoio na jurisprudência do tribunal ou em votos dos demais ministros, diante de um tribunal que se mostra incapaz, ou sem vontade, de se pronunciar coletivamente sobre o tema.

No caso da nomeação de Lula, é verdade que Mendes pode ser criticado por ter concedido a ordem, mas a ausência de uma posição coletiva do tribunal naquele momento – e, provavelmente, para sempre – não é apenas sua responsabilidade.

Mendes chegou a submeter a liminar à apreciação do plenário. É verdade que isso ocorreu apenas alguns dias depois da Câmara votar a abertura do *impeachment*. Mas, diante disso, foi o Supremo que optou pelo silêncio. A liminar foi pautada, mas os ministros decidiram que seria melhor julgá-la conjuntamente com as ADPFs sobre o mesmo tema.⁵⁸ As mesmas ADPFs que posteriormente foram indeferidas liminarmente por falta de adequação, enquanto o *impeachment* se tornava um fato consumado e o Mandado de Segurança contra a nomeação de Lula perdia o objeto.

Entender o funcionamento do Supremo exige mais do que compreender suas decisões. É importante também compreender seus silêncios. Mendes falou mais alto ao suspender a nomeação, mas o silêncio do tribunal que se seguiu é ensurdecedor.

55 ARGUELHES, Diego W.; RENAN, Marco Aurélio e o tortuoso Supremo. *JOTA*. [06 dez. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/jcgKYI>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

56 ALVES, Raquel; FALCÃO, Márcio, SCOCUGLIA, Livia. Fux manda voltar à estaca zero pacote anticorrupção. *JOTA*. [14 dez. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/oZA7ev>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

57 ARGUELHES, Diego W.; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 46, jan./jun. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/Do8qiV>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

58 SCOCUGLIA, Livia. STF adia decisão sobre posse de Lula na Casa Civil. *JOTA*. [20 abr. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/7PNGxL>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

SUPREMO: UM TRIBUNAL APARENTEMENTE EFICIENTE?

Luiz Fernando Gomes Esteves
29 | 12 | 2016

É a falta de transparência administrativa a serviço da aparência de eficiência jurisdicional.

Na última semana de trabalho antes do recesso forense, a presidente do STF, Min. Cármen Lúcia, divulgou o balanço de atividades do Tribunal.⁵⁹ De acordo com a ministra, o Supremo realizou mais de 13 mil julgamentos de forma colegiada, e os ministros individuais proferiram por volta de 94 mil julgamentos. Para um órgão composto por apenas 11 ministros, os números impressionam. A média de casos julgados é de quase 10 mil por ministro. As estatísticas oficiais revelam, portanto, a imagem de um tribunal eficiente.

Uma análise mais precisa, porém, deve incluir outros dados. O projeto SUPRA, aqui no JOTA, acompanhou todas as sessões presididas pela min. Cármen Lúcia, e levantou dados interessantes e inéditos.

Nas 28 sessões do plenário que presidiu, a min. Cármen Lúcia selecionou 205 casos para inclusão na pauta⁶⁰, dentre os diversos processos já prontos para julgamento. Contudo, apenas 108 processos (52,7%) foram efetivamente submetidos a julgamento – ainda que não definitivamente

59 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ministra Cármen Lúcia faz balanço de atividades do STF e encerra Ano Judiciário 2016*. Disponível em: <<https://goo.gl/AibQ4d>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

60 “As estatísticas desconsideraram 13 processos, tidos como julgados na sessão realizada no dia 19/12, tendo em vista que os mesmos não constaram da pauta divulgada pelo Tribunal antes da sessão. Os 13 mandados de segurança foram tidos como julgados em virtude da decisão proferida na Petição 4656/PB, esta sim divulgada na pauta e contabilizada nas estatísticas”. ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Supremo: um tribunal aparentemente eficiente? JOTA. [29 dez. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/kvrF4m>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

julgados –, ou seja, uma média de 3,8 casos analisados por sessão. Isso significa que o pleno da Corte deliberou sobre cerca de metade dos casos que *pretendia* discutir, o que é pouco.

O que aconteceu com os 97 casos que sequer foram apreciados? Não se sabe. O Supremo tem a prática de excluir de seu *site* os registros dos casos que foram incluídos na pauta e não foram apreciados.

É a falta de transparência administrativa a serviço da aparência de eficiência jurisdicional.

É legítimo o aborto realizado por mulheres que foram acometidas por Zika? A terceirização do trabalho ofende a Constituição? Para exercer a profissão, o músico precisa se registrar em um órgão público? Esses são exemplos de questões que, no semestre passado, foram submetidas ao Supremo, foram incluídas na pauta, os respectivos advogados foram notificados, mas foram excluídas dos registros do *site* do Tribunal após os ministros, por motivos nem sempre evidentes, deixarem-nas de lado durante a sessão.

Além de não ser possível saber *se e quando* esses casos retornarão para a pauta do STF, a falta de transparência da administração do Tribunal faz com que parte do passado de tais casos no Supremo tenha sido apagada. Fica-se com a impressão de que o órgão de cúpula do Judiciário nunca pôde se manifestar sobre tais temas.

Tão grave quanto a falta de transparência sobre o que *não foi* decidido, é a aparência de eficiência sobre o que foi julgado. Em uma análise ainda mais detida, observa-se que, na gestão de Cármen Lúcia, dos 205 processos pautados, apenas 59 receberam uma solução definitiva do plenário, o que representa apenas 28,8% do total. O Supremo soluciona pouco mais do que um quarto dos casos que se propõe a decidir, após incluí-los na pauta de julgamentos do plenário.

Processos gerenciais e estatísticos precisam mudar.

Ao assumir a Presidência, em setembro, a min. Cármen Lúcia anunciou que buscaria imprimir maior eficiência aos julgamentos do Tribunal. A intenção é nobre. O que se espera de um órgão judicial é que julgue os casos que lhes são submetidos.

Julgar definitivamente apenas 28,8% do total de casos que imagina poder julgar não parece o suficiente para atingir o objetivo declarado na Presidência da min Cármen Lúcia, e nem para cumprir a missão de prestar jurisdição.

O plenário do Supremo, que já decide pouco, decide muito pouco do que *pretende* decidir.

The background of the page is a complex geometric pattern. It consists of a series of vertical lines that are slightly curved, creating a sense of depth and perspective. These lines are set against a background of horizontal lines that also curve, forming a grid-like structure that recedes into the distance. The overall effect is a dynamic, three-dimensional space. A solid gray horizontal bar is positioned in the upper middle section of the page, containing the title text.

A CRISE ECONÔMICA

DEPÓSITOS JUDICIAIS A FUNDO PERDIDO

Ivar A. Hartmann
29 | 01 | 2016

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.

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.⁶¹

O segundo maior problema é que, não satisfeito, o Executivo começou a incluir dinheiro do FGTS nas pedaladas.⁶² Gastou além da conta e

61 CALGARO, Fernanda. Câmara aprova projeto que muda correção do FGTS. *GI*. [18 ago. 2015] Disponível em: <<https://goo.gl/iS3ZuW>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

62 MARTELLO, Alexandro. Tesouro Nacional diz que quitou todas as pedaladas fiscais neste ano. *GI*. [30 dez. 2015] Disponível em: <<https://goo.gl/mE2ZRv>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

usou o dinheiro do trabalhador para cobrir o rombo. Tentou corrigir,⁶³ em medida provisória no apagar das luzes de 2015, mas acabou cometendo nova ilegalidade fiscal.⁶⁴

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 Petrobrás.⁶⁵ 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.⁶⁶ O dinheiro dos funcionários da Caixa Econômica Federal e dos Correios também foi mal guardado e agora existem buracos de R\$ 5,5 bilhões⁶⁷ e R\$ 5 bilhões,⁶⁸ 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 ar 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

63 ALVES, Murilo Rodrigues; BRITO, Ricardo. Governo remaneja recursos para quitar pedaladas com FGTS e BNDES. *Estadão*. [24 dez. 2015] Disponível em: <<https://goo.gl/ORkhF0>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

64 VALOR ECONÔMICO. *Fazenda defende legalidade das medidas para pagamento de pedaladas*. Disponível em: <<https://goo.gl/KiB1vY>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

65 RODRIGUES, Alexandre. Uso político agrava rombo na Petros que teve prejuízo de R\$ 6,2 bilhões em 2014. *O Globo*. [14 abr. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/EKrgBV>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

66 PAMPLONA, Nicola. Funcionários terão de cobrir rombo em fundo da Petrobras. *Folha de S. Paulo*. [27 jan. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/5sZMRE>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

67 TEMÓTEO, Antonio. Trabalhadores da Caixa querem a substituição da atual diretoria da Funcef. *Correio Braziliense*. [16 abr. 2015] Disponível em: <<https://goo.gl/v6DwCi>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

68 REDAÇÃO ÉPOCA. PF aponta rombo de R\$ 5 bilhões no Postalís, fundo de pensão dos Correios. *Época*. [02 jan. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/cRBeap>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

do dinheiro depositado nesses casos não tem qualquer interesse nessa peculiar modalidade de empréstimo obrigatório. Não extrai qualquer vantagem do desvio desses 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 Janeiro⁶⁹ e do Rio Grande do Sul⁷⁰ 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.⁷¹

A outra decisão do Supremo veio em 2010, no ano 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 precise passar a conta para os funcionários. E isso sem falar no fiasco que se tornou

69 COSTA, Célia. Pezão diz que se Justiça quiser adiantar pagamento terá que usar recursos próprios. *O Globo*. [28 jan. 2016]Disponível em: <<https://goo.gl/ZX6MAB>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

70 OLIVEIRA, Rosane de. Piratini paga salários atrasados nesta terça, mas “pedala” outras dívidas. *ZH Notícias*. [10 ago. 2015]Disponível em: <<https://goo.gl/CPWbRJ>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

71 FALCÃO, Dimmi Amora Márcio. Dilma Rousseff tem contas de 2014 reprovadas pelo TCU. *Folha de S. Paulo*. [07 out. 2015]Disponível em: <<https://goo.gl/MyLPdq>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

o pagamento dos precatórios. É por essa razão que o Procurador-Geral da República irá contestar a constitucionalidade das leis de repasse no Supremo.⁷²

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 o 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 a atual falta de garantias de que o dinheiro não sumirá.

72 MIGALHAS. *Janot vai ao STF contra normas estaduais sobre uso de depósitos judiciais pelo Executivo*. Disponível em: <<https://goo.gl/IgjGxd>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

LEI DAS ESTATAIS: VETOS NECESSÁRIOS

Nelson Eizirik
24 | 06 | 2016

O longo projeto é uma tentativa de adotar princípios de boa governança corporativa para moralizar a administração, em resposta aos problemas levantados na Operação Lava Jato.

O Senado acabou de aprovar a redação final do Projeto de Lei nº 555, alterando o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. Após a sanção de Temer, esperada para a semana que vem, nomeações para as estatais já começam a ser feitas com base nas novas regras. O longo projeto (97 artigos) é uma tentativa de adotar princípios de boa governança corporativa para moralizar a administração de todas as empresas públicas e sociedades de econômica mista no país, em resposta aos problemas levantados na Operação Lava Jato. O projeto contém inovações meritórias – mas esconde também um cavalo de Tróia.

Em primeiro lugar, o projeto deixa mais clara a responsabilidade do acionista controlador – União, Estado ou Município – inclusive pela divulgação de informações que possam impactar a cotação dos títulos da companhia estatal no mercado e pela preservação da independência do Conselho de Administração. Ou seja, presume-se que não mais veremos agentes públicos soltando informações ou “dicas” que possam alterar artificialmente os preços das ações na Bolsa. Tampouco veríamos orientações do governo contra o aumento dos preços de bens produzidos pela estatal para “segurar” a inflação, como ocorreu na Petrobras.

As mudanças mais relevantes, porém, verificam-se nos órgãos de administração. Os membros do Conselho de Administração e da diretoria deverão ter experiência profissional comprovada e formação acadêmica compatível com o cargo, sendo vedada a indicação de representante do órgão que regule a companhia, de quem atuou nos últimos 36 meses em partido político ou comitê eleitoral, exerça cargo em organização sindical ou tenha sido fornecedor ou comprador de bens ou serviços da companhia, assim como de seus parentes. Ou seja, decreta-se o fim

das nomeações de pessoas sem qualificação profissional, deixando as estatais de ser, finalmente, “cabides de empregos”. Não mais teremos – espera-se – políticos não eleitos ou sindicalistas ocupando cargos em estatais como “prêmio de consolação”.

Também meritória, e com o mesmo objetivo, é a vedação à participação remunerada de membros da administração pública em mais de dois Conselhos de administração ou fiscal de sociedade de economia mista ou empresa pública.

Assegura-se, ainda, a presença obrigatória de pelo menos 25% de membros independentes no Conselho de Administração, o que deve contribuir para sua maior profissionalização.

Em meio a tantas medidas de boa governança corporativa, porém, há uma armadilha. Elas podem ser frustradas, na prática, pelo artigo 21, que candidamente diz: “O Conselho de Administração responde solidariamente, na medida de suas obrigações e competências, pela efetiva implementação de suas deliberações”. Ora, trata-se de lamentável equívoco que, sob aparência de medida moralizante, afastará pessoas qualificadas, mas precavidas, de assumirem tais cargos. Na Lei das S.A., está previsto que, embora a responsabilidade seja solidária, exime-se dela quem consigne a sua discordância. Mantida a redação do artigo 21, qualquer membro do Conselho, por mais diligente que seja, poderá ser responsabilizado por atos dos quais discorda.

O caso é de veto, portanto, Sr. Presidente.

Outro veto imprescindível é o do artigo 91, § 2º, que dá à sociedade de economia mista um prazo de até 10 anos para manter pelo menos 25% de suas ações em circulação no mercado. Ora, o atendimento à regra depende... do mercado, não da empresa. Não se revoga, por norma jurídica, a lei da oferta e procura.

Com esses dois necessários vetos, o projeto dará uma inequívoca “blindagem” ao governo. Poderá resistir com bons fundamentos às investidas por cargos nas empresas públicas e sociedades de economia mista – e sem armadilhas que frustrem, na prática, as boas intenções moralizantes por trás dessa mudança.

ABUSAR DO SUPREMO

Joaquim Falcão
22 | 07 | 2016

Acesso ao Supremo deve ser raro e de interesse da nação. Algo está errado.

Nos últimos cinco anos, a operadora de telefonia Oi levou 6.271 processos ao Supremo Tribunal Federal, noticiou o jornalista e colunista da **Folha** Elio Gaspari. Em média, mais de três processos por dia.

No universo de cerca de 10 mil decisões proferidas em todos esses processos, apenas 7 foram favoráveis à Oi. Ou seja, 0,07% de sucesso, segundo dados do projeto Supremo em Números, desenvolvido pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

Recorde mundial, com certeza. Inédito. Uma só empresa ocupa a mais alta corte de seu país com três processos por dia. Fato digno de registro no livro “Guinness”.

Acesso ao Supremo deve ser raro e de interesse da nação. Algo está errado. Isto é *bullying*, assédio processual. É abusar do Supremo.

Para a Oi, inexistente a natural incerteza sobre a decisão judicial. Ao contrário, existe certeza. Perderá. E esse perder lhe é conveniente. Cerca de 20% dos processos referem-se a disputas sobre impulsos telefônicos. E 23% sobre assinatura básica mensal.

Além da judicialização da política, vemos agora a judicialização da ineficiência empresarial, já que os consumidores reclamam, e o Judiciário lhes dá razão.

Não é lógico, diriam, recorrer ao Supremo para perder. Por mais estranho que pareça, é sim. Basta que o custo de adiar o pagamento ao consumidor seja menor do que o de financiar investimentos para oferecer serviços eficientes e de qualidade.

Alguns dirão ainda: a Oi possui 70 milhões de consumidores. Não será um indicador de sucesso ter somente 6.271 processos? Não, não é.

A Oi, antes Telemar, foi pioneira nessa política empresarial de judicialização. O grupo econômico vencedor da privatização da telefonia, em 1998, não tinha recursos financeiros suficientes para o que se obrigara. A política de judicialização teve efeito cascata nas outras empresas reguladas ou concessionárias. Abriu caminho.

Ações sobre direito do consumidor são das que mais crescem no Judiciário. No Tribunal de Justiça de São Paulo, as empresas de telefonia perdem em mais de 80% dos casos, por exemplo.

Não existe ação judicial grátis. Abusar do acesso à Justiça, recorrendo para perder, impõe, unilateralmente, custos ao consumidor e ao orçamento público. Salários de juízes, procuradores, defensores, serventuários, aposentadorias, despesas com imóveis, custeio de tecnologias e por aí vamos.

Esses custos aumentam o déficit público e são, indiretamente, transferidos aos contribuintes. Mais um fator que ajuda a explicar a crescente irritação e desilusão popular com a qualidade dos serviços públicos, a apropriação privada da política e a lentidão da Justiça.

A judicialização até o Supremo é desmobilizadora. A mensagem aos consumidores é clara: você irá ganhar, mas vai demorar muito e será muito caro ir até Brasília.

Estamos diante de um paradoxo. O atual modelo de privatização estimula o abuso empresarial do acesso à Justiça e provoca a obstrução da mesma para milhões de cidadãos.

A atual janela de oportunidades, que tem sido usada para revigorar a economia, poderia tentar criar um novo modelo de privatização dos serviços públicos, considerando o custo das externalidades judiciais que provoca. Como preveni-las e evitá-las?

As privatizações, para empresas e políticos, devem fazer dos consumidores e juízes seus principais aliados.

* *Artigo publicado na Folha de S. Paulo*

OS IMPACTOS DOS PLANOS ECONÔMICOS E A ENCRUZILHADA DO SUPREMO

Fernando Leal
15 | 08 | 2016

É verdade que, em muitos casos, tudo indica que o *Supremo não decide porque não quer. Mas, às vezes, pode não julgar porque não sabe bem o que fazer.*

Como o Supremo afetará a economia brasileira se considerar os planos econômicos inconstitucionais? Para um tribunal que diversas vezes mostrou ser sensível a considerações consequencialistas, essa pergunta tem produzido um efeito paralisante. Os ministros são apresentados a cenários muito diferentes, dependendo de quem fala. Os números podem variar de 1 trilhão⁷³ a 2,5 bilhões de reais.⁷⁴ Nesse intervalo abissal, é possível encontrar impactos estimados em 6 bilhões,⁷⁵ 24 bilhões,⁷⁶ 101,4

73 VALOR ECONÔMICO. *Decisão pró-poupadores reduziria crédito em R\$ 1 trilhão, diz BC*. Disponível em: <<https://goo.gl/JQI2ZM>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

74 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Da tribuna, advogado defende poupadores em processos sobre planos econômicos*. Disponível em: <<https://goo.gl/hn0a4s>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

75 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Da tribuna, advogado defende poupadores em processos sobre planos econômicos*. Disponível em: <<https://goo.gl/hn0a4s>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

76 CONSULTOR JURÍDICO. *PGR entregará até segunda-feira novo cálculo sobre planos econômicos*. Disponível em: <<https://goo.gl/wAzY3A>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

bilhões,⁷⁷ 105 bilhões,⁷⁸ 149 bilhões,⁷⁹ 180 bilhões⁸⁰ e 341,5 bilhões.⁸¹ Com tão ampla variação, qualquer escolha pode parecer aleatória – e a impressão que fica é que algumas dessas contas estão muito erradas.

A inércia do Supremo tem causado reações que ressaltam a urgência do julgamento,⁸² cujo rápido desfecho é de interesse de poupadores, de instituições governamentais e, por que não?, de alguns bancos, que poderiam se beneficiar dos ônus que a decisão poderia trazer para os seus concorrentes. É verdade que, em muitos casos, tudo indica que o Supremo não decide porque não quer. Mas, às vezes, pode não julgar porque não sabe bem o que fazer. Esse pode ser o ponto aqui, especialmente no contexto de atual instabilidade econômica. Mas o tribunal não precisa ficar inerte diante de tantos números. Para além da complexidade do caso, pode estar em jogo um desafio institucional.

Essa encruzilhada de especulações sobre uma realidade potencialmente aterrorizante revela um típico problema de raciocínios consequencialistas. Se a resposta jurídica para uma determinada questão depende de considerações sobre os possíveis efeitos de uma decisão no mundo, a primeira pergunta fundamental que se coloca diz respeito à confiabilidade dessas prognoses. No caso, qual o juízo mais seguro sobre os impactos de uma decisão do Supremo que reconheça a diversos correntistas o direito a expurgos inflacionários decorrentes de planos econômicos implementados nos anos 80 e 90?

77 CONSULTOR JURÍDICO. *Impacto de planos econômicos será de R\$ 6 bilhões, e não R\$ 150 bi, diz advogado*. Disponível em: <<https://goo.gl/OS-9tVG>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

78 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Planos econômicos: AGU afirma que correção das poupanças gera risco ao sistema financeiro*. Disponível em: <<https://goo.gl/I3tIRr>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

79 CONSULTOR JURÍDICO. *PGR entregará até segunda-feira novo cálculo sobre planos econômicos*. Disponível em: <<https://goo.gl/wAzY3A>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

80 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 165 Distrito Federal*. Disponível em: <<https://goo.gl/SPvfkQ>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

81 OLIVEIRA, Mariana. *PGR reduz em R\$ 420 bi estimativa de lucro de bancos durante planos*. *GI*. [21 jul. 2014] Disponível em: <<https://goo.gl/FMc0ul>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

82 SCOCUGLIA, Livia. *Entidades pedem urgências ao STF para julgar planos econômicos*. *JOTA*. [01 ago. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/oqF5I0>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

Nessa dimensão do raciocínio consequencialista, a resposta jurídica para o problema depende de um juízo *não* jurídico. Se os números variam, não é porque o direito se revela indeterminado no caso – ainda que isso possa ser verdadeiro quando, uma vez diante de um dado confiável, os ministros forem chamados a dar-lhe significado jurídico. Os números variam, ao que tudo indica, porque há divergências técnicas.

Qual seria então o número confiável em que o Supremo poderia orientar a sua decisão? Sem que os ministros possam justificar as respostas para perguntas como essas, pensar nas consequências não é nada além de conjecturar livremente sobre o futuro, reduzindo problemas jurídicos a uma disputa de intuições. Subjetividade disfarçada de racionalidade.

O Supremo tem mecanismos para enfrentar divergências dessa natureza. As audiências públicas são o espaço mais comum para ouvir o que especialistas têm a dizer sobre questões de fato. No caso, nenhuma audiência foi convocada. O fato, porém, é que o instituto tem se mostrado de reduzida utilidade⁸³ para esclarecer as dúvidas da corte. Os ministros estão sistematicamente ausentes; há confusão entre os papéis das audiências públicas e dos *amici curiae*; não é comum a incorporação dos resultados das audiências nos votos; debates abertos entre os especialistas e perguntas dirigidas pelos ministros aos expositores não são incentivados. Nesse cenário, as audiências ou desorientam, ou dão argumentos seletivos para que cada ministro decida o que quiser, muitas vezes arbitrando livremente disputas científicas.

Mesmo sem audiência pública, algo parecido ocorreu no caso dos planos econômicos após as sustentações orais de novembro de 2013: muitas falas, múltiplas visões sobre os efeitos prováveis das alternativas decisórias da corte, pouco confronto sistemático entre números divergentes. Em vez de apontarem a direção para o tribunal sair da encruzilhada técnica, as audiências provavelmente manteriam os ministros em condições de incerteza.

Há, contudo, um mecanismo alternativo – talvez mais indicado do que as audiências e ainda não utilizado. A legislação prevê a possibilidade de designação de perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre questões controvertidas levadas a julgamento da corte. Como uma tal comissão nunca foi convocada, há muitos desafios operacionais em aberto. Ela ainda pode ser convocada? Como será composta? Quantos

83 LEAL, Fernando. Para que servem as audiências públicas no STF? *JOTA*. [16 jun. 2015] Disponível em: <<https://goo.gl/gzY8zC>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

a integrarão? Como os peritos devem decidir: por agregação de manifestações individuais ou por uma única manifestação conjunta? Que prazo terão? Caberá impugnação do resultado?

São perguntas difíceis. Respondê-las, porém, é um desafio para o qual os ministros devem estar preparados. E nas respostas pode estar a chave para que, no caso dos planos econômicos, as inclinações pragmáticas dos juízes não se limitem a mero decisionismo.

O FIM DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE?

Melina Rocha Lukic
19 | 10 | 2016

Aparentemente, os ministros concordaram com um efeito prático do julgamento: o fundamento da substituição tributária para frente – simplificar a arrecadação – deixou de existir.

O STF concluiu hoje o importante julgamento do RE 593.849 que versa sobre a constitucionalidade da restituição do ICMS cobrado antecipadamente pelo regime de substituição tributária quando a base de cálculo presumida for superior ao valor efetivo da operação.

A substituição tributária para frente tem como finalidade facilitar a cobrança do ICMS. Por esta técnica, elege-se um agente da cadeia para recolher antecipadamente o imposto que seria devido somente nas operações posteriores. A lógica é a de que é muito mais fácil cobrar o tributo de um só sujeito passivo – o fabricante ou o distribuidor, por exemplo – do que de todos os comerciantes varejistas de determinado produto. Como a operação ainda não ocorreu, o cálculo muitas vezes é feito com base em um valor fictício – a base de cálculo presumida. O entendimento até hoje adotado era o de que se o valor real da venda fosse menor, a empresa perdia e o governo arrecadava mais do que devia. Com este julgamento, o Supremo mudou o entendimento até então vigente, garantindo a restituição do imposto pago a maior nos casos em que o valor efetivo da operação posterior for menor ao valor presumido.

Para chegarem a esta decisão, os ministros precisaram fazer uma interpretação da parte final do o § 7º do art. 150 da CF, que diz que é “assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”. Ao menos duas vertentes interpretativas eram possíveis. A primeira, mais literal e que guiou o paradigma até então vigente no STF na ADI 1.851, era a de que a restituição só seria possível quando o fato gerador não se realizava. Ou seja, somente

nos casos em que, apesar do imposto já ter sido pago antecipadamente, a venda não se concretizasse posteriormente. A segunda corrente admitia a restituição sempre que o fato gerador *não ocorresse tal como presumido* – seja porque não se realizou ou porque se presumiu um valor a maior do que o efetivamente praticado. É esta interpretação que parece estar na base da versão original da tese proposta pelo relator, ministro Edson Fachin para fim de repercussão geral do RE: “*De acordo com o artigo 150, parágrafo 7º, da Constituição Federal, há direito à restituição do imposto pago antecipadamente sempre que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente, o que se dá nas hipóteses em que o fato gerador definitivo se realiza de forma distinta daquela tributada na etapa inicial do ciclo produtivo*”. Por detrás destas duas correntes estava a questão de saber se a substituição tributária para frente é cobrada com base em fato gerador definitivo ou provisório, que deverá ser confirmado ou não posteriormente, principalmente no que tange o valor efetivamente praticado.

Entretanto, o que mais chamou a atenção neste julgamento não foi a interpretação jurídica do § 7º do art. 150 da CF, mas a discussão em torno dos fundamentos práticos da substituição tributária. Se o instituto no passado foi criado para facilitar a atuação do fisco na cobrança do imposto – já que é melhor concentrar a arrecadação em um dos agentes da cadeia do que em todos – será que com todo o aparato tecnológico de que hoje as administrações tributárias dispõem tanto para cobrar e fiscalizar, quanto para aferir o real valor da operação, a existência da substituição tributária ainda se justifica? O ministro Luís Roberto Barroso foi categórico ao afirmar que a técnica de fiscalização evoluiu muito nos últimos 15 anos e que, portanto, não é mais tão difícil verificar o valor real da operação e do imposto devido, tanto é que alguns estados já fazem isso. Ele chama ainda a atenção ao fato de que se está aplicando uma lógica que foi elaborada para uma realidade diversa. A ministra Carmen Lúcia igualmente justificou seu voto alegando que “*as receitas estaduais já possuem uma estrutura para a verificação efetiva*”. O relator, ministro Edson Fachin e o ministro Luiz Fux também parecem ter convergido para a tese de que a praticidade, economicidade e eficiência trazidas pela substituição tributária não podem se sobrepor a outras garantias dos contribuintes.

O interessante aqui é ver que os argumentos trazidos pelos ministros que divergiram com relação à tese jurídica, parecem reforçar os questionamentos acerca do fundamento prático da substituição tributária. O ministro Teori Zavascki chamou atenção para o fato de que, se a

substituição tributária fosse tratada como uma fixação provisória do tributo, sujeita a uma aferição final posterior, a consequência *seria a inutilidade da substituição tributária*. O ministro Gilmar Mendes igualmente argumentou sobre as dificuldades práticas que surgirão: *“temo que, ao abrimos para a verificação, estamos falando de milhões de relações que se afirmam diuturnamente (...) Nós estamos aqui a desarrumar um sistema que funciona. Não é o momento de acender um fósforo para saber se há gasolina no tanque”*.

Ou seja, segundo os ministros que não acompanharam o relator, caso o STF decidisse pela constitucionalidade da restituição do tributo, a substituição tributária como medida simplificadora da arrecadação perderia o sentido, já que o valor de todas as operações teria que ser comparado à base de cálculo presumida para verificar se haveria ou não a necessidade de restituição. O que foi criado para simplificar tornaria o sistema ainda mais complicado.

Apesar da matéria ter gerado controvérsia no plano jurídico, aparentemente os ministros concordaram com um efeito prático do julgamento: o fundamento da substituição tributária para frente – simplificar a arrecadação – deixou de existir. Seja porque, tendo o tribunal decidido pela constitucionalidade da restituição, a substituição perde a sua função simplificadora, já que todas as operações poderão ser revistas (conforme levantado pelos votos divergentes); seja porque, conforme os ministros que acompanharam o relator – a tecnologia disponível aos fiscos estaduais já permite que estes estabeleçam o real valor da operação, não sendo necessário mais se recorrer à base de cálculo presumida, fundamento do instituto da substituição tributária para frente.

SUPREMO INICIA A REFORMA TRABALHISTA DO GOVERNO TEMER

Luiz Guilherme Migliora | Rafael de Filippis
24 | 10 | 2016

O Supremo está dizendo que já temos normas que garantem a prevalência do negociado sobre o legislado.

O Supremo resolveu atropelar o governo e a opinião pública. Na prática, deu o pontapé inicial no que seria a dita reforma trabalhista do governo provisório.

O Executivo pretende flexibilizar as regras celetistas privilegiando o negociado sobre o legislado e propondo leis que tragam maior segurança para os empresários em relações trabalhistas. O projeto de lei da terceirização é um exemplo. As ácidas críticas ao modelo de flexibilização proposto e uma manifestação infeliz do ministro do trabalho fizeram com que a discussão fosse adiada para 2017.

Mas o Supremo se antecipou. Passou a dizer em alto e bom som o que passou pela cabeça dos estudiosos do direito do trabalho quando proposta a prevalência do negociado sobre o legislado: ora, isso já está na constituição. Basta aplicá-la. Parece que o Supremo ouviu esses pensamentos e recentemente passou a rever com mais afincos a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Passou a declarar que em 1988 a constituinte disse de forma clara que o negociado através de negociações coletivas pode sim prevalecer sobre o legislado.

A legislação trabalhista no Brasil pode ser atualizada. A CLT entrou em vigor no início da década de 40, apenas 45 anos após a abolição da escravidão. Essa legislação trabalhista é pródiga em conceitos abertos, que comportam interpretações as mais diversas, dependendo do viés adotado pelo aplicador da norma. Esses conceitos abertos geram incertezas e essas resultam naturalmente em custos.

Nesse cenário de incertezas, o TST passou a atuar não apenas como uniformizador de jurisprudência, mas também como “legislador”, expedindo súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos que são aplicados como leis por ele e pelos tribunais inferiores. Desde o início da década de 90, o TST emitiu 1291 enunciados, contra 582 do Superior Tribunal de Justiça. Já o STF, que emitiu a primeira súmula em 1963, tem apenas 792 enunciados.

A Súmula 331 do TST é um exemplo eloquente da sua atuação legislativa. Há décadas ela regula a terceirização no país (que antes era vedada por outra súmula do TST), ocupando o espaço vazio deixado pelo legislativo. O projeto de lei aprovado na Câmara e aguardando aprovação do Senado, que modifica substancialmente o entendimento hoje em vigor sobre o tema, ditado pelo TST, é uma tardia resposta do legislativo à Súmula 331.

Até bem pouco tempo atrás, o STF vinha intervindo de forma bastante esporádica na jurisprudência do TST. Os seus recentes julgamentos envolvendo matérias trabalhistas e as duras palavras do ministro Gilmar Mendes sobre o TST sugerem que o tempo de bonança entre as duas cortes acabou.

No dia 14 desse mês, o ministro Gilmar determinou, por meio de liminar,⁸⁴ “*a suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho que versem sobre a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas*”. Na decisão o ministro afirmou ainda “*que a Justiça Trabalhista segue reiteradamente aplicando*” o mencionado entendimento consubstanciado na Súmula 277 do TST, que foi “*claramente firmada sem base legal ou constitucional que a suporte*” e que os tribunais trabalhistas vêm interpretando “*arbitrariamente a norma constitucional*” no que se refere a esse tema.

Na prática, a Súmula em questão vinha sendo utilizada pela justiça do trabalho para assegurar aos trabalhadores direitos previstos em normas coletivas com vigência já expirada, até que novas normas fossem pactuadas confirmando ou excluindo tais direitos. Ainda na decisão, o ministro chegou a acusar o TST de fazer “*ativismo um tanto quanto naif*” e de adotar posicionamento “*no mínimo exótico*”. Em recente discurso profe-

84 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ministro suspende efeitos de decisões da Justiça do Trabalho sobre ultratividade de acordos*. Disponível em: <<https://goo.gl/gx2jAu>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

rido em São Paulo, o ministro teceu duras críticas ao TST,⁸⁵ criticando o que ele chamou de “hiper proteção ao trabalhador” e deixando claro que, pelo menos no que depender da sua posição no STF, as decisões do TST serão revistas com rigor. Não seria de se estranhar que essa onda de decisões do STF reformando posições do TST não seja passageira.

Em setembro, o STF deu provimento a um recurso extraordinário para reformar decisão proferida pelo TST no sentido de que a negociação coletiva não pode excluir direitos assegurados aos empregados por lei.⁸⁶ No caso concreto, o empregador firmou acordo coletivo para que fosse suprimido o pagamento de horas *in itinere* com a concessão de outras contrapartidas. O STF valorizou o “*princípio da autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho*” e afirmou que foi “*legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical*”, na medida em que não houve questionamento sobre a validade formal do acordo coletivo.

Também em setembro, o plenário do STF decidiu que é constitucional a jornada de 12 horas de trabalho por 36 de descanso para bombeiros,⁸⁷ conforme previsto na Lei 11.901/2009. Por nove votos a dois, os ministros entenderam que mencionada Lei não viola dispositivos da Constituição, pois tal jornada não apenas não é lesiva à saúde dos trabalhadores e às regras de medicina e segurança do trabalho, como também é norma mais favorável ao trabalhador.

No ano passado, o STF reformou decisão do TST sobre a possibilidade de empregados darem quitação a todas as parcelas objeto do contrato de trabalho ao aderirem à programa de dispensa incentivada.⁸⁸ Segundo o voto do ministro Barroso, caso a quitação esteja prevista no acordo coletivo que deu origem ao PDI, não há porque ser mantido o posicionamento

85 ESTADÃO CONTEÚDO. Bolsa Família é “compra de voto institucionalizada”, diz Mendes. *Exame*. [21 out. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/gzBwPk>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

86 POMBO, Bárbara; PIMENTA, Guilherme. Teori reforça prevalência do negociado sobre o legislado. *JOTA*. [14 set. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/UwIoRH>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

87 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF julga constitucional jornada de 12 horas diárias para bombeiro civil*. Disponível em: <<https://goo.gl/fYLwqE>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

88 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF reconhece validade de cláusula de renúncia em plano de dispensa incentivada*. Disponível em: <<https://goo.gl/gY9ICL>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

namento do TST, inclusive contra suas próprias decisões, ao abrir mão de direitos trabalhistas irrenunciáveis, na medida em que foi amparado por sindicato que negociou em igualdade de condições com o empregador. A presença do sindicato nas negociações equilibra as relações capital e trabalho, tornando as decisões decorrentes de acordo coletivo prevalentes sobre o legislado.

Parece que o STF está dizendo que já temos normas que garantem a prevalência do negociado sobre o legislado. Em consequência, diz que aquela promessa do governo de flexibilizar garantindo essa premissa seria na realidade algo sem sentido, não fosse pela relutância do TST em aplicar o que está previsto na Constituição. Resta saber se o TST irá ajustar seu entendimento e seguir o caminho trilhado pelo STF. Nesse cabo de guerra, o STF tem a última palavra e pode continuar consistentemente reformando posições do TST, ou pode o TST alinhar seu posicionamento com o STF.

O tempo dirá qual será o desfecho, mas uma coisa é certa: a flexibilização da legislação trabalhista proposta pelo governo não depende de lei nova, mas de aplicação daquelas que já temos em nosso ordenamento há décadas.



**A FORMAÇÃO DA
JURISPRUDÊNCIA**

COMO APERFEIÇOAR A REPERCUSSÃO GERAL?

Carlos Ari Sundfeld | Rodrigo Pagani de Souza
13 | 01 | 2016

O Supremo não sabe ainda exercer bem essa função normativa. O tribunal ainda decide mais segundo a lógica da somatória de votos e menos pela busca do consenso.

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 essa 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 formidáveis poderes. 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 candidatos

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 explícita produção 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.

SUPREMO OSCILANTE

Pedro Cantisano
20 | 01 | 2016

Os problemas em relação ao Supremo permanecem. Votos e posições dadas no passado, por um mesmo ministro, podem mudar?

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.⁸⁹ 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 próprio tribunal. Em julho de 1904, por exemplo, 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

89 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ag. Reg. na ação direta de inconstitucionalidade 4.071-5 distrito federal*. Disponível em: <<https://goo.gl/upbR4j>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

direitos e garantias constitucionais. Em maio de 1904, o Prefeito Pereira Passos aprovava o plano de melhoramento 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 estar 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 “Trapaalhada 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 isso 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.

“DESVIO DE FINALIDADE” E ATIVISMO JUDICIAL

Eduardo Jordão
20 | 04 | 2016

*O desvio de finalidade parece ter se transformado
no novo xodó do ativismo judicial.*

O Supremo decide hoje se mantém ou anula a nomeação do ex-presidente Lula como de Dilma, alegadamente viciada por “desvio de finalidade”. Diante do iminente afastamento da presidente (e de sua equipe), poderia parecer que a questão perdeu o interesse. Mas não é bem assim.

Quando o Supremo se manifesta, ele decide mais do que um caso concreto. Ele também manda uma mensagem, para o futuro, sobre os limites de sua atuação. E esta mensagem irá pautar, na sequência, a estratégia dos diversos atores institucionais para promover os seus interesses.

É neste contexto que cabe o alerta: o desvio de finalidade parece ter se transformado no novo xodó do ativismo judicial. A sua arguição para contestar a nomeação de Lula – e, principalmente, o seu acolhimento liminar pelo ministro Gilmar Mendes – foi a senha para que se iniciasse mais uma etapa da festa da judicialização brasileira, com todos recorrendo a esta nova tábua de salvação.

— Em sua defesa contra o *impeachment*, a presidente usou, irônica ou cinicamente, da mesma arma que tinha sido usada contra si. Sustentou que a abertura do processo pelo deputado Eduardo Cunha seria nula por... desvio de finalidade.

— Na sequência, membros da oposição solicitaram ao procurador-geral da República que investigasse as nomeações que Lula estaria negociando em Brasília, por... desvio de finalidade.

— Pouco depois, uma juíza de 1ª instância proibiu o pronunciamento televisivo da presidente dois dias antes da votação do *impeachment* por... desvio de finalidade.

Espanta que ninguém tenha ainda sustentado que os votos circenses dos deputados no domingo, por não terem sido fundados em crimes de responsabilidade cometidos pela presidente, seriam, eles também, nulos por desvio de finalidade.

No direito brasileiro, estas figuras que atuam como chaves-mestras para abrir todas as portas do ativismo judicial não são novidades. A mais célebre delas é o “princípio da dignidade humana”. Basta o juiz invocar esta norma abstrata para se crer competente para solucionar os mais diversos problemas específicos da sociedade brasileira.

O desvio de finalidade é o novo princípio da dignidade humana, à disposição dos tribunais que queiram impor as suas soluções aos casos concretos, sob o pretexto de aplicar o direito.

No presidencialismo de coalizão brasileiro, em que negociações e nomeações são feitas diuturnamente para composição da base, esta larga amplitude que se quer conferir ao desvio de finalidade importaria no Judiciário intervindo quase que diariamente na política. Por trás de cada indicação ou decisão política, haveria sempre um problema moral a ser descoberto por juízes ávidos por resolver os problemas do país.

Esta “supremacia judicial” pode ser boa para os profissionais do Direito e para os juízes, já que lhes dá poder. Mas não é boa para o país. Ela infantiliza a política e retira-lhe força. Ela desequilibra o jogo institucional, na medida em que as demais instituições passam a ser apenas uma “primeira instância” – afinal, tudo só será realmente decidido nos tribunais.

Não se trata de defender que ações políticas viciadas se tornem isentas de qualquer sanção.

Trata-se, em primeiro lugar, de entender que o limiar para admitir um vício jurídico em decisões deste tipo é muito elevado. A intervenção judicial em questões políticas deve ser subsidiária e usada apenas em casos extremos, em que o vício seja inequívoco. No caso da nomeação de Lula, não há como negar a plausibilidade de uma narrativa paralela à da acusação, já que é clara a sua importância para o governo como articulador político.

Em segundo lugar, trata-se de defender que, em questões deste tipo, as principais sanções em jogo são de outra natureza. Dilma pode ser punida por uma nomeação desastrada no campo político. E assim já tem sido feito. A interpretação de que a nomeação de Lula se fizera em seu favor foi a gota d’água para muitos retirarem o apoio ao governo –

inclusive boa parte da imprensa internacional. Mais ainda, a nomeação de Lula é mencionada em novo pedido de impeachment, feito pela OAB, ainda pendente de recebimento na Câmara dos Deputados.

Na decisão de hoje, o Supremo tem a chance de contribuir para delimitar melhor o campo da política e o campo do Direito. Tem a oportunidade de levar a sério as suas próprias limitações institucionais e evitar encarnar o salvador-geral da república. Para o bem das nossas instituições.

SUPREMO: UM TRIBUNAL (SÓ) DE TESES?

Julia Wand-Del-Rey Cani
13 | 07 | 2016

As teses do tribunal não podem servir apenas para as instâncias inferiores. O respeito aos seus próprios precedentes é o primeiro passo para garantir que suas decisões impactem a vida dos cidadãos.

Cada vez mais, o Supremo Tribunal Federal se coloca explicitamente a tarefa de decidir teses jurídicas na conclusão de um julgamento. Essa prática inicialmente aplicada para recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida agora também se estende para demais ações de controle concreto e ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Como lembraram os ministros em discussões sobre o tema, no julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade no fim de junho, o art. 988 do novo CPC diz que “Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”. Dispositivos assim exigem clareza na formulação do que, de fato, o tribunal decidiu em um dado caso. Para o ministro Barroso, isso seria um bom antídoto para um antigo problema do processo decisório do tribunal: a multiplicidade de fundamentações diferentes (e nem sempre compatíveis) para cada voto dos onze ministros do Supremo. Votar uma tese é apresentar um denominador comum. Nas palavras do presidente Lewandowski: “a tese já está implícita, o que se faz é explicitá-la”.

Contudo, em que pesem seus méritos, a preocupação com uma tese consensual do tribunal está, ela mesma, longe de ser consensual no tribunal. O ministro Teori Zavascki, por exemplo, chamou atenção para a impossibilidade técnica, nos termos da jurisprudência do Supremo, de incluir os fundamentos da decisão na parte dispositiva. Já Marco Aurélio se opôs à própria formulação da tese, sem entrar no mérito de seu conteúdo, por considerar que “não cabe emitir tese, como se

estivéssemos em um RE com repercussão [geral]. Esse papel cabe ao legislativo porque o pronunciamento em ADI não vincula o Legislativo”.

No fundo, essa questão aparentemente restrita à organização do processo decisório interno impacta de forma profunda na estrutura do poder do tribunal. Se considerarmos o controle objetivo de constitucionalidade, hoje em dia o Supremo não aceita que os chamados “motivos determinantes” da decisão tenham que ser observados por quem não figurou como parte no processo. Há obrigatoriedade de observância da conclusão a que o tribunal chegou, e só. É no controle concreto, no entanto, que as maiores mudanças ocorreriam se a prática da “tese” vingar. A decisão do tribunal deixaria de valer apenas para as partes envolvidas no processo. Seus efeitos extrapolariam os limites subjetivos do caso concreto. Mais ainda, uma maioria de ministros poderia livre e simplesmente se colocar e votar uma tese abrangente a partir de um simples habeas corpus ou mandado de segurança ou qualquer outro tipo de processo – tal qual uma Súmula Vinculante, mas com quórum facilitado.

Já há inclusive exemplos de habeas corpus julgados pelo tribunal cujo entendimento, mesmo sem estar consolidado em súmula vinculante, foi proferido com a consciência de que seria reproduzido pelas demais instâncias do Poder Judiciário, como nos casos do HC 126292 e do HC 118533. Nesse último, o presidente Ricardo Lewandowski e a ministra Cármen Lúcia concordaram que o quadro não era o melhor para o exame da “tese”. A discussão sobre o caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado teve lugar no tribunal por meio de um habeas corpus e o ministro Celso de Mello ressaltou “a tese certamente iluminará o caminho da jurisprudência nacional sobre a matéria”. Contraditoriamente, ao conceder liminar no HC 135100, Celso de Mello usou o argumento de o processo ser eminentemente subjetivo para fazer valer seu posicionamento minoritário.⁹⁰ Quando a conclusão do tribunal em processo subjetivo coincidiu com a sua, o ministro considerou que a tese iluminaria a jurisprudência. Por outro lado, quando vencido, considerou que a tese não teria impacto porque não dotada de efeito vinculante.

A preocupação com os precedentes e com a jurisprudência do tribunal é crescente, meritória e inevitável. No topo de um sistema judicial abarrotado, o Supremo precisa ser também um gestor dos incentivos recursais nas instâncias inferiores. Dar obrigatoriedade ao cumprimento

90 PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego W. A decisão de Celso de Mello e o respeito a precedentes. *JOTA*. [5 jul. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/YRSpmq>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

de suas decisões é, no fundo, garantir que questões já resolvidas possam impactar na vida dos cidadãos sem mais atrasos patológicos e demandas repetitivas. Cada vez mais, porém, fica evidente que essa não é apenas uma reforma do Supremo para fora. Ela é um embate, dentro do próprio tribunal, sobre quais os poderes, os limites e o papel da instituição na vida nacional. As teses que resumem o entendimento do tribunal para determinada matéria não podem servir apenas para as instâncias inferiores. O respeito aos seus próprios precedentes é o primeiro passo para garantir que suas decisões impactem a vida dos cidadãos.

É POSSÍVEL FALAR EM PRECEDENTE “DO SUPREMO”?

Andre Bogossian | Danilo dos Santos de Almeida
05 | 08 | 2016

Talvez as práticas decisórias no Supremo não nos permitam falar em fundamentação coletiva dos acórdãos, mesmo nos casos decididos consensualmente.

Tem-se dito muito sobre os esforços do novo Código de Processo Civil para implementar um verdadeiro sistema de precedentes no Brasil. Mas, às vezes, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não é suficientemente clara quanto ao que podemos considerar seus precedentes. Considere o comentário do ministro Gilmar Mendes⁹¹ no julgamento da proposta de súmula vinculante nº 57, tratando da publicação de tese de repercussão geral:

“Por mais que a gente possa dizer “ah, o fundamento determinante, a ratio decidendi deve vincular”, mas nós temos essa dificuldade. Quer dizer, de fato, o que que é fundamento determinante? Especialmente diante da nossa técnica de julgamentos de votos autônomos”.

O ministro dá voz a uma insatisfação comum no Brasil. Para além da enganosa simplicidade da ementa dos acórdãos, a interpretação das decisões do Supremo envolve uma difícil atribuição de intencionalidade coletiva: o que a Corte quis dizer com essa decisão? Quais são as razões que coletivamente motivaram a decisão? Podemos ir além e perguntar se a corte realmente toma qualquer posição substantiva sobre teses jurídicas, além do simples comando – “constitucional”/“inconstitucional”, “deferido/indeferido”, “negado/concedido” – aprovado por votação em julgamento.

91 YOUTUBE. *Pleno – Julgada improcedente ADI contra cortes orçamentários da Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<https://goo.gl/xjYGIZ>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

Virgílio Afonso da Silva, em artigo recente,⁹² relata uma ilustrativa manifestação de um ministro do Supremo sobre a redação dos acórdãos e a inexistência de uma *opinion of the court*: “eles [o STF e os demais tribunais superiores] não decidem como instituição, eles decidem com os argumentos dos seus ministros, é uma soma de opiniões; o Supremo não vota como instituição”. Tratando de outra faceta da mesma questão, o ministro Cezar Peluso foi enfático em entrevista ao projeto História Oral do Supremo⁹³ ao diferenciar o sistema norte-americano, em que “o importante é o que pensa a corte como um todo” e o sistema brasileiro, em que a individualidade das posições de cada ministro é exacerbada pela enorme publicidade de suas sessões, de modo que “a discussão em público impede ajuste de pontos de vista” e a formação coletiva da decisão.

Aparentemente, a existência de razões de decidir da Corte não é clara nem para os próprios ministros. Nesse contexto de incerteza, resta aos leitores dos acórdãos fazer a melhor interpretação das atitudes dos ministros ao formarem sua decisão coletiva. A nós, leitores, cabe a pergunta: existe – e, se existe, como encontrar – os fundamentos coletivos nas decisões da Corte? A falta de uma clara aceitação coletiva de uma fundamentação comum por parte dos ministros sugere uma resposta: talvez as práticas decisórias no Supremo não nos permitam falar em fundamentação coletiva dos acórdãos, mesmo nos casos decididos consensualmente.

Essa interpretação, que podemos chamar de *negacionista*, entende que o Supremo realmente não assume qualquer posição enquanto instituição. Os ministros fundamentariam apenas individualmente seus votos – ou seguiriam o voto fundamentado de um de seus pares. A Corte, incapaz de julgar arrazoadamente como um único julgador, restringiria sua manifestação à parte dispositiva do acórdão, que é votada entre seus membros. Isso seria o melhor que poderíamos esperar do Supremo.

Essa abordagem tem claras e profundas consequências para um potencial sistema de precedentes. A começar pela inexistência de uma *ratio decidendi da Corte*. Para a perspectiva negacionista, os votos da posição majoritária formalmente não possuem valor para fins de precedente, pois não representam a fundamentação da corte para aquela decisão.

92 SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer?”: o papel do ministro relator na deliberação no supremo tribunal federal. *Revista Estudos Institucionais*. Disponível em: <<https://goo.gl/bdafZD>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

93 HISTÓRIA ORAL DO SUPREMO. *Cezar Peluso*. Disponível em: <<https://goo.gl/Kylg3T>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

Votos devem ser tomados enquanto manifestações individuais e os argumentos de precedentes deveriam ficar restritos apenas àquilo sobre o qual a Corte vota. Daí, por exemplo, a prática crescente de se publicar súmulas e teses para esclarecer as posições da Corte.⁹⁴

Essa não é, contudo, a única possível leitura da prática decisória do Supremo. Também seria possível adotar uma postura *agregacionista*, que procura os pontos em comum na fundamentação dos votos individuais. Uma terceira alternativa leva em conta a recorrência⁹⁵ da expressão “nos termos do voto do relator” nos acórdãos da Corte,⁹⁶ que parece indicar uma remissão aos fundamentos do Relator do acórdão. Para essa abordagem *delegacionista*, encontramos o precedente na fundamentação do voto do Relator. Nas palavras do ex-ministro Néri da Silveira, em entrevista também ao História Oral do Supremo:⁹⁷ “de acordo com o relator, significa que [a Corte] adotou os fundamentos do voto do relator”.

As três leituras possíveis apenas procuram fornecer critérios para identificar a existência ou não de fundamentação coletiva das decisões judiciais, mas não implicam necessariamente uma avaliação sobre *como* esse processo deve ocorrer. Procuramos aqui apresentar algumas alternativas a serem consideradas, já que a literatura relevante não é clara sobre qual é a abordagem mais adequada para a interpretação dos acórdãos. Em especial, procuramos apresentar a possibilidade de não ser possível falar em fundamentos coletivos no STF. Se esse for o caso, então não podemos atribuir à Corte razões para decidir, mesmo em decisões consensuais. Essa posição pode soar radical. Porém, se os limites institucionais da Corte não permitem a formação de julgamentos coletivos, cabe a nós, intérpretes, apenas reconhecê-los.

94 CANI, Julia Wand-Del-Rey. Supremo: um tribunal (só) de teses? JOTA. [13 jul. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/MfWWpP>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

95 ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, Andre Martins. “Nos termos do voto do relator”: Considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF. *Revista Estudos Institucionais*. Disponível em: <<https://goo.gl/N4mGY9>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

96 *Idem*.

97 HISTÓRIA ORAL DO SUPREMO. Néri da Silveira. Disponível em: <<https://goo.gl/ghNgXg>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

A “VAQUEJADA” PODERIA TER SIDO UM CASO FÁCIL

Fernando Leal
12 | 10 | 2016

Para a vaquejada, o problema jurídico central sequer envolvia necessariamente uma colisão de objetivos constitucionais. Com frequência, os ministros tratam como inédito e complexo algo que não precisava ser.

Três sessões e dois pedidos de vista depois, o Supremo finalmente decidiu o caso da vaquejada. Era preciso tanto tempo? Alguns ministros mencionaram que decisões anteriores sobre farra do boi e brigas de galo seriam precedentes para esta decisão; outros viram no caso uma colisão entre princípios constitucionais. Nos dois tipos de raciocínio, porém, o tribunal acabou tratando como difícil o que poderia ter sido um caso fácil.

Na primeira linha de argumentação, o ponto era saber se as decisões sobre farra do boi e briga de galo seriam precedentes para a vaquejada. Se a resposta fosse afirmativa, a vinculação determinaria facilmente o resultado. Para tanto, era necessário, porém, sustentar que os três casos poderiam ser considerados semelhantes nas propriedades destacadas como relevantes nos precedentes. Não era preciso decidir a vaquejada “do zero”. Bastava aproximar os fatos, usando como dado o resultado dos casos precedentes. Para o relator, ministro Marco Aurélio, a vaquejada também envolvia “consequências nocivas à saúde dos bovinos”, elemento considerado por ele decisivo no julgamento dos casos passados. Assim, decidiu, no mérito, pela inconstitucionalidade em não mais do que cinco páginas.

Mostrar que os casos eram semelhantes era suficiente para a decisão. Não era preciso sustentar o resultado jurídico para o caso, uma vez que ele já estava dado. Trabalhar com precedentes não pressupõe mostrar que se concorda com eles. Não é a mesma coisa que citar decisões passadas para ratificar o resultado que, após nova tomada de decisão, agora se considera o melhor. Utilizados assim, em vez de limites, precedentes

se tornam possibilidades quase infinitas de justificação.⁹⁸ Nessa linha de raciocínio, precedentes não facilitam a resolução o caso novo. Cada caso será novamente enfrentado em toda sua complexidade, como se fosse a primeira vez.

Mas é certo que respeitar precedentes não significa obedecê-los cegamente. Para os ministros vencidos, era preciso distinguir o caso atual dos casos precedentes e, uma vez feita a distinção, decidir o caso atual como se fosse inédito. Mas como distinguir corretamente a vaquejada dos casos anteriores se não há clareza quanto ao que foi considerado relevante nos precedentes? Argumentos como “na vaquejada o boi não morre”, “a prática se desenvolve em torno de muitas regras”, “trata-se de patrimônio cultural” e “a prática envolve a atuação de especialistas” podem ser ou não suficientes para distinguir os casos, dependendo da interpretação que se dê às decisões do tribunal nos casos passados. E foram essas, afinal, razões consideradas decisivas nos precedentes para o resultado dos julgamentos?

Talvez os ministros tenham trazido tantos argumentos “do zero” para a discussão para esclarecer o que a Constituição exige nesses casos. E não há nada de errado nisso. Precedentes não precisam nascer perfeitos e acabados. Quanto mais casos novos forçaem os ministros e partes a revisitarem o caso anterior, mais seu âmbito de incidência pode ser esclarecido. Parece ter sido essa a preocupação do ministro Barroso, que procurou fixar uma tese capaz de orientar casos futuros: “manifestações culturais com características de entretenimento que submetem animais à crueldade são incompatíveis com o artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII, da Constituição Federal, quando for impossível sua regulamentação de modo suficiente para evitar práticas cruéis sem que a própria prática seja descaracterizada”.

A segunda linha de argumentação usada por muitos ministros não diz respeito aos fatos do caso ou ao alcance dos precedentes. O tema era a solução de um alegado choque entre os princípios da proteção ao meio ambiente e da preservação de manifestações culturais. Mas esse também não era um problema difícil. Na verdade, o que o tornaria complicado é, novamente, a discussão sobre os *fatos* do caso. Trabalhar com princípios não significa ponderar sempre. Uma vez feita a ponderação e determinada a relação de preferência entre os princípios em certo caso,

98 LEAL, Fernando. Uma jurisprudência que serve para tudo. *JOTA*. [13 maio 2015] Disponível em: <<https://goo.gl/VYTRKw>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

basta que se justifique a proximidade entre o novo caso e o anterior para que resultado da ponderação também já possa ser considerado dado.

Para a vaquejada, o problema jurídico central sequer envolvia necessariamente uma colisão de objetivos constitucionais. Estruturar o caso nesses termos é, na verdade, insistir em um vício comum: o de tentar resolver problemas pela harmonização de princípios mesmo diante de referências textuais claras ou potencialmente aplicáveis. Nossa Constituição apresenta um elemento textual que não pode ser ignorado: o artigo 225, § 1º, VII, veda, ainda que “na forma da lei”, as práticas “que submetam animais à crueldade”. Há aqui uma dificuldade para qualquer “ponderação” com a proteção às manifestações culturais (art. 215), pois a proibição de crueldade vem de uma regra constitucional expressa. Se tomarmos a vedação constitucional como uma obrigação ponderável, estaremos no fundo reduzindo a importância do próprio texto constitucional – problema frequente na prática decisória do STF, que, para muitos críticos, só, às vezes, é considerado relevante.⁹⁹

A determinação de “prática cruel”, em vez de ser encarada como o problema constitucional central do caso, torna-se apenas mais um pedaço – sequer o mais importante – em um juízo mais amplo de ponderação de princípios. O texto constitucional *como ele é* se dilui em um debate sobre qual *deveria ser*, na visão dos ministros, a acomodação adequada entre a proteção aos animais e às manifestações culturais. E tudo isso, assim como no caso dos precedentes, sendo feito “do zero”, ainda que no caso da farra do boi, por exemplo, a corte também já tenha ponderado os mesmos princípios em cenário aparentemente semelhante.

Definir se há ou não crueldade na vaquejada é, no fundo, tanto o que poderia tornar a resposta constitucional para o caso algo não trivial como o que poderia justificar a aplicação simples dos precedentes da farra do boi e da briga de galo. O que determina um tratamento cruel? Crueldade é uma questão de grau? Se é certo, porém, que a vaquejada pode causar danos graves aos animais, então a resposta jurídica para o caso não seria, mais uma vez, tão complexa.

Seja tratando a questão como um problema de aplicação de precedentes, seja como uma colisão de princípios, o tribunal perdeu a chance de simplificar a questão. Casos não são naturalmente “simples” ou “difíceis”; com frequência, os ministros tratam como inédito e complexo algo que não precisava ser. E, na vaquejada, lá se foram mais três sessões e dois pedidos de vista para as estatísticas do tribunal.

99 DIMOULIS, Dimitri. A Constituição interpretada sem regras. *JOTA*. [03 out. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/5ZGUaj>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

MENOS É MAIS: O SUPREMO, O JUDICIÁRIO E OS MEDICAMENTOS

Eduardo Jordão
30 | 09 | 2016

A função do Supremo não é decidir um caso concreto, é estabelecer parâmetros que permitam que os demais juízes decidam casos como esses o Supremo como revisor perpétuo de cada futuro litígio.

Decidir implica simplificar.

Esta lição parece ter sido negligenciada anteontem (28) pelo Supremo, em sessão que retomou o julgamento sobre os limites da “judicialização da saúde”. Em vez de respostas simples, facilmente operacionalizáveis pelo judiciário, os ministros Barroso e Fachin, únicos a votar, propuseram soluções complexas e cheias de nuances. Cada um deles propôs cinco parâmetros (diferentes) a serem analisados por juízes ao decidir sobre o fornecimento, pelo Poder Público, de medicamentos não registrados pela Anvisa ou não oferecidos pelo SUS.

A complexidade da solução dos ministros está tanto na quantidade de fases do teste que propõem, como na dificuldade de operacionalização concreta de algumas destas fases (como, por exemplo, a demonstração de incapacidade financeira ou a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado).

No mais, esse é um tema sobre o qual o Supremo já se posicionou antes. Em casos anteriores já foram estabelecidos (outros) parâmetros, que não parecem ter sido efetivos para orientar as instâncias inferiores. Daí a necessidade de novo posicionamento do plenário. Nesse contexto, decidir bem é decidir com clareza e simplicidade.

Uma solução mais simples e direta produziria ao menos três vantagens relevantes.

Em primeiro lugar, facilitaria o entendimento dos próprios ministros e favoreceria o consenso. No meio de tantos detalhes e sutilezas, ficou

até difícil entender em que medida (e sobre o quê) eles concordavam ou discordavam. No intervalo da sessão, os próprios apresentadores da TV Justiça admitiam dificuldades para traduzir os votos. Na sequência, o ministro Teori Zavascki pediu vista, entre outras razões, para “sintetizar” as propostas apresentadas pelos colegas.

Em segundo lugar, a simplicidade ajudaria a gerar uma orientação efetiva para as instâncias inferiores. Testes judiciais muito complicados costumam ser mal-entendidos ou mal aplicados. Eles potencializam os conflitos, já que cada um dos parâmetros do teste polifásico é uma oportunidade para dúvidas operacionais – e, com isso, para mais discussões judiciais. Imagine-se agora a aplicação de todos os parâmetros propostos Barroso ou por Fachin em todos os milhares de casos que chegam às varas de fazenda pública em todo o Brasil.

Em terceiro lugar, uma decisão simples e direta funciona como uma mensagem clara para os potenciais litigantes, orientando a sua estratégia e, no limite, a própria decisão de levar ou não a juízo alguma questão. Como regra geral, mensagens confusas ou difíceis de interpretar estimulam a judicialização, até como forma de testar o teste.

A complexidade das propostas dos ministros Barroso e Fachin parece decorrer de um esforço sincero por uma solução ótima: impedir os males da judicialização, sem deixar de acolher os pedidos mais extremos. A segurança jurídica e a separação de poderes, mas sem deixar de lado a justiça no caso concreto. Mas, a função do Supremo não é decidir um caso concreto, é estabelecer parâmetros que permitam que os demais juízes decidam casos como esses sem a tutela individual do Supremo, como revisor perpétuo de cada futuro litígio. Como o próprio ministro Barroso reconheceu na abertura do seu voto, não haverá soluções perfeitas. E, nesse caso, o ótimo parece ser inimigo do bom.

A POLÍTICA CRIMINAL DO SUPREMO

Silvana Batini
26 | 02 | 2016

*Passamos a oscilar entre um garantismo exacerbado
e um punitivismo inconsequente.*

No espaço de apenas uma semana, o Supremo tomou duas decisões importantes para o direito penal brasileiro: primeiro, alterando entendimento de 2010, admitiu a execução provisória da pena após o julgamento em segundo grau. E ontem, por larga maioria, considerou válido que a Receita tenha acesso a dados bancários das pessoas, sem necessidade de autorização judicial.

Decisão que impacta centenas de processos penais por sonegação fiscal e lavagem de dinheiro, que estariam condenados ao lixo caso o Supremo tivesse afirmado a inconstitucionalidade.

Vistas em conjunto, em uma perspectiva histórica, qual o significado dessas duas decisões?

As experiências autoritárias de nossa história deixaram marcas traumáticas. A redemocratização impôs ao país uma agenda penal restritiva e de garantias: era preciso construir marcos de proteção ao indivíduo para que o direito penal nunca mais pudesse servir de instrumento de opressão do estado. O sistema punitivo brasileiro precisava ser contido. Este movimento conviveu com um processo internacional inverso: neste mesmo período, no mundo de democracias avançadas, o direito penal se expandia para alcançar a proteção de direitos fundamentais e de interesses coletivos. Vem daí o combate à criminalidade econômica transnacional, ao crime organizado, e os instrumentos de cooperação internacional que revolucionaram a forma de investigar crimes no Brasil e no mundo.

Para complicar, estas não foram as únicas tendências a incidir neste período. Uma forte corrente punitivista cresceu no mundo e acabou

incorporada no Brasil em leis de conteúdo puramente simbólico e sem nenhuma preocupação com coerência ou efetividade.

Conviver com estas forças aparentemente antagônicas – limitar e ao mesmo tempo expandir e escolher onde expandir – deixou o sistema confuso e incoerente. Passamos a oscilar entre um garantismo exacerbado e um punitivismo inconsequente. Os últimos 20 anos foram pródigos em leis de caráter duramente punitivo seguidas de medidas liberais e lenientes. São muitos os exemplos deste movimento pendular. Penas de crimes aleatoriamente aumentadas, mas com o emprego indiscriminado de recursos e de habeas corpus dificultando sua imposição. Lei dos crimes hediondos, seguida de outra que flexibilizou as regras de cumprimento de penas. A sonegação fiscal passou a prever prisão de até 5 anos de reclusão, mas o sonegador pode parcelar seu débito e impedir a condenação.

A explosão da população carcerária e o perfil predominante de nossos presos indica que esta confusão toda beneficiou uma espécie de criminoso: o mais rico, que pode explorar essas incongruências a seu favor.

As duas decisões da última semana sinalizam uma disposição do Supremo em colocar um pouco de ordem nesta casa. Readequar a compreensão do sigilo bancário, como fez ontem, é sintoma disto. Permitir que penas sejam executadas após condenação em segundo grau é uma decisão que reconhece que nosso sistema recursal frequentemente torna impossível a punição. Se essa interpretação estiver correta, é provável que o esforço transformador e ordenador do Supremo continue avançando nas próximas semanas. Por exemplo, a mudança ficará mais completa se o Supremo também reconhecer a inconstitucionalidade de algumas absurdas e quase inexplicáveis regras de prescrição. Como se sabe, prescrição é uma espécie de punição que recai sobre aquele que se mantém inerte. No Brasil, mesmo que o Estado esteja agindo para buscar uma condenação, a prescrição continua correndo. E ainda pode ser contada retroativamente. A prescrição da pretensão executória começa a correr antes do trânsito em julgado final, ou seja, antes de nascer o próprio direito subjacente a ela. Até os professores têm dificuldade de ensinar isto a seus alunos.

Se o Supremo quiser de fato avançar nesse *combo* de medidas racionalizadoras do sistema, não faltarão temas. Por exemplo, permitir o júri antes do trânsito em julgado da pronúncia e fixar limites ao emprego do habeas corpus. Outro alvo possível é a Súmula Vinculante 24, especialmente

depois que a Operação Zelotes deixou claros os riscos de se alijar o judiciário do controle sobre o que é e o que não é ilícito. A súmula afirma que o crime de sonegação fiscal se consuma na constituição definitiva dos créditos tributários, o que ocorre quase sempre nos julgamentos administrativos. Antes disso, não se pode sequer investigar.

Trinta anos de democracia já permitem que o direito penal possa ser visto internamente também como instrumento de proteção da cidadania. O Supremo tem o papel de tornar isto viável. Quais serão os próximos passos?

A DECISÃO DE CELSO DE MELLO E O RESPEITO A PRECEDENTES DO STF

Thomaz Pereira | Diego Werneck Arguelhes
05 | 07 | 2016

Ao poder de decidir monocraticamente deveria corresponder o dever de se comportar como agente do plenário. Se nem o decano do Supremo respeita um entendimento claro e inequívoco da instituição, por que os juízes inferiores deveriam fazê-lo?

Precedentes devem ser respeitados? O novo Código de Processo Civil quer responder que sim. Cada vez mais, especialmente quando discutem teses em Repercussão Geral, os ministros do Supremo concordam que sim. Só concordam, porém, quando a mensagem é para baixo: fazer o resto do Judiciário obedecer ao Supremo. Quando se trata de respeitar as próprias decisões do tribunal, o cenário muda.

É o que fica claro com a decisão liminar monocrática do ministro Celso de Mello impedindo o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado. Desconsiderou decisão recente do próprio Supremo em que seu voto foi vencido. Segundo a decisão, o precedente da Corte, “*embora respeitabilíssimo, não se impõe à compulsória observância dos juízes e tribunais em geral*”.

A posição do ministro é legalmente possível. Mas nem tudo que é legalmente possível é bom para o Judiciário, ou para o Supremo enquanto instituição. Um ministro do Supremo deveria seguir decisões do tribunal apenas quando formalmente obrigado? Mello diz considerar a decisão anterior do plenário “respetabilíssima”. Mas isso é respeito?

Temos aqui um ministro vencido no plenário usando de seus poderes individuais para desrespeitar a posição do colegiado. Ao poder de decidir monocraticamente deveria corresponder o dever de se comportar como agente do plenário – como extensão, e não *by-pass*, do poder que reside no colegiado. Humildade institucional e lógica exigem isso.

O comportamento do ministro tem efeitos perversos para dentro e para fora do Supremo.

Para dentro, estimula a fragmentação decisória do tribunal.¹⁰⁰ Mesmo diante de uma clara posição do colegiado, mantém-se na jurisprudência um mosaico de variações individuais conflitantes. Perde-se no plenário, mas pode-se ainda tentar vencer no sorteio dos relatores. Os advogados seguem assim o exemplo do próprio ministro, que, derrotado no colegiado, insiste em vencer no seu campo individual.

Para fora, estimula o desrespeito de instâncias inferiores aos precedentes do tribunal. Afinal, juízes inferiores são influenciados por esse tipo de postura. Se nem o decano do Supremo respeita um entendimento claro e inequívoca da instituição, por que os juízes inferiores deveriam fazê-lo?

No caso do ministro Celso de Mello, esse é um problema adicional. É ele o decano do Supremo. Tradicionalmente, cabe ao ministro mais antigo a honra e responsabilidade de zelar pela memória jurisprudencial e pela cultura institucional. A ele se voltam todos os olhos quando há dúvidas sobre qual o comportamento adequado de um ministro do Supremo, ou sobre como determinada questão vem sendo desenvolvida pela jurisprudência. Dentre tantos aspectos do desenho do Supremo que reforçam a individualidade,¹⁰¹ a figura do decano deveria ser um fator de coesão e de colegialidade.

Em qualquer instituição, falta de respeito e deferência a precedentes seria naturalmente preocupante. Em um Supremo em que, segundo dados do projeto Supremo em Números, da FGV Direito Rio, 93% das decisões¹⁰² do tribunal¹⁰³ são monocráticas,¹⁰⁴ o exemplo do ministro é assustador.

100 FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W. O invisível Teori Zavascki e a fragmentação do Supremo. *JOTA*. [3 fev. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/sYu0Ge>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

101 DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. jul./dez. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/cyTB6e>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

102 ARGUELHES, Diego W.; HARTMANN, Ivar A. A monocratização do STF. *JOTA*. [3 ago. 2015] Disponível em: <<https://goo.gl/NsBYrc>>. 08 fev. 2017.

103 HARTMANN, Ivar Alberto Martins; FERREIRA, Livia da Silva. *Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no supremo*. Disponível em: <<http://201.20.109.36:2627/index.php/opiniaojuridica/article/download/266/179>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

104 DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. jul./dez. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/cyTB6e>>. Acesso em: 03 fev. 2017.



**OS TRÊS PODERES: SEPARAÇÃO,
CONFLITO, CONFUSÃO**

CRISE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA? A DESARMONIA ENTRE OS PODERES

Daniel Vargas
05 | 01 | 2016

*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.*

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. 2015 foi marcado por algumas turbulências e contratempos, 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 tão facilmente se reconhecer 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 maltrato 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 um simplismo 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. Custando 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, ao seu modo, menosprezou o protesto. “Não há margem para dúvidas em decisão do Supremo sobre o impeachment”.¹⁰⁵ 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 o Congresso

105 RICHTER, André. Lewandowski: não há margem para dúvidas em decisão do STF sobre impeachment. *Agência Brasil*. [23 dez. 2015] Disponível em: <<https://goo.gl/vDio15>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

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.¹⁰⁶ Quando o resultado é proclamado, por fim, o Supremo fala com uma única voz,¹⁰⁷ não com onze. Razões para isso vão muito além da prudência ou da etiqueta. Estão no reconhecimento da qualidade do processo decisório da Corte.¹⁰⁸

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 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.

106 ARGUELHES, Diego W.; HARTMANN, Ivar A. A monocratização do STF. *JOTA*. [3 ago. 2015] Disponível em: <<https://goo.gl/NsBYrc>>. 08 fev. 2017.

107 COSTA, Célia. O Supremo provisório. *O Globo*. [28 jan. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/34sx0C>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

108 ARGUELHES, Diego W. Julgamento do STF sobre impeachment já começou: na imprensa, não no plenário. *JOTA*. [11 dez. 2015] Disponível em: <<https://goo.gl/v6rYxa>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

O PRESIDENTE DA CÂMARA NÃO ESCAPA

Eduardo Muylaert
20 | 01 | 2016

Cunha quer transformar uma proteção à continuidade do governo, no âmbito do Executivo, em uma proteção a todos os chefes de poder – algo que o constituinte poderia ter feito, mas não fez.

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 da 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 o 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 isso 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.

AS ESTRATÉGIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS POR TRÁS DOS EMBARGOS DE CUNHA

Thomaz Pereira
03 | 02 | 2016

*Para Cunha, os embargos não são apenas um recurso jurídico.
São, antes de mais nada, a chance de criar um fato político.*

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,¹⁰⁹ durante o recesso, para pedir celeridade na publicação do acórdão e apresentar dúvidas quanto à decisão. Na ocasião,¹¹⁰ o ministro Lewandowski disse que “*entrar com embargos antes do acórdão não está pacificado. Pode ser considerado intempestivo. Mas os senhores fiquem à*

109 FALCÃO, Joaquim. O que significa o presidente Lewandowski receber o presidente Cunha com a imprensa em frente? *JOTA*. [23 dez. 2015] Disponível em: <<https://goo.gl/noG3DG>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

110 PASSARINHO, Nathalia; OLIVEIRA, Mariana. Decisão do STF sobre impeachment não gera dúvidas, diz Lewandowski. *GI*. [23 dez. 2015] Disponível em: <<https://goo.gl/myxFzb>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

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 similar¹¹¹ 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 julgamento, 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 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.

111 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 703269 – *Agravo de instrumento (Eletrônico)*. Disponível em: <<https://goo.gl/mLDFv>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

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.

5 RAZÕES PARA AFASTAR EDUARDO CUNHA

Michael Mohallem
01 | 03 | 2016

Na impossibilidade de que os deputados restaurem o equilíbrio que a cadeira da Presidência deve ter, resta ao Supremo fazer isso por eles e por todos nós.

Após decidir se aceita as denúncias contra Eduardo Cunha, o Supremo poderá também afastá-lo. É um pedido acessório que se tornou principal diante do impacto que poderá ter. Duas são as possibilidades para o STF: poderá afastar Eduardo Cunha do seu mandato como deputado federal e, por consequência, da Presidência da Câmara, ou então poderá apenas afastar o deputado das funções de presidente da Câmara.

Existem razões para as duas possibilidades. Eduardo Cunha pode interferir nas investigações como deputado influente que é, mas esta é hipótese não confirmada. Não o vimos recentemente agir apenas como deputado. O que parece ser certo é sua capacidade de interferir agindo na condição de presidente da Câmara dos Deputados. Proponho, portanto, 5 argumentos para que o STF leve à frente o seu afastamento provisório da Presidência da Câmara, preservado, por enquanto, o seu mandato parlamentar.

1. Instrumento de afastamento inexistente. Instituições costumam ter mecanismos de afastamento de suas lideranças quando há questões pessoais que afetem seu funcionamento regular. Servem para que a própria instituição não seja identificada com problema que, em princípio, é individual. A Câmara e o Senado são exceções. Seus regimentos não preveem afastamento de presidentes, mas apenas o processo de cassação de mandato no Conselho de Ética. A decisão do STF pode suprir essa importante lacuna para garantir aos demais deputados que não sejam liderados por quem provavelmente seria afastado se houvesse mecanismos internos para isso.

2. Interferência no Conselho de Ética. Não cabe ao STF interferir no mérito do processo contra Eduardo Cunha no Conselho de Ética. O julgamento de quebra de decoro parlamentar deve ser conduzido por seus pares, deputados. Mas ao STF caberá garantir que o processo flua como espera a Constituição. O deputado Cunha, exatamente por conta da sua posição de presidente, tem sido capaz de obstruir reiteradas vezes o andamento do processo contra si. Dentre outras medidas, o vice-presidente da Mesa Diretora da Câmara, que integrou a chapa de Cunha, determinou a substituição do relator do processo no Conselho de Ética como forma de retardar o julgamento. Ao não permitir que a eventual quebra de decoro seja julgada, como previsto na Constituição, a manobra de Cunha convida a intervenção do STF.

3. Desconfiança derivada. Uma das acusações que recaem sobre Eduardo Cunha é de utilizar o poder de requisição e convocação para pressionar, intimidar e exigir propina de empresários. Isso teria sido feito por ele e seus aliados através da Comissão de Fiscalização e Controle. Se de fato ocorreu, a investigação dirá. Mas a manutenção de Cunha como autoridade influente na designação de membros para esta e outras comissões cria desconfiança sob quaisquer das atividades destes órgãos. Também aqui o ônus extrapola o âmbito do deputado Cunha e atinge seus colegas.

4. Intervenção judicial mínima. Intervenção judicial em assunto interno de outro poder deve ser sempre excepcional e limitada ao estritamente necessário. O pedido do Ministério Público não é de prisão preventiva, como foi no caso do senador Delcídio Amaral. Também seria excessivo, neste momento, o afastamento das funções de deputado eleito pelo voto direto. Mas se o Supremo o afastar apenas da Presidência, ajudará a garantir a integridade do processo penal através da mais leve medida efetiva disponível ao STF neste momento.

5. Provas documentais. Ao contrário de outras investigações em que o ponto de partida são indícios frágeis que podem levar a descobertas e evidências incriminadoras, o caso de Eduardo Cunha é farto de provas documentais. Evidentemente, a qualidade da denúncia não altera o direito do deputado de defender-se da mesma forma como o faria se fossem poucas e frágeis as evidências contra si. Porém, a explicação implausível sobre a origem dos valores depositados em contas *offshore* deixam muito vulneráveis seus atos como presidente de casa parlamentar.

Eduardo Cunha foi denunciado por corrupção, lavagem de dinheiro, além do novo inquérito que apura corrupção passiva e manutenção de

valores não declarados em quatro contas ocultas no exterior. Ao mesmo tempo em que procura se salvar das seríssimas acusações, lidera com entusiasmo o processo de impeachment contra a presidente Dilma e acelera votações de projetos de lei controversos. Assistimos inertes ao movimento deliberado de maximização da utilidade do tempo que lhe resta de poder. Na impossibilidade de que os deputados restaurem o equilíbrio que a cadeira da Presidência deve ter, resta ao Supremo fazer isso por eles e por todos nós.

QUANTO MAIS CUNHA, MAIS INTERVENÇÃO DO SUPREMO

Diego Werneck Arguelhes
01 | 03 | 2016

Ao elevar suas ações pessoais à condição de pauta institucional, Cunha diminui o Congresso.

Diante da ameaça de afastamento de seu cargo pelo Supremo, o deputado Eduardo Cunha declarou ter “totais condições” de presidir a Câmara.¹¹² Mais ainda, Cunha sempre se apresentou como um presidente que fortalece a instituição – uma força em prol da soberania e autonomia do legislativo diante dos outros poderes. Acreditando-se nele, quanto mais Cunha, mais independência da Câmara.

Na prática, porém, sua influência constitucional tem ido em sentido oposto: sua Presidência pode acabar reduzindo o espaço para atuação independente do Congresso. Misturando a agenda institucional com a individual, o fator Cunha vem moldando as relações entre o Congresso e o Supremo de modo a aumentar o grau de interferência dos ministros em decisões internas do legislativo.

Ou seja: quanto mais Cunha, mais intervenção do Supremo. Por dois mecanismos distintos.

Primeiro, com suas manobras regimentais,¹¹³ Cunha torna a via judicial cada vez mais inevitável para seus adversários na Câmara. A tendência de judicialização de conflitos legislativos no Brasil não começou ago-

112 ÁLVARES, Débora. Cunha diz ter ‘total’ condição de presidir a Câmara, mesmo sendo réu. *Folha de S. Paulo*. [25 fev. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/8yQXMt>>. Acesso em: 03 fev. 2017

113 TALENTO, Aguirre; BRAGON, Ranier; LIMA, Daniela; URIBE, Gustavo. Cunha manobra e destitui relator de sua cassação no Conselho de Ética. *Folha de S. Paulo*. [09 dez. 2015] Disponível em: <<https://goo.gl/bnJ7X4>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

ra. Mas, com Cunha, atingiu novos patamares. O Supremo tem sido demandando para enfrentar questões regimentais cada vez mais pontuais.¹¹⁴ Recentemente, por exemplo, o presidente do comitê de ética pediu ao tribunal que anule a anulação (!) do processo disciplinar contra Cunha, que havia sido determinada pelo vice-presidente da Câmara.¹¹⁵ Conflitos de varejo, gerados por manobras predatórias do próprio jogo político. Usar as regras para vencer faz parte desse jogo; Cunha e seus aliados, porém, sinalizam para os deputados derrotados que, no fundo, as regras não importam. Essa brutalidade regimental diminui o espaço para negociação política interna.

Com isso, Cunha fez explodir as *oportunidades* de intervenção judicial em questões internas da Câmara. Multiplicou pequenas questões – com frequência sem previsão constitucional expressa que as regule – a serem decididas por juízes com base em princípios e ideais vagos como “democracia”, “separação de poderes” ou “estado de direito”. Mais poder para o Supremo.

Segundo, de forma mais substantiva, a atuação de Cunha dá mais argumentos para defender a importância de intervenção do Supremo. De um lado, apresenta-se como avatar da autonomia da instituição. De outro, adota estratégias e condutas suspeitas de pessoalidade. Ameaçado pela Lava Jato e por um processo disciplinar no Comitê de Ética, Cunha reduziu a autonomia da Câmara a uma pauta pessoal. Em vez de elevar o seu comportamento autointeressado à condição de agenda institucional, acaba rebaixando esta ao nível daquele.

Em vez da instituição, os ministros do Supremo verão as manobras de Cunha. Para alguns ministros, é sem dúvida importante que os representantes eleitos do povo possam resolver seus próprios conflitos interna e democraticamente. Mas o fator Cunha gera um problema. Como apostar na autonomia legislativa se a Câmara parece estar refém de um presidente e seus aliados?

Ou seja, Cunha deu também mais *razões* para justificar a intervenção judicial. Tornou-a mais bem-vinda. A imagem de um Congresso desmoralizado, venal e pouco representativo pode não interessar diretamente

114 CARDOSO, Daiene; BULLA, Beatriz. Cunha entra com mandado de segurança no STF por novos prazos de defesa no Conselho de Ética. *Estadão*. [16 fev. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/YU8wVk>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

115 FOLHA DE S. PAULO. *STF nega pedido do Conselho de Ética da Câmara sobre cassação de Cunha*. Disponível em: <<https://goo.gl/tB4OaA>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

a Cunha. Mas, na prática, é o que ele tem oferecido de presente ao Supremo: a confirmação da perigosa tese de que nossos legisladores são infantilizados e pouco republicanos e que, portanto, precisam de tutela judicial.

Esses dois fatores são combustíveis para intervenção do Supremo. Aumentam-se as demandas sobre questões procedimentais cada vez menores. Por sua vez, essas questões regimentais vão sendo coloridas pelo cenário macro da desmoralização institucional. É a fome com a vontade de comer – ou, no caso, de intervir.

Mesmo se Cunha conseguisse convencer seus colegas de suas “totais condições” de presidir a Câmara, essa já não é mais uma questão a ser resolvida por acordos políticos entre legisladores. Tornou-se um problema judicial. E qualquer decisão do Supremo sobre o afastamento de Cunha terá um alcance constitucional muito maior que este caso específico. Ao justificarem uma eventual intervenção, os ministros vão redesenhar os próprios limites institucionais da autonomia e da confiabilidade da Câmara – e, por arrastamento, do Senado. No curto prazo, o derrotado seria Cunha. No longo prazo, porém, há um custo institucional. O monitoramento judicial da atuação dos legisladores terá sido ampliado. Ao elevar suas ações pessoais à condição de pauta institucional, Cunha diminui o Congresso.

O XADREZ DE ZAVASCKI: SUPREMO DÁ UM PASSO PARA AFASTAR CUNHA

Thomaz Pereira
02 | 03 | 2016

Talvez nem todas as peças estejam no lugar para efetuar o afastamento de Cunha, mas elas se movimentam contra ele no tabuleiro.

A maioria dos ministros do Supremo já votou nessa quarta pelo recebimento da denúncia¹¹⁶ contra Eduardo Cunha. Confirmando-se esse resultado na quinta, Cunha passará a ser oficialmente réu. Poderia continuar presidindo a Câmara dos Deputados? Cunha tem insistido que sim. Mas será que os ministros do Supremo concordam?

O procurador-geral da República, Rodrigo Janot, pediu o afastamento com base em dois elementos: Cunha teria usado do cargo para cometer crimes e para prejudicar o andamento dos processos contra si.

Em seu voto, o ministro Teori Zavascki já deu pistas da sua visão sobre esses dois elementos. E os sinais não são bons para Cunha.

Em relação ao uso indevido do cargo, ao votar pelo recebimento da denúncia, o ministro Teori Zavascki afirmou¹¹⁷ que “há indícios robustos para, nestes termos, receber parcialmente a denúncia, cuja narrativa (...) dá conta de que o Deputado Federal Eduardo Cunha (...) aderiu ao recebimento, para si (...) de vantagem indevida”. Esses mesmos indícios, que agora fundamentam a transformação de Cunha em réu, podem também ser explorados para justificar seu afastamento da Presidência.

116 CARNEIRO, Luiz Orlando. Maioria do STF vota pela abertura de ação penal contra Eduardo Cunha. *JOTA*. [02 mar. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/2lv0R6>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

117 REDAÇÃO JOTA. Voto do ministro Teori Zavascki no inquérito contra Eduardo Cunha. *JOTA*. [02 mar. 2016] Disponível em: <<https://goo.gl/raZ5Nh>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

Quanto ao prejuízo para o andamento do processo causado pela Presidência de Cunha, Zavascki salientou que precisou requerer dados da investigação diretamente à diretoria-geral da Câmara, e não ao seu presidente. Uma medida incomum, mas que se tornou necessária porque investigado e presidente da Câmara são, no caso, a mesma pessoa. Como poderia o Supremo pedir a cooperação institucional do próprio investigado? Essa afirmação aparentemente lateral indica que a mera presença de Cunha na Presidência já causa transtornos para o desenvolvimento normal do processo e para a própria harmonia entre os poderes.

Afastar o presidente da Câmara é complicado. Mas também é complicado ser réu e presidente ao mesmo tempo. Parece ser essa a opinião de Zavascki. É o que sua atitude já indicava antes mesmo de quarta-feira. Ao receber o pedido de afastamento de Cunha ao final do ano passado Zavascki não o rejeitou de pronto, nem o levou imediatamente a julgamento. Preferiu esperar. Abriu prazo para que Cunha se manifestasse, e garantiu que, ao levar seu voto pelo recebimento da denúncia ao plenário, a questão do afastamento estivesse viva e, caso queira, pronta para ser decidida. Sem dúvida é mais fácil justificar o afastamento de um presidente que tenha se tornado réu, do que de um mero investigado.

É possível que os ministros prefiram que Cunha não seja afastado por uma decisão do Supremo, esperando que a questão seja resolvida internamente na Câmara. Mas o passar do tempo sem uma decisão legislativa ou judicial é, nesse ponto, má notícia para Cunha.

De um lado, a última década mostrou que o tribunal acaba se sentindo mais à vontade para agir diante de omissões dos legisladores. De outro, a passagem do tempo dentro do tribunal pode acabar ampliando o apoio a uma medida que, embora drástica, vem se tornando mais atraente diante de uma Câmara que parece não querer ou não poder reagir.

Ainda é incerto se e quando a maioria dos ministros estariam prontos para afastar Cunha. Mas, qualquer que seja sua opinião, Zavascki tem o poder de levar essa questão ao plenário apenas quando entender mais adequado.

Talvez nem todas as peças estejam no lugar para efetuar o afastamento de Cunha, mas elas se movimentam contra ele no tabuleiro. E enquanto o presidente da Câmara parece jogar damas, Zavascki movimenta suas peças com a paciência e visão estratégica de um enxadrista.

LULA, MINISTRO SEM FORO PRIVILEGIADO: UM SUPREMO SALOMÔNICO?

Pedro Fortes
19 | 04 | 2016

*O clima polarizado e partidário contagiou a sociedade
e contaminou a visão que se tem do Supremo.*

Ao suspender a posse de Lula como ministro de Dilma, o ministro Gilmar Mendes resolveu determinar que os procedimentos criminais relativos a Lula deveriam permanecer em Curitiba com Moro. Porém, a AGU agiu rápido. Protocolou reclamação da presidente da república ao ministro Teori Zavascki por conta da publicidade dada à conversa entre ela e Lula. Ao saber que Moro tinha decidido manter os procedimentos relativos a Lula em Curitiba e não mais remeter para o Supremo, Zavascki acolheu a reclamação, determinou a restauração do sigilo das escutas telefônicas e criticou duramente Moro. Apesar de Lula não possuir foro por prerrogativa de função diante da decisão de suspender sua posse, o ministro avocou o processo relativo a Lula para fins de análise.

Tanto a liminar de Gilmar Mendes, quanto o despacho de Teori Zavascki causaram polêmica. Governistas e oposicionistas aplaudiram um e criticaram o outro. O clima polarizado e partidário contagiou a sociedade e contaminou a visão que se tem do Supremo. Neste contexto, a manifestação inicial do procurador-geral da República a respeito do caso foi salomônica. Lula poderia vir a ser ministro-chefe da casa civil, porém não faria jus ao foro por prerrogativa de função no Supremo. Por um lado, governistas não poderiam mais criticar eventuais interferências indevidas do poder judiciário na reorganização do governo e na tentativa de interromper o processo de impeachment. Por outro lado, oposicionistas não poderiam criticar a fraude à constituição na nomeação de Lula para que seu caso fosse para o Supremo.

Contudo, pode um supremo salomônico dividir o bebê entre o governo e a oposição? Do ponto de vista político, parecia difícil aos interessados

alterar sua narrativa e criticar esta solução. Dilma já disse diversas vezes que não fez o convite a Lula para que escapasse da justiça, mas sim porque é politicamente importante para o seu governo. Oposicionistas criticaram apenas a fuga de foro, mas minimizaram a presença de Lula no poder e a possibilidade de que contornasse a crise política e institucional. Portanto, parecia difícil imaginar que governo ou oposição iriam alterar o discurso e recusar a solução salomônica.

Do ponto de vista jurídico, estaria correta a decisão do Supremo que autorizasse Lula a ser ministro-chefe da casa civil e que mantivesse seus processos na 13ª Vara Federal de Curitiba? A uma primeira vista, pareceria contraditória a decisão de admitir Lula como ministro e negar-lhe uma prerrogativa inerente ao cargo. Contudo, existe precedente no Supremo de decisão que dissociou o foro privilegiado do cargo.

Em 2010 o deputado Natan Donadon renunciou ao cargo na véspera de seu julgamento pelo Supremo para que o caso fosse julgado em primeira instância e prescrevesse. O processo se arrastava há 14 anos. Os ministros consideravam se tratar de uma fraude processual inaceitável e, por maioria de 8 votos a 1, resolveram julgar o caso e condenar o acusado. Logo, no caso de Lula, poderia o Supremo também adotar este precedente relativo a uma fuga de foro e manter o caso com Moro em Curitiba.

Existem diferenças entre o caso Donadon e a posse de Lula. Uma delas é que o deputado se afastou do cargo, ao passo que Lula foi nomeado para exercê-lo. Portanto, Lula seria um ministro sem uma proteção inerente ao cargo. Caso venha a ser acusado em primeira instância, Lula terá que se ausentar esporadicamente do governo para se defender em Curitiba. Além disso, existe um pedido de prisão preventiva e sua capacidade de articulação política em favor do governo ficaria prejudicada, caso Lula seja preso.

Porém, é importante lembrar que apenas 64 dos investigados pela operação lava jato tiveram sua prisão preventiva decretada, o que corresponde a menos de 7% do total da operação, segundo o MPF. Além disso, o ex-presidente não foi preso temporariamente durante a 24ª fase da lava jato, mas apenas conduzido a depor. Moro ainda teve o cuidado de proibir que fosse algemado e fotografado. Existe, logo, a possibilidade de que se for processado, Lula seja acusado em liberdade sem que sua prisão preventiva seja decretada.

Tratar apenas da legalidade dessa tese, porém, é perder de vista o que ela pode representar em termos simbólicos. Ela permitiria preservar a

imparcialidade tanto do ministério público, quanto do poder judiciário. Qualquer outra decisão a ser tomada neste caso seria duramente criticada por governistas ou opositoristas como sendo partidária. Caso o Supremo proíba a posse de Lula como ministro-chefe da Casa Civil, será criticado por ter impedido que o ex-presidente articulasse a reorganização do governo. Caso permita Lula no governo com foro privilegiado, será duramente atacado por proteger o governo. A solução salomônica seria coerente com as narrativas de ambos os lados. Certamente existe o risco de que tanto o governo quanto a oposição critiquem o Supremo. Contudo, não poderão jamais criticar o tribunal por partidarismo.

Deveria o Supremo ser salomônico neste caso? Neste momento sensível e peculiar da história institucional brasileira, seria importante que o Supremo aproveitasse a oportunidade de agir mais como um mediador da política do que como um decisor último da questão? O momento é delicado porque, como uma juíza federal lembrou em uma liminar, 8 ministros da corte foram indicados pelo PT. Governistas quiseram fazer uma caricatura deste argumento, como se uma juíza de primeira instância tivesse declarado a suspeição do Supremo. Não foi o caso. A magistrada teve sensibilidade sócio-jurídica de alertar que cortes constitucionais podem ser influenciadas pela dinâmica de suas nomeações. Trata-se de uma lição herdada da escola jusfilosófica do realismo jurídico.

Não significa que existam abusos ou ilegalidades, mas uma possível existência de afinidades eletivas. Nos Estados Unidos, republicanos querem impedir que Obama nomeie o substituto de Antonin Scalia na Suprema Corte. Uma única indicação democrata mudaria o equilíbrio atual de forças e tornaria a corte menos conservadora e mais progressista. Ao deixar o caso de Lula com Moro, o Supremo evitaria o escrutínio da opinião pública e ilações indevidas sobre influências ou simpatia decorrente de gratidão por uma indicação petista para o tribunal.

Outro ponto importante é a questão do tempo político e do tempo processual. Em seu parecer inicial, Janot tinha afirmado que o Supremo certamente teria condições de julgar Lula com imparcialidade e justiça. Um problema grave seria, contudo, a lentidão que o processo teria em comparação com a Lava Jato. O Procurador-Geral da República precisaria de vários meses para se familiarizar com todos os elementos da investigação relativa ao ex-presidente Lula. E teria que esperar pelas conhecidas dificuldades estruturais do Supremo para processar o caso com agilidade. Um eventual processo criminal contra Lula demoraria

anos e, ainda que não houvesse qualquer intenção deliberada de proteger o ex-presidente, certamente geraria tal impressão na sociedade.

Entretanto, dois fatores inviabilizam a possibilidade de uma decisão salomônica pelo Supremo. Primeiro, a defesa de Lula atacou duramente a sugestão do MPF, deixando evidente que o ex-presidente quer ter o foro privilegiado no Supremo. Apesar de contradizer a narrativa de Dilma, os advogados de Lula criticaram a sugestão salomônica.

Segundo, o parecer inicial do Rodrigo Janot parece ter esquecido do artigo 51, Inciso I, da constituição, que dispõe sobre a necessidade de autorização expressa da Câmara dos Deputados, por dois terços de seus membros, para o processamento criminal de ministro de Estado. Ora, ainda que o Supremo decidisse manter a investigação de Lula com a lava jato, dificilmente iria afastar a incidência da condição especial da ação penal para processamento de ministros de estado. Seria uma interferência indevida do poder judiciário e que certamente seria considerada uma afronta à separação dos poderes e às prerrogativas políticas do poder legislativo.

Na prática, Lula não seria processado. Estes elementos inviabilizam a solução salomônica. Em novo parecer, Janot é contra a possibilidade de Lula ser nomeado ministro. O supremo não poderá dividir o bebê: proibirá que Lula seja ministro e fuja do foro? Ou irá autorizar Lula ministro com foro privilegiado?

O PROBLEMA CUNHA: ENTRE SOLUÇÃO DEFINITIVA E O REMENDO

Eduardo Jordão
03 | 05 | 2016

No fundo, o remendo interpretativo cogitado pelo Supremo sequer é necessário. Ele só precisou entrar em cena para suavizar os problemas decorrentes da própria inação dos ministros.

Fato: o Supremo já poderia (e *deveria*) ter afastado Eduardo Cunha da Presidência da Câmara. O respeito à separação dos poderes, neste caso, não seria argumento suficiente para impedir a intervenção do tribunal. Afinal, a suspensão cautelar de Cunha estaria fundada em previsão *expressa* do Código de Processo Penal, que autoriza esta medida para evitar que a função pública seja utilizada para o cometimento de novas infrações.

Ao invés desta alternativa direta e prevista na lei, no entanto, alguns ministros cogitam adotar outra solução: a de impedir apenas que Cunha possa assumir temporariamente a Presidência da República, já que se trata de réu já denunciado. Essa tese pode apaziguar alguns dos medos associados à presença de Cunha na linha sucessória da Presidência em tempos de *impeachment* e de uma possível cassação da chapa Dilma/Temer pelo TSE. Mas ela padece de dois problemas.

Em primeiro lugar, ela não encontra respaldo no texto constitucional. É verdade que a Constituição prevê a suspensão do presidente da República se o Supremo receber contra ele denúncia por crimes comuns. Mas, no *caput* do mesmo artigo, a Constituição também estabelece que a acusação contra o presidente da República tem que ser previamente admitida por dois terços da Câmara dos Deputados, para que o caso possa chegar ao Supremo. Ou seja: ao lado da suspensão em caso de denúncia (uma limitação de seu poder), o presidente tem uma poderosa garantia institucional – só pode ser denunciado após a difícil autorização de uma super maioria de deputados. Este procedimento não foi seguido no caso de Cunha. A solução cogitada pelos ministros do Supremo pretende

estender por analogia apenas parte do disposto num parágrafo de um artigo da Constituição, enquanto ignora o procedimento previsto para tanto no seu caput. Uma analogia seletiva, que escolhe apenas a parte do texto que convém.

A propósito, adicione-se que o próprio Supremo já negou a aplicação da analogia para Cunha, quando ele pediu. O deputado queria que, como presidente da Câmara e 3o na sucessão presidencial, tampouco pudesse ser processado por crime comum durante o mandato. O Supremo decidiu que esta regra só valia para o presidente. Se não aplicou a analogia mais protetiva do ocupante do cargo, como poderia aplicar apenas a analogia que lhe desfavorece?

Em segundo lugar, a proposta subverte a lógica atual do sistema jurídico eleitoral. Através de uma analogia, ela impõe indiretamente um mecanismo ainda mais grave do que aquele previsto na lei de ficha limpa. Esta lei exige *condenação por um órgão colegiado* para que um candidato se torne inelegível. A tese cogitada pelos ministros do Supremo, porém, impediria de assumir a chefia do poder executivo qualquer pessoa que seja objeto de *mera denúncia* ainda não julgada por órgão colegiado.

Se adotada como regra geral, a solução tem consequências particularmente problemáticas para vice-presidentes eleitos. Embora estejam na linha sucessória, os vices não possuem as mesmas garantias institucionais dos presidentes – em especial, não precisam de 2/3 da Câmara para ter uma denúncia contra si recebida pelo Supremo. Quer dizer: poderiam ser impedidos de exercer a Presidência com uma simples denúncia, sem qualquer condenação. Na prática, isso pode inclusive dificultar o recebimento de denúncias contra vices, já que os ministros do Supremo poderiam hesitar diante das implicações desse ato para a governabilidade.

A adoção de uma solução tão problemática é sempre inadequada. Mas a inadequação é *particularmente relevante* quando a via da solução definitiva (o afastamento de Cunha da Presidência da Câmara) ainda está aberta, esperando apenas uma decisão dos ministros.

No fundo, o remendo interpretativo cogitado pelo Supremo sequer é necessário. Ele só precisou entrar em cena para suavizar os problemas decorrentes da própria inação dos ministros. O Tribunal não afasta Cunha tal como deveria, mas produz um paliativo contra um ou outro efeito nefasto da sua permanência no cargo: uma solução na melhor das hipóteses parcial, e com grandes efeitos colaterais.

O SUPREMO E CUNHA: QUEM DECIDE QUANDO QUER, OUVE O QUE NÃO QUER

Diego Werneck Arguelhes
07 | 05 | 2016

O preço da liberdade do tribunal é a eterna desconfiança pública quanto aos cálculos e estratégias por trás da formação da pauta. O Supremo é, hoje, suspeito quando corre, e suspeito quando freia.

A liminar do ministro Teori Zavascki determinando a suspensão cautelar do mandato de Eduardo Cunha foi recebida com uma pergunta: *por que só agora?*

Zavascki decidiu, em maio, uma liminar com pedido de urgência de meados de dezembro de 2015. O Procurador-Geral da República alegou que o deputado vinha utilizando seu mandato e sua posição de presidente da Câmara para cometer crimes e atrapalhar investigações. Zavascki e o Supremo levaram quase cinco meses para decidir uma questão urgente, envolvendo danos potencialmente irreversíveis a processos em curso.

Por que só agora?

Segundo alguns analistas, Cunha teria sido útil para fazer seguir o *impeachment*; após a Câmara autorizar o processo, deixou de ser. Ou, ao contrário, dizem outros, a decisão foi atrasada para que o Supremo mostrasse isenção no próprio *impeachment*, não interferindo no procedimento da Câmara até a sua conclusão. Narrativas conflitantes, com um traço comum: usam um fato político externo ao tribunal e ao próprio mérito do pedido – o andamento do *impeachment* – para explicar a demora de Zavascki em decidir.

Qualquer que seja a resposta, na verdade, a mera dúvida quanto às razões extrajurídicas do *timing* das decisões já é sinal de um desafio sério para os ministros do Supremo.

O problema é muito mais amplo do que um atraso aparentemente estratégico nesta ou naquela decisão. Está no reconhecimento, em escala nacional, e para fora da comunidade jurídica, de que o nosso Supremo decide o que quer, quando quer. Sem prazos. Seus milhares de processos não impedem – e talvez até facilitem – que os ministros escolham livremente quais temas priorizar e quais deixar provisoriamente na gaveta.

Não faltam exemplos no momento atual. Há alguns meses, o tribunal colocou em pauta um Mandado de Segurança de 1997 envolvendo uma proposta de emenda à constituição para instaurar o parlamentarismo no país. Formalmente, respondeu a uma provocação de duas décadas atrás. Na prática, o tema foi colocado em pauta porque as duas casas do Congresso sinalizavam que uma mudança constitucional desse tipo poderia ser explorada como saída para crise. A pauta foi livremente construída para que o tribunal se antecipasse a uma discussão da conjuntura. Mas, no fim das contas, o tribunal usou dessa mesma liberdade para adiar o julgamento do caso, sem qualquer previsão de quando voltaria ao tema.

Quando há regras e prazos claros que limitem essas escolhas, sobra pouca liberdade e, com ela, reduz-se também a margem para críticas. Mas quem pode escolher sua pauta sem qualquer critério institucional ou limite jurídico pode e deve ser criticado e responsabilizado, e não pode defender suas escolhas simplesmente invocando a lei.

Justamente porque a liberdade para construir a pauta é tão ampla, a própria velocidade pode provocar suspeitas. Como a liminar do ministro Gilmar Mendes no caso da indicação de Lula, decidida monocraticamente em questão de horas na véspera de feriado prolongado. Considere, aliás, como observou Felipe Recondo, como teria sido a reação pública se Teori Zavascki tivesse afastado Eduardo Cunha ainda em dezembro, logo após o pedido do PGR, dias antes do recesso judiciário. A rapidez de Mendes gerou dúvidas quanto a suas motivações não-jurídicas. Difícil imaginar que questionamentos desse tipo não teriam ocorrido caso Zavascki tivesse pautado o afastamento de Cunha 48h após o pedido.

O preço dessa liberdade é a eterna desconfiança pública quanto aos cálculos e às estratégias por trás da formação da pauta. O Supremo é, hoje, suspeito quando corre, e suspeito quando freia. Seria possível minimizar esse problema ao reduzir a liberdade dos relatores e do presidente do tribunal na formação da pauta, a seguir prazos muito claros para decidir. A Suprema Corte dos EUA, por exemplo, embora escolha livremente o que vai decidir, está sujeita a prazos claros uma vez que aceite julgar um caso. Não pode ficar em silêncio. Não pode adiar indefinidamente

a decisão. Não pode improvisar a pauta. A decisão precisa ser dada no mesmo ano judicial em que ocorreu a sustentação oral.

Uma vez que a Suprema Corte dos EUA anuncie o que decidirá naquele semestre, não há espaço para surpresas. A decisão ocorrerá, de fato, no tempo do direito. É nesse sentido que caminharíamos propostas de redução da liberdade na formação da pauta do Supremo, como as do ministro Barroso para os casos de Repercussão Geral.

Por ora, porém, o problema só aumentará. Por que só agora? Por que tão rápido? Essas perguntas serão feitas em todo caso importante do Supremo, pela ação ou omissão, pela velocidade ou atraso. São inevitáveis, e não podem mais ser enfrentadas com as respostas automáticas da “carga de trabalho” ou das formalidades processuais. Na liminar de Cunha, na quinta-feira, o presidente Lewandowski observou: o tempo da política não é o tempo do direito. Ele está certo, é claro – em tese. O desafio é convencer as pessoas, especialmente nos casos politicamente carregados, que a decisão *de fato* ocorreu no tempo do direito, e não no da política.

UMA CONVENÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: O PROCURADOR-GERAL DEVE SER O MAIS VOTADO

Pedro Fortes
30 | 05 | 2016

Na eleição do procurador-geral, o chefe do poder executivo pode até nomear o segundo ou terceiro mais votados, mas estará quebrando uma regra convencional e se sujeitando às consequências políticas de sua decisão.

O procurador-geral da República se tornou personagem central no Supremo, seja como autor de demandas ou como interveniente em questões de interesse público na corte. Por conta da magnitude de seu papel, a questão sobre o sucessor de Rodrigo Janot no cargo já foi inclusive colocada ao novo ministro da Justiça. O constitucionalista Alexandre de Moraes, contudo, patinou na resposta e sugeriu que o presidente da República teria ampla liberdade de escolha. A resposta está equivocada, apesar de o texto do artigo 128, § 1o, da Constituição Federal sugerir tal possibilidade. Qual a explicação?

A experiência de três décadas de democracia constitucional estabeleceu uma tradição diferente: o procurador-geral deve, a princípio, ser o mais votado. Isso vale para a República e vale para Estados também. No caso dos procuradores-gerais de Justiça estaduais, a própria Constituição prevê a realização do certame e o envio de uma lista tríplice para a nomeação pelo governador. Gradualmente, estabeleceu-se em diversos Estados uma convenção constitucional de que o governador deve nomear o mais votado para a chefia do Ministério Público Estadual.

Desde o advento da constituição de 1988, em muitos Estados são raros os casos em que o governador deixou de nomear o mais votado. Uma das explicações está, inclusive, na maneira como são conduzidos os

processos democráticos internos dentro do próprio Ministério Público. No Rio de Janeiro, por exemplo, promotores e procuradores esperam que os próprios candidatos assumam publicamente que irão recusar a nomeação pelo governador, caso não sejam os vencedores da eleição interna. Durante a campanha, existe normalmente alta rejeição a quem deixa de assumir tal compromisso e, na prática, os candidatos manifestam seu respeito à vontade majoritária interna. Encerrada a eleição, a etiqueta política exige que os candidatos agradeçam a votação, mas reafirmem o compromisso de campanha de recusar o cargo, caso tenham sido apenas o segundo ou terceiro mais votados. Isto nem sempre é feito por todos os candidatos, o que gera críticas e discussões internas.

Por outro lado, caso um governador cogite a escolha do segundo mais votado na lista tríplice, seus conselheiros o alertarão de que o Ministério Público não teria a unidade conferida por uma chefia institucional legitimada pelo voto. O vaticínio poderia prosseguir com o receio de que cada promotor desconfie da escolha, dos motivos para a nomeação e leve esta desconfiança para o cotidiano de seu trabalho nas promotorias. Haveria um risco para o regular prosseguimento do governo devido a rigores investigativos, greves japonesas e a perda de um canal de comunicação institucional importante. Esta possibilidade é hipotética, mas a experiência de vários estados brasileiros revela a consolidação de uma tendência política bastante clara. No Rio de Janeiro, por exemplo, apenas Rosinha Garotinho deixou de nomear o mais votado, em 2003, o que gerou uma forte reação entre os membros do Ministério Público Estadual.¹¹⁸

O fato é que gradualmente foi constituída esta convenção constitucional e o Ministério Público Federal resolveu seguir o modelo adotado nos Estados. Apesar de não existir previsão no texto constitucional, a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) resolveu organizar o certame eleitoral para procurador-geral da República e enviar a lista tríplice para o presidente da República a cada dois anos. O candidato mais votado tem sido sempre nomeado o procurador-geral da República desde 2003. Em sua primeira semana de governo, Temer desautorizou seu ministro da Justiça e afirmou que irá manter a tradição de nomear o mais votado para o cargo na sucessão de Rodrigo Janot em 2017. O Ministério Público Federal poderia, inclusive, apro-

118 ABREU, Alzira Alves de. O Ministério Público do estado do Rio de Janeiro: atuação e relação com a imprensa. In: GOMES, Angela Maria de Castro (Coord.). *Direitos e cidadania: justiça, poder e mídia*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 100.

veitar a ocasião para institucionalizar sua eleição interna mediante ato de seu próprio Conselho Superior, consolidando politicamente esta convenção constitucional.

Convenções são importantes fontes em países com longa tradição constitucional. No Reino Unido, o princípio constitucional da soberania do Parlamento foi estabelecido mediante convenção e, assim também, se desenvolveu o entendimento de que o Monarca não pode vetar as leis aprovadas pelo parlamento. Nos Estados Unidos, a regra de que um presidente poderia ser reeleito apenas uma única vez surgiu como convenção e o próprio controle de constitucionalidade também foi estabelecido de forma convencional, eis que o texto constitucional não atribui claramente este poder jurisdicional à Suprema Corte. Estas regras não escritas emergem da interação entre atores políticos e podem ser desafiadas dentro do jogo político. Theodore Roosevelt se apresentou para ser candidato a um terceiro mandato presidencial, em 1912, e acabou baleado por um cidadão que o considerava uma ameaça à democracia americana.¹¹⁹ Algumas décadas depois, Franklin Roosevelt desafiou a convenção e foi eleito pela quarta vez seguida em 1945. Em 1947, o Congresso americano aprovou a emenda constitucional n. 22, que veda mais de uma reeleição presidencial.

No Brasil, por conta das inúmeras cartas constitucionais e das dezenas de emendas, nossos constitucionalistas parecem pouco atentos ao fenômeno das convenções constitucionais. Contudo, convenções não são um fenômeno exclusivo da *common law*. Temos outras convenções entre nós. Por exemplo, com o objetivo de evitar conflitos e disputas internas para a sucessão no STF e no TSE, existe uma regra convencional de rodízio entre os ministros baseada na antiguidade e decurso de tempo desde a última ocupação do posto. Por convenção, apenas um ministro se apresenta como candidato e é eleito. Não existe uma lei impedindo outro ministro de se candidatar, mas existe uma clara convenção. Isso não significa que haja necessariamente consenso e o atual presidente do Supremo chegou a receber um voto contrário em sua eleição.

Na eleição do procurador-geral, o chefe do poder executivo pode até nomear o segundo ou terceiro mais votados, mas estará quebrando uma regra convencional e se sujeitando às consequências políticas de sua decisão. No Rio de Janeiro, por exemplo, Rosinha Garotinho apresentou

119 ELSTER, Jon. Norms. In: HEDSTRÖM, Peter; BEARMAN Peter (Eds.). *Oxford Handbook of Analytical Sociology*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 212.

uma justificativa para sua decisão, o que nunca é necessário quando se nomeia o mais votado. O caso de quebra de uma convenção não é judicializado, mas um Ministério Público dividido e acéfalo – tal qual o monstro mitológico Hobbesiano do Behemoth – pode criar risco político para o governo. Talvez isso explique porque Renan Calheiros não tenha sido bem sucedido em sua sugestão para Dilma de que Janot não fosse reconduzido ao cargo. Além disso, ao contrário do que podem supor os incautos, o chefe institucional não possui a chave das gavetas das promotorias e das procuradorias. Por outro lado, o certame interno deve ser realizado com lisura para não dar ao chefe do poder executivo o argumento de que deve atuar como espécie de moderador da democracia interna.

As convenções são constituídas através da experiência e das expectativas políticas dos atores institucionais envolvidos. Em regra, emergem como critérios decisórios para solucionar potenciais conflitos gerados pelos mecanismos de freios e contrapesos da separação de poderes. Tratam-se, portanto, de fenômenos fáticos do processo político, observados a partir de práticas reiteradas dentro de uma determinada tradição histórica. Exatamente por isso, a densidade normativa de uma convenção varia conforme o Estado e sua tradição institucional histórica. Por outro lado, existe também um fundamento normativo. Por exemplo, a proibição da segunda reeleição nos Estados Unidos e do poder de veto legislativo da Rainha da Inglaterra se justificam pelo princípio democrático, reduzindo respectivamente o risco de perpetuação presidencial e de autoritarismo do monarca hereditário.

No caso da nomeação do candidato mais votado para o cargo de procurador-geral, a convenção também se justifica pelo aprofundamento democrático. A novidade do caso do sucessor de Janot é que a democracia interna do Ministério Público se encontrou com a democracia da opinião pública e da sociedade. A nomeação do mais votado para o cargo de procurador-geral deixou de ser pauta exclusiva dos promotores e procuradores e repercutiu nas redes sociais e nas ruas. A quebra da convenção constitucional geraria desconfiância da população e possíveis protestos políticos. A escolha do mais votado fortaleceu não apenas a democracia interna do Ministério Público, mas também se tornou um valor protegido pela sociedade em defesa da democracia constitucional.

O QUE CUNHA QUER DO SUPREMO?

Thomaz Pereira
12 | 09 | 2016

Não será fácil convencer os deputados a trocar a cassação pela pena alternativa no escuro – sem saber se o Supremo validará essa decisão.

O fatiamento do *impeachment* pelo Senado é um precedente para a cassação de Eduardo Cunha? O que está realmente em jogo nessa comparação?

Embora muito tenha se escrito quanto à tentativa de estender a Cunha o *fatiamento* que os senadores aplicaram a Dilma, há algo maior. O que pode aproximar os dois casos é o tratamento da votação como se fosse uma *proposição legislativa* como qualquer outra, e não um julgamento. Tratamento já dado no caso do *impeachment*, e que Cunha agora deseja obter junto ao Supremo. Mas conseguirá?

No caso de Dilma Rousseff, o ministro Lewandowski justificou a votação em separado da perda do cargo e da inabilitação com base em um direito genérico, no processo legislativo, que bancadas de senadores têm para desmembrar votações. É o acerto dessa decisão no caso Dilma que hoje ainda se discute no Supremo.

No caso de Cunha, seus aliados pediram ao Supremo e pedirão também na Câmara – que declare ser possível propor uma pena alternativa, e mais branda, ao parecer pela cassação votado pelo Conselho de Ética. Ou seja, uma espécie de emenda parlamentar, como se o parecer do Conselho estivesse sujeito ao mesmo tipo de manobras legislativas que a votação de um projeto de lei.

Por enquanto, a estratégia de Cunha não deu certo. Os ministros não deram a liminar. O presidente da Câmara, por sua vez, indicou que deixará essa decisão a cargo do plenário.

Nos dois casos, tratar a questão como uma proposição normal dá – para o bem e para o mal – maior flexibilidade para a decisão do plenário. Nos

dois casos, há três atores envolvidos na decisão. Primeiro, quem preside a sessão. Segundo, o plenário. E terceiro, o que quer que aconteça, o Supremo será provocado depois da votação.

Há, no entanto, um limite importante à estratégia de Cunha. No seu caso, não é a inelegibilidade que está em jogo. Não cabe à Câmara decidir se Cunha, se cassado, será ou não inelegível. Essa decisão caberá à justiça eleitoral, caso ele se candidate no futuro, como efeito da Lei da Ficha Limpa. Não importa o que a Câmara faça, isso não vincula o juiz eleitoral. Salvar Cunha, portanto, exige evitar sua cassação.

Mas não será fácil convencer os deputados a trocar a cassação pela pena alternativa no escuro – sem saber se o Supremo validará essa decisão.

Negando as liminares de Cunha, o Supremo se colocou em posição confortável. Pode manifestar uma deferência inicial à decisão da Câmara, reservando-se o direito de, em um segundo momento, intervir se achar necessário.

Nesse contexto de incerteza jurídica, o principal precedente gerado pelo *impeachment* é que quem tem a palavra final é necessariamente o Supremo. Um precedente que mais atrapalha do que ajuda as pretensões de Cunha.

REFORMA DO ENSINO VIA MP: RISCO DE INTERVENÇÃO DO SUPREMO?

Diego Werneck Arguelhes
24 | 09 | 2016

No Supremo de hoje, tem pouca força a ideia de que o tribunal deve respeitar as escolhas feitas por outros poderes e instituições, mesmo que não concorde com elas.

A medida provisória de Temer que reformou o ensino médio pode levar a um evento raro na experiência constitucional brasileira: interferência do Supremo no mérito de uma política pública que é central para o programa do governo.

A principal vantagem de uma medida provisória para um presidente é seu vigor imediato. Faz com que o Congresso precise negociar a partir de um fato consumado. Mas há uma potencial desvantagem: uma MP está sujeita a limites mais severos que outras iniciativas legislativas. Em especial, segundo a Constituição, MPs só podem ser editadas em caso de “urgência” e “relevância”.

Em princípio, isso aumenta o risco de inconstitucionalidade. Quando avaliam uma MP, além de discutir a sua compatibilidade com a Constituição no mérito, os ministros enfrentam uma pergunta independente: havia “urgência” e “relevância” para utilizar esse instrumento?

Tendo em vista o comportamento típico do Supremo dos anos 90 para cá, esse pode até ter sido um risco calculado por parte do governo. Mas é sempre possível errar o cálculo.

É verdade que MPs têm sido a ferramenta básica de presidentes para implementar seus programas de governo. Esse cenário de domínio presidencial foi construído pela atuação conjunta de presidentes (que optam por editar MPs) e congressistas (que podem sempre cancelar uma MP que não considerem urgente e/ou relevante), mas também de gerações de ministros do Supremo.

Foi o Supremo – e não os constituintes – quem decidiu, no governo Collor, que, no silêncio do Congresso, medidas provisórias poderiam ser indefinidamente reeditadas pelo presidente, para além do prazo constitucional. Da mesma forma, e logo após a promulgação da Constituição, foi o Supremo que decidiu que o primeiro e principal intérprete do que significa “urgência” e “relevância” seria o Executivo. Decidiu que juízes deveriam ser sempre deferentes nessa análise, intervindo apenas em casos excepcionais – “teratológicos”, na vaga expressão que juízes adoram, pois lhes dá completa liberdade para escolher quando intervir.

Na prática, o tribunal nunca se colocou como obstáculo aos programas do governo da vez.

Por vezes, faz correções marginais, ainda que relevantes, que não alteraram o cerne da política pública – como nas decisões envolvendo a reforma da previdência na década passada. Mas, de modo geral, permite ao Executivo seguir adiante com suas políticas, seja explicitamente (como nas decisões no governo Collor envolvendo o confisco das cadernetas de poupança), seja pelo seu silêncio prolongado (como nas discussões, ainda pendentes, sobre os efeitos de alguns planos econômicos sobre direitos de contribuintes e poupadores).

Até hoje, aliás, o tribunal nunca invalidou uma MP *apenas* pela falta de urgência ou relevância. No passado, quando se discutiu se os requisitos para edição estavam ou não presentes, foi sempre como um argumento a mais, junto com outras considerações sobre a substância da medida. Há, porém, sinais de mudança. Em casos como o do Instituto Chico Mendes e dos chamados “contrabandos legislativos”, o Supremo foi bem mais invasivo quanto ao processo legislativo das medidas provisórias.

No Supremo de hoje, tem pouca força a ideia de que o tribunal deve respeitar as escolhas feitas por outros poderes e instituições, mesmo que não concorde com elas. Diante de um Supremo disposto a ser coautor das políticas públicas nacionais, o risco de interferência judicial na MP do ensino cresce bastante.

Além disso, nesse caso, a substância da MP também convida intervenção do Supremo. Ao utilizar este instrumento para reformar o ensino, a combinação de radicalismo na mudança, falta de diálogo na elaboração e implementação acelerada pode encorajar o tribunal a intervir em nome daqueles afetados por essas transformações: vidas, carreiras, rotinas e planos de alunos, familiares e professores.

Falar da falta de “urgência” pode acabar sendo uma válvula de escape para ministros eventualmente insatisfeitos com alguns dos pontos subs-

tantivos da mudança no ensino. Em vez de manifestar discordância com este ou aquele ponto, podem simplesmente dizer que não há “urgência” que justifique a medida. Para outros ministros, ainda que indiferentes ao conteúdo da MP, pode ser também a chance de afirmar, diante de um executivo enfraquecido, o poder crescente do tribunal. As duas razões sugerem que, dessa vez, há um risco maior de o Supremo não abrir a porta para o Executivo passar, mesmo que esteja em jogo uma medida provisória.

LINHA SUCESSÓRIA: OS PERIGOS DA AÇÃO DA REDE NO SUPREMO

Diego Werneck Arguelhes
03 | 11 | 2016

Se a proposta da Rede for aceita, uma denúncia não mais será só uma denúncia. Vira uma peça ou arma chave nos conflitos internos do Congresso.

Segundo a Rede, a Constituição proíbe que réus em processos criminais sejam presidentes da Câmara ou do Senado. Nesta quinta-feira, o Supremo começará a decidir essa tese, em ação iniciada quando Eduardo Cunha ainda era o presidente da Câmara. Na prática, a Rede propõe uma reforma do desenho institucional brasileiro vigente até hoje. Pedem ao Supremo que reconheça e implemente, de agora em diante, uma condição inteiramente nova de exercício da Presidência das casas do Congresso. Como veremos adiante, porém, essa reforma daria ao Supremo um poder excessivo e perigoso sobre disputas políticas em curso no Congresso.

Muitos juristas discordarão da própria colocação do problema nos termos acima. Diriam que não se trata de “reformular” o desenho via Supremo, mas sim de interpretar algo que já está (implícito) na Constituição. Raciocínio interpretativo, não legislativo, a ser discutido em seus próprios termos: a Rede defende uma interpretação correta do texto constitucional? Nessa perspectiva, um argumento sólido em favor de uma leitura da constituição seria condição necessária e suficiente para justificar a intervenção do Supremo, em qualquer área, em qualquer tema.

Na prática, essa é uma condição que não limita quase nada. Com bons advogados, sempre haverá argumentos razoáveis em favor desta ou daquela interpretação. Cria-se facilmente um empate interpretativo, a ser então resolvido pelo Supremo. Mas o limite do que o Supremo pode e deve fazer em uma democracia constitucional não pode ser dado apenas pela engenhosidade interpretativa quase ilimitada dos advogados.

A proposta da Rede implica uma inédita transformação, na prática, das relações entre os poderes, cujos efeitos não são visíveis na pergunta “o que diz a Constituição?”. Há perguntas decisivas muito além da interpretação constitucional: como o novo sistema funcionaria na prática? Quais problemas resolveria – e quais criaria? Como a reforma afetaria a distribuição de poderes e limites recíprocos entre as instituições envolvidas?

No caso, a resposta a essas perguntas é desfavorável ao pedido da Rede.

No sistema hoje vigente, a eleição de um presidente da Câmara ou do Senado é um assunto interno da Casa. Não há requisitos constitucionais para além daqueles necessários para ser deputado ou senador. De outro lado, a decisão do Supremo de receber ou não uma denúncia contra qualquer parlamentar é livre de interferências legislativas– ao contrário do que ocorre com denúncias por crime comum contra o presidente, que exigem autorização prévia da Câmara.

A tese da Rede, porém, vai unir essas duas esferas. Receber a denúncia seria também decidir se este ou aquele parlamentar pode ser presidente da Câmara ou Senado. Os critérios vão se misturar: primeiro, parlamentares vão escolher seus presidentes levando em conta denúncias atuais ou potenciais (algo que talvez a Rede considere um avanço).

Segundo, e mais grave, o Supremo poderá julgar (e o Procurador-Geral da República, oferecer) denúncias contra parlamentares levando em conta a sua possível ou atual Presidência no Congresso. Uma denúncia não mais será só uma denúncia. Vira uma peça ou arma chave nos conflitos internos do Congresso.

São implicações que a Rede não discute. Queremos mesmo encorajar o PGR a fazer juízos tão amplos de “governabilidade” antes de decidir se processa ou não um parlamentar? Queremos que o Supremo decida cada denúncia pensando também se quer ou não intervir na escolha do presidente da Câmara?

Em qualquer cenário, há um problema institucional. Se os ministros forem cautelosos demais, com medo de interferir nos conflitos políticos, tenderão a só receber denúncias contra parlamentares presidentes (ou presidenciáveis) em casos extremos, em vez de simplesmente quando houver justa causa. Diminui-se a função judicial.

Mas há um risco pior que a timidez passiva: a seletividade ativa. Podem usar o poder de receber ou não uma denúncia (muito antes de qualquer condenação) para deliberadamente definir quem pode ou não ser o

presidente da Câmara ou do Senado. Aumenta-se excessivamente o poder dos juízes.

Misturando escolha legislativa e decisão judicial, a proposta da Rede dá ao Supremo um poder perigoso que os constituintes jamais cogitaram dar (e por boas razões).

Novamente, alguns juristas podem discordar. Dirão que juízes e MPs não pensarão assim. Ofereceriam e julgariam denúncias pautados apenas por critérios internos ao direito penal. As considerações estratégicas acima não os afetariam, nem mesmo inconscientemente. Os riscos da proposta não ocorreriam na prática.

Essa visão é, no fundo, um ato de fé – não transcendente, mas embutida nas pessoas que ocupam cargos no judiciário e no Ministério Público. Vai no sentido oposto da preocupação com a separação de poderes, que recomenda uma grande economia de fé *nas instituições estatais em geral*, e não apenas nos poderes eleitos. Constitucionalistas brasileiros costumam pedir controles para os poderes dos políticos – mas quase nunca para os dos juízes. Essa fé assimétrica não teria lugar nas ideias dos Federalistas, de Montesquieu, ou dos criadores dos tribunais constitucionais do pós-guerra. Por que adotá-la no Brasil em 2016?

“MANDATO-TAMPÃO” É MANDATO? A RECONDUÇÃO DE RODRIGO MAIA À SOMBRA DO SUPREMO

Diego Werneck Arguelhes
Luiz Fernando Gomes Esteves
14 | 11 | 2016

Se é possível tentar resolver a questão regimentalmente em vez de terceirizar desde já a decisão constitucional para o Supremo, a Câmara deveria considerar essa alternativa.

O deputado Rodrigo Maia pode concorrer à reeleição para a Presidência da Câmara? A imprensa noticia que ele tentará, e já se contabilizam os partidos que apoiariam a candidatura; o governador Geraldo Alckimin já até declarou que a reeleição de Maia é a “solução natural.” O artigo 57, § 4º da Constituição, porém, veda a recondução, na eleição imediatamente subsequente, para o cargo que Maia hoje ocupa, e o próprio regimento interno da Câmara dos Deputados reproduz literalmente a regra constitucional. Diante de duas regras aparentemente expressas, o plano de Maia poderia seguir em frente?

Maia não contesta diretamente essas regras. Procura contorná-las: as regras de fato vedam a reeleição, mas não se aplicam ao seu caso. Por ter sido eleito apenas no dia 14 de julho deste ano, em virtude da renúncia de Eduardo Cunha, o atual presidente da Câmara ocuparia um “mandato-tampão” – uma situação completamente atípica, que não foi prevista nem pelos constituintes, nem pelo regimento interno. Situação excepcional que, diria Rodrigo Maia, impõe solução inédita.

Na verdade, nem a situação, nem o argumento de Maia são novos. Em 2008, o senador Garibaldi Alves, eleito para ocupar a Presidência após a renúncia de Renan Calheiros, cogitou a reeleição. Anunciou à imprensa que, por se tratar de mandato-tampão, sua reeleição não seria vedada. Na época, um parecer de Francisco Rezek, ex-ministro do Supremo, sustentou a tese nestes termos: “A regra já não seria pertinente à situa-

ção daquele que, diante de fato anômalo, houvesse sido eleito fora da normalidade para uma complementação de mandato”. Fato anômalo, excepcional, fora da curva – como Maia pretende ser também o seu.

A candidatura de Garibaldi, contudo, não se concretizou. O debate naquele caso permaneceu em aberto. Se Maia seguir adiante, porém, a judicialização será inevitável. O Supremo será provocado a falar. Diante do caso “inédito”, como o tribunal se comportaria?

Há um elemento importante aqui. O Supremo já discutiu antes se “mandato-tampão” é ou não “mandato” para fins de reeleição. Ao analisar casos sobre a possibilidade de duas reeleições para candidatos a prefeito, que também haviam exercido o primeiro mandato em virtude de uma situação excepcional, o Supremo lidou com a controvérsia. Decidiu que a sucessão e a substituição são atingidas pelo limite constitucional de reeleição para um único período. Ou seja: mandato-tampão é mandato, sim, para fins da vedação de reeleição – pelo menos para prefeitos.

Essa solução conta com bons argumentos em seu favor, mas não joga por terra completamente as pretensões de Maia. O texto constitucional não distingue mandato completo de mandato-tampão, e veda a recondução para toda e qualquer eleição subsequente. Mas a Câmara poderia talvez ter interpretado a Constituição de forma a distinguir essas situações, prevendo em seu regimento interno regras diferentes – a exemplo do que faz a Lei Orgânica da Magistratura, no parágrafo único do Art. 102, ao tratar dos cargos de direção para tribunais. Até aqui, porém, isso não ocorreu, e o regimento ainda reproduz as exatas palavras da Constituição. Para viabilizar o plano de Maia, a Câmara poderia mudar seu regimento reinterpretando a Constituição – e esperando deferência, por parte do Supremo, frente a essa interpretação razoável do texto constitucional.

Além disso, uma interpretação diferente do texto constitucional poderia gerar incentivos perversos – em escala nacional. Para burlar a vedação à recondução, parlamentares poderiam, meses antes do final do mandato, renunciar à Presidência. Poderiam assim criar um impasse: se o que conta é o mandato-tampão de quem os substituiu, como poderiam eles, que renunciaram antes do fim, estar também abrangidos pela vedação? A tática poderia ou não funcionar, mas a confusão já estaria criada. Mais ainda, esse tipo de incentivo seria amplificado para todos os casos de reeleição, não apenas aqueles para os cargos de chefia dos órgãos legislativos. Todo o desenho institucional previsto na Constituição seria afetado. Isso poderia inclusive impactar a situação de Temer, no futuro, caso planeje se candidatar a duas reeleições.

Por fim, a questão precisa ser colocada no contexto da ADPF da linha sucessória, proposta pela Rede, e que o Supremo já começou a julgar. Uma maioria de ministros já se manifestou em favor de um sistema em que, na prática, o recebimento de denúncias contra parlamentares pode virar uma ferramenta de intervenção judicial na escolha dos presidentes da Câmara e do Senado. Esse tipo de intervenção estará novamente em jogo na eventual disputa pela recondução. Focados nas batalhas de curto prazo, parlamentares podem acabar convidando juízes a entrar em áreas de que, no futuro, dificilmente poderão ser desalojados.

Se é possível tentar resolver a questão regimentalmente, em vez de terceirizar desde já a decisão constitucional para o Supremo, a Câmara deveria considerar essa alternativa. O deputado Rodrigo Maia pode ser ou não uma boa escolha para o cargo, e certamente conta com apoio para tentar a recondução. Contudo, se suas pretensões esbarram na Constituição, o ideal – para a Câmara e para as instituições em geral – seria os parlamentares assumirem a responsabilidade de reformar o regimento, em vez de mais uma vez pedir ao Supremo que use a Constituição como ferramenta de intervenção nos conflitos internos da Câmara.

MINISTROS JÁ PODERIAM TER AFASTADO RENAN CALHEIROS?

Thomaz Pereira
02 | 12 | 2016

O Supremo se sente mais à vontade tomando posições agressivas em abstrato, do que fazendo valer, em concreto, suas consequências sobre atores políticos de carne e osso.

O Supremo recebeu denúncia contra o senador Renan Calheiros. Mês passado, na ADPF 402, processo objetivo, seis ministros do Supremo já se posicionaram pelo impedimento de réu ser presidente do Senado. Mas, ontem, ao receber a denúncia, o Supremo não afastou Calheiros da Presidência. Por quê?

É verdade que o julgamento da ADPF ainda está pendente, aguardando o retorno do pedido de vista do ministro Toffoli. Mas, se uma maioria dos ministros do Supremo já está convicta de que a Constituição estabelece esse impedimento objetivo, nada impediria essa mesma maioria de declarar o afastamento no caso subjetivo de Calheiros. Tal como fez com Eduardo Cunha na Câmara, o tribunal poderia ontem ter afastado Calheiros da Presidência do Senado.

Ou melhor. Se uma maioria dos ministros acredita que o afastamento da Presidência do Senado é consequência direta do recebimento da denúncia, esses ministros deveriam ter declarado o afastamento de Calheiros no mesmo ato em que receberam a denúncia.

O Supremo, no entanto, não se pronunciou sobre isso ao receber a denúncia. Caberia então ao procurador-geral da República provocar o tribunal, requerendo o afastamento imediato de Calheiros. Da mesma forma, qualquer outro legitimado poderia questionar, em ação autônoma, a legalidade da permanência de Calheiros da Presidência do Senado, requerendo seu afastamento em decisão liminar.

O fato é que a denúncia contra Calheiros sempre esteve conectada à sua Presidência. Trata-se do mesmo caso que levou à sua renúncia da

Presidência do Senado, em 2007, como parte da estratégia de salvar seu mandato. Funcionou. Seis anos depois, retornaria à Presidência da casa. Mas, com a formalização da denúncia pelo procurador-geral da República uma semana antes de sua eleição, o passado voltou a assombrar.

Agora, quase quatro anos depois, o Supremo fez de Calheiros réu ao finalmente aceitar essa denúncia, ao mesmo tempo em que julga a ADPF 402, proposta originalmente no contexto da Presidência de Eduardo Cunha na Câmara, e com maioria já formada para impedir que um réu presida o Senado.

Será que Calheiros terminará seu mandato na Presidência, ou será afastado, como Cunha?

Calheiros não é Cunha. Cunha não foi afastado apenas por sua simples condição de réu, mas por ter sido acusado de usar sua posição para atrapalhar o andamento do processo.

No caso de Calheiros, as razões para o seu afastamento não seriam sua conduta individual, mas – na linha do que seis ministros já afirmaram na ADPF pendente – a impossibilidade objetiva de figurar na linha sucessória da Presidência da República enquanto réu.

Calheiros não está na mesma situação que Cunha, mas Cunha já estava na mesma situação de Calheiros. Se o entendimento de seis ministros do Supremo quanto à impossibilidade de ser réu e presidente de casa do Congresso já existisse na época de Cunha, ele poderia ter sido afastado só por isso. É esse o caso de Calheiros agora.

Seja como for, nem a vista do ministro Toffoli na ADPF 402, nem a pendência da ADPF impedem, em princípio, que o tribunal determine o afastamento de Calheiros em seu caso individual. Para a maioria já formada que entende que isso é um mandamento constitucional, bastaria apenas decidir nesse caso concreto da mesma maneira como já se posicionaram na ADPF. Talvez o fato de não terem feito isso sugira um problema: o Supremo se sente mais à vontade tomando posições agressivas em abstrato, do que fazendo valer, em concreto, suas consequências sobre atores políticos de carne e osso.

LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE: A NOVA MORDAÇA PARA O MP

Diego Werneck Arguelhes
01 | 12 | 2016

O Ministério Público é uma das partes em juízo. Não é nem pode ser árbitro – parte de sua função exige provocar conflitos.

Aprovado pelos deputados na velocidade do autointeresse, o projeto de lei de abuso de autoridade é mais um ato de um conflito recorrente, dos anos 90 para cá, entre congressistas e o Ministério Público. Por trás do conflito, há uma pauta importante e permanente: os mecanismos que temos para fiscalizar abusos praticados por procuradores e promotores têm funcionado? Os resultados que esse conflito produz na prática, porém, têm sido perigosos. Mais do que punir abusos, querem impor ao MP um silêncio e uma timidez que não são compatíveis com a Constituição.

O PL aprovado ontem não é exceção a essa tendência. Os deputados exumaram pedaços problemáticos de projetos de lei antigos. Costuraram o Projeto de Lei 2961/97, que se tornou o PL nº 65/99 no Senado, e estava arquivado até *ontem* (29/11), com o PL 265/07, de autoria de Paulo Maluf, e o PL 280/16 do Senado Federal, de autoria do senador Renan Calheiros.

Esses projetos de lei têm algo em comum. Foram usados como ameaças por congressistas em momentos de tensão com o Ministério Público, e acabaram rotulados de “leis da mordaca”, em diferentes épocas. Todos acabaram arquivados.

Do PL de 97, os deputados ressuscitaram, com algumas alterações, o crime de “manifestar [...] o membro do Ministério Público [...] por qualquer meio de comunicação, opinião sobre inquérito ou processo”. Na redação aprovada pela Câmara, tornou-se: “expressar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de atuação do Ministério Público ou juízo *depreciativo sobre manifestações funcionais, em juízo ou fora dele, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério*”.

Ou seja: exceto nos autos e em sua atuação acadêmica, promotores e procuradores não poderiam falar publicamente sobre nenhum fato, evento ou problema envolvendo processos nos quais o MP esteja atuando ou vá atuar.

Precisamos manter nossos *juízes* em silêncio, para que mantenham sua imparcialidade e credibilidade pública. É por isso que essa vedação já existe hoje no caso do judiciário, como uma infração disciplinar, prevista na LOMAN.

Mas não é o caso do MP. Sua posição constitucional é distinta. O MP é uma das partes em juízo. Não é nem pode ser árbitro – parte de sua função exige *provocar* conflitos. Precisamos que procuradores obedeçam as leis, é claro. Mas a quem interessa o seu silêncio absoluto – inclusive sobre os próprios conflitos judiciais que, pela Constituição, compete ao MP provocar e promover?

Se nesse dispositivo a *mordaca* fica evidente, a segunda parte exumada funciona mais como um par de *algemas*. Dos projetos de lei de Paulo Maluf e Renan Calheiros, copiaram e colaram alguns dispositivos – em especial o seguinte, que altera a lei de improbidade administrativa:

“Constitui crime a representação por ato de improbidade ou a proposição de ação contra agenda público ou terceiro beneficiário, quando o autor o sabe inocente ou pratica o ato de maneira temerária.”

Esse artigo, reproduzido literalmente no projeto de lei de ontem, procura atar as mãos dos procuradores – não formalmente, mas por ameaças veladas. O que é “praticar o ato de maneira temerária”? Para cada situação de abuso claro imputada ao MP, haveria muitas outras que dividiriam a sociedade: a temeridade de uns é o cumprimento zeloso do dever constitucional para outros. Na abstração da redação legal, “temerária” é uma espada pendente sobre a cabeça de todos os promotores. Cumprir as exigências legais nunca será garantia de que uma das partes atacadas por um promotor não possa arguir, com alguma chance de sucesso, que houve “temeridade”.

Controlar abusos do Ministério Público (como também do Judiciário) é uma pauta fundamental. Mas os deputados escolheram os meios de sempre – e perigosos como sempre. Até aqui, porém, a história vinha se repetindo sem se tornar tragédia; as “leis da mordaca” anteriores foram todas arquivadas. Caso dessa vez o Senado não impeça o pior, o presidente Temer, co-legislador, tem a responsabilidade de utilizar seu poder de veto para neutralizar os perigos acima.

CONGRESSO X AGÊNCIAS: LIMITES, SÓ PARA OS OUTROS

Eduardo Jordão | Arthur Lardosa
19 | 12 | 2016

A extrapolação do controle pelo STF gerou reação expressiva do Congresso. Cabe ao Congresso cuidar para que as suas próprias ações não reduzam a legitimidade de suas críticas.

Acossado como vem sendo por decisões populistas e sem base constitucional de ministros do STF, é curioso ver o Congresso devolvendo na mesma moeda... contra uma instituição diferente.

A iniciativa, já aprovada no Senado, de sustar medida da ANAC que liberava a cobrança de bagagens despachadas por companhias aéreas suscita reflexões sobre a relação entre controlador e controlado no contexto da atual crise institucional brasileira.

Assim como as recentes decisões dos ministros Marco Aurélio e Luiz Fux, a iniciativa do Senado consiste em medida populista, que invade indevidamente a competência de outra instituição, sob o pretexto de controlá-la.

É verdade que a Constituição confere ao Congresso o poder de editar Decretos Legislativos para sustar atos normativos do Poder Executivo. Mas só podem ser sustados atos “que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. Isso significa que a mera discordância ou desaprovação, pelo Congresso, dos termos de uma medida aprovada pela agência não é suficiente para que ela possa ser sustada por esta via.

Na justificativa do Decreto Legislativo aprovado pelo Senado, no entanto, fica claro que o Senado simplesmente não concorda com a regulação da ANAC. Nem há ali a preocupação de fingir observância aos limites do controle constitucionalmente permitido.

Não se trata de defender que as agências reguladoras sejam blindadas do controle do Poder Legislativo. Mas se o Congresso deseja superar o entendimento destas entidades por razões substanciais, deve fazê-lo pela via legislativa ordinária, de modo a sobrepor hierarquicamente normas em sentidos opostos. Para tanto, deverá enfrentar todos os ônus procedimentais próprios e, inclusive, submeter a medida à apreciação do Chefe do Poder Executivo para sanção ou veto, sob pena de se institucionalizar, inconstitucionalmente, mais um mecanismo para comprometer a missão das entidades reguladoras independentes.

Embora patológico, o esgarçamento de suas competências é atitude frequente dos controladores. Ao invés de se aterem às circunstâncias específicas que permitiriam a sua intervenção, eles se fazem “superiores hierárquicos” da autoridade controlada, capazes de rever ilimitadamente todas as suas escolhas.

No caso desta específica e restrita competência congressual, este esgarçamento nem é novidade. Em 2014, o Congresso editou Decreto Legislativo para sustar a eficácia de resolução da Anvisa que vedava a comercialização de medicamentos inibidores de apetite usados contra a obesidade. Neste caso como no atual, substituíram-se, numa canetada e com argumentos de senso comum, medidas longamente gestadas e estudadas no âmbito de entidades técnicas.

A decisão certamente vale ao Congresso alguns aplausos do público, num momento conturbado para a sua imagem. Mas contribui para ampliar a crise institucional brasileira, alimentada por voluntarismos e por uma espécie de “salve-se-quem-puder” institucional.

A extrapolação do controle pelo STF gerou reação expressiva do Congresso. Cabe ao Congresso cuidar para que as suas próprias ações não reduzam a legitimidade de suas críticas. Ou então restará concluir que limites ao controle só são necessários quando os controladores são os outros.



ELEIÇÕES E REFORMA POLÍTICA

DILMA E TEMER NO TSE: UNIDOS PARA SEMPRE

Silvana Batini
25 | 04 | 2016

O que valer para a chapa Dilma/Temer, terá que valer, daqui para frente, para todos os prefeitos e governadores. Para o bem e para o mal.

Michel Temer pretende se desligar de Dilma nas ações em curso no TSE. Quais as chances de isso acontecer?

Primeiro, é importante esclarecer que, juridicamente, o destino de Dilma no *impeachment* não determina o destino das ações no TSE. Caso a presidente venha a sofrer o *impeachment*, as ações deverão prosseguir, já que restará um provimento útil a ser buscado: a declaração de que a vitória nas eleições de 2014 foi irregular, com as consequências daí decorrentes.

E quais são essas consequências? Elas podem afetar apenas Dilma, mas não seu companheiro de chapa Temer? Aqui, é preciso lembrar do que tratam e para que servem estas ações. Falam de abuso de poder econômico e político supostamente praticados durante a eleição, algo que a Constituição proíbe em nome da normalidade e da legitimidade do pleito. A consequência para quem abusa e vence a eleição é a perda do cargo irregularmente conquistado.

À primeira vista, seria possível interpretar esta perda de cargo como uma sanção, um castigo para quem viola a lei. Pensando assim, seria razoável imaginar que um vice que conseguisse demonstrar sua “inocência” pessoal pudesse ser poupado da consequência legal do abuso – a cassação. Mas não é assim. A perda do cargo não é de fato uma pena ligada à responsabilidade pessoal do autor do fato.

Quando a justiça eleitoral reconhece que houve um abuso sério e grave, ela admite que o resultado da eleição não foi legítimo e, portanto, não pode ser validado. O efeito central desta decisão é a anulação dos votos conferidos à chapa e, consequentemente, a perda do diploma de vence-

dora. É um juízo sobre se as regras da competição foram respeitadas ou não e não sobre de quem é a culpa. É por isto que não faz sentido separar o destino do titular em relação ao vice da chapa. Os votos conferidos a um são os mesmos conferidos a outro. E, se a eleição foi ganha de forma anormal e ilegítima, em nada aproveita o vice clamar pessoalmente por inocência ou ignorância – da mesma forma, aliás, que não é preciso provar a responsabilidade pessoal de Dilma pelas irregularidades para que se configure a violação das regras eleitorais.

O afastamento do titular da chapa por questões alheias à justiça eleitoral (morte, renúncia ou *impeachment*) não tem o condão de restabelecer a legitimidade de uma eleição que tenha sido ganha – também pelo vice– com recursos abusivos. O que está em jogo é a restauração da soberania popular, o que, como a própria lei dispõe, só se dá com novas eleições. Não é direito penal, que exige a demonstração do dolo ou da culpa. É direito eleitoral e o que está em jogo é a autenticidade do resultado das urnas.

O próprio TSE vem reconhecendo a natureza indissociável da chapa desde 2008, quando estabeleceu que os vices devem obrigatoriamente ser citados como réus nas ações eleitorais, já que serão inexoravelmente atingidos pelos efeitos da decisão sobre o destino da chapa.

Mas, dentre as consequências jurídicas do abuso nas eleições, há uma que de fato tem caráter individual e poderia, em tese, estar associada à responsabilidade subjetiva do agente: a inelegibilidade por 8 anos. Ou seja, apenas com relação a esse efeito seria possível separar Dilma e Temer de acordo com a conduta individual de cada um nas irregularidades. Mesmo assim, isso exigiria rever a posição atual do Supremo, no sentido de que também não se trata aqui de pena, mas de critério de elegibilidade que o legislador infraconstitucional tem liberdade para estabelecer.

É claro que existe a chance de o TSE mudar sua jurisprudência e, a pretexto de uma desejável estabilidade e segurança institucional (evitar o agravamento da crise, por exemplo), buscar uma solução que separe a titular de seu vice. Mas seria uma decisão claramente heterodoxa e com efeitos para o futuro, que estabeleceria um precedente sério e generalizável a partir de uma situação política muito específica. Certamente o Supremo seria chamado a intervir.

Neste ano teremos eleições municipais. O que valer para a chapa Dilma/Temer, terá que valer, daqui para frente, para todos os prefeitos e governadores. Para o bem e para o mal.

MINISTROS FICHAS-SUJAS?

Silvana Batini
31 | 05 | 2016

A lei não proíbe que um investigado, ou mesmo um réu, vire ministro. Mas há coisas muito além da lei que recomendam cautela nessas nomeações.

O presidente em exercício, Michel Temer, nomeou como ministros pessoas envolvidas na Operação Lava Jato. Há algumas semanas, uma liminar do ministro Gilmar Mendes impediu Lula de ser ministro no governo Dilma, sob o argumento de que a verdadeira finalidade da nomeação teria sido interferir no andamento de investigações criminais em andamento envolvendo o ex-presidente. O caso de Lula não foi ainda enfrentado pelo Supremo, mas as indicações de Temer acenderam a discussão: é possível um ministro investigado?

Cada caso é um caso.

Há diferentes graus de envolvimento de alguém com uma investigação, como a Lava Jato. São várias as possibilidades.

Primeiro, a pessoa pode ter sido citada em um depoimento, por um colaborador ou não, sem que esta citação dê início a qualquer investigação contra ele, seja porque trate de fatos atípicos, seja por lhe faltar uma base mínima de indícios a justificar a abertura de um inquérito, seja porque nenhuma decisão foi tomada até o momento pelas autoridades competentes a respeito. Ser citado gera desgaste, especialmente em operações de grande repercussão como a Lava Jato. Mas não altera em nada a condição jurídica do citado.

Segundo, a pessoa pode ser investigada diretamente. Se essa investigação mostrar que há traços de responsabilidade por crimes, pode ter seus sigilos quebrados e sofrer outras medidas constritivas, como, por exemplo, a prisão temporária ou preventiva. Aqui começa a haver uma mudança de status jurídico: embora não seja ré, a pessoa já é oficialmente alvo de investigação.

Terceiro, caso a investigação avance e encontre provas, o Ministério Público oferece uma denúncia. Se essa denúncia for aceita pelo juiz ou tribunal, muda-se mais uma vez a condição do investigado, que passa a ser réu.

Quarto, se o processo evoluir para a confirmação da denúncia, o réu é finalmente condenado.

Quando se fala em “envolvimento” deste ou daquele ator na Lava Jato ou qualquer outra investigação, é fundamental especificar em qual dos cenários acima a pessoa de fato se encontra.

Ser ministro pode influenciar no desenrolar do processo penal: ministro de estado tem foro originário no Supremo, e uma denúncia eventualmente oferecida contra ele só poderá ser recebida após a autorização de 2/3 da Câmara dos Deputados.

Contudo, antes da condenação definitiva, nenhuma destas circunstâncias impede juridicamente alguém de se tornar ministro de Estado. Se preferirmos uma analogia, a lei da ficha limpa só impede candidaturas de quem tenha sido condenado por órgão colegiado e por determinados crimes.

Em tese, a presunção de inocência garante o pleno exercício do cargo de ministro, ao menos até o trânsito em julgado de uma sentença condenatória. Isso não exclui nem evita, é claro, o desgaste político de o presidente ter, entre seus auxiliares mais diretos, pessoas envolvidas, em graus variados, com a justiça criminal. É uma consequência que está além da possibilidade de controle judicial.

Voltemos ao caso Lula.

Foi impedido de assumir quando ainda era simples investigado na justiça federal e denunciado pelo MP Estadual. Ainda não se tornara – como não se tornou até agora – um réu. Falta um pronunciamento do juiz competente sobre a denúncia oferecida pelo MP. Contudo, a fundamentação da liminar de Mendes não levou em conta estes dados, mas a convicção de que a nomeação buscava uma finalidade oculta: permitir que Lula sáísse da jurisdição de Curitiba, junto ao juiz Moro, e ganhasse o foro do Supremo. Mais ainda, a nomeação de Lula se deu logo após o pedido de prisão preventiva, e logo antes que o juiz pudesse apreciá-lo. Foram as circunstâncias do ato de nomeação, trazidas à luz a partir da divulgação da escuta telefônica, que atraíram, na visão de Mendes, a pecha de ilegalidade – e não o fato em si de Lula estar sendo investigado e ter sido denunciado.

E no caso dos ministérios de Temer? Alguns desses ministros são apenas citados em delações, mas há outros formalmente investigados em procedimentos criminais. Alguns deles já detinham o foro privilegiado antes de se tornarem ministros. Quanto a estes, não se pode dizer, em princípio, que tenha havido o desvio de finalidade em suas nomeações. Já os que adquiriram o foro privilegiado com o status de ministro, para que se equiparassem à situação de Lula, seria necessário reunir elementos que indicassem que sua nomeação fora a forma de viabilizar a fuga de foro. Ao menos até o momento, isto não aconteceu com nenhum deles.

Assim, mesmo supondo que o plenário do Supremo vá concordar com a liminar de Mendes, é preciso cautela com essa comparação.

O que não quer dizer que os variados graus de envolvimento dos ministros de Temer com a justiça criminal não gerem efeitos para além do direito. Romero Jucá já caiu, por força de seu envolvimento na Lava Jato. Efeito político, não judicial. E a força da operação permanece na razão direta da crise de confiança que se abate sobre os demais ministros que são alvos dela. A Lava Jato tem apresentado resultados concretos, que geram na sociedade uma expectativa negativa em relação aos que vêm sendo investigados.

A lei não proíbe que um investigado, ou mesmo um réu, vire ministro. Mas há coisas muito além da lei que recomendam cautela nessas nomeações. A régua desta cautela, porém, não está nas decisões do Supremo, mas na pressão pública da política.

TSE – COMO ESTRAGAR UMA ELEIÇÃO

Ivar A. Hartmann
03 | 07 | 2016

Será que, no país pioneiro das urnas eletrônicas, os magistrados do Supremo e do TSE, enxergam a tecnologia sempre como ameaça?

Em 2016, teremos as primeiras eleições com a proibição de doações de empresas privadas. Essa proibição, associada ao mecanismo inovador de *crowdfunding*, promoveria uma das eleições potencialmente mais inovadoras que o Brasil já viu. O TSE, porém, havia proibido o *crowdfunding* em 2014. E acabou de desperdiçar de corrigir seu erro. Demonstrando preconceito com a tecnologia e despreparo para pensar o problema, os ministros decidiram contra o *crowdfunding*.

O *crowdfunding* nada mais é que a pulverização massificada, permitida pela internet, de doações financeiras para qualquer finalidade. Até então, era muito difícil organizar uma estrutura que permitisse a um candidato receber e registrar devidamente doações de centenas de milhares de pessoas. O custo dessa contabilidade por si só já impossibilitava um grande número de doadores. O resultado natural era a concentração das origens do dinheiro: um pequeno número de grandes empresas ou ONGs era responsável pela quase totalidade das doações aos candidatos.

Uma eleição bancada por uns poucos entes privados é tão ruim quanto uma eleição em que poucos entes privados votam, deixando a maior parte da população excluída do processo eleitoral. Uma democracia saudável prefere o maior número possível de eleitores protagonistas – deliberando, votando e doando.

É por isso que a campanha para Presidência de Barack Obama, em 2008, foi um marco. Pela primeira vez numa grande eleição, milhões de pessoas doaram um pouco de dinheiro cada uma. O modelo no Brasil até agora era justamente o inverso. Poucas pessoas doavam milhões cada uma para o candidato vencedor.

O primeiro passo para quebrar esse modelo era bloquear a entrada de dinheiro de empresas nas campanhas. Para criar uma proibição desse tipo seria necessária lei. O Supremo, porém, fez isso por conta própria na ADI 4650. Escreveu certo por linhas tortas, mas o resultado em si foi positivo.

O segundo passo era a popularização do *crowdfunding* nas eleições. Aqui, a lógica do TSE foi perigosa – e oposta àquela do Supremo. Afirmou que era necessária autorização explícita do legislador para permitir algo que nunca foi proibido. Como se o *crowdfunding* fosse manifestação de intervenção estatal, e não expressão da liberdade de organização e participação política.

Tanto sob o ponto de vista do mérito jurídico, quanto sob o ponto de vista do impacto, a decisão foi uma das piores da história do TSE.

A falta de conhecimento técnico não é o problema. Um juiz ou ministro não precisa ser engenheiro de computação. Mas os ministros do TSE evidenciaram preconceito ao presumirem entender dos aspectos técnicos. Não foram humildes o suficiente para dar deferência à avaliação de quem domina tais questões.

Não foi a primeira vez em que uma decisão judicial impediu que avanços tecnológicos melhorassem o processo eleitoral brasileiro. O Supremo havia feito o mesmo ao proibir a impressão do voto nas urnas eletrônicas. O mecanismo traria mais segurança ao sistema usado no Brasil, mas os ministros decidiram contra, mesmo sem entender as questões técnicas envolvidas. Será que, no país pioneiro das urnas eletrônicas, os magistrados do Supremo e do TSE, enxergam a tecnologia sempre como ameaça?

Alguns exemplos ilustram esse preconceito. O Min. Gilmar Mendes afirmou que o *crowdfunding* traria o risco de que empresas fizessem doações por meio de pessoas físicas. Mas esse risco é exatamente igual nas doações que não usam o *crowdfunding*. O TSE se apegava ao texto da lei que exige que as doações sejam feitas por “mecanismo disponível em sítio do candidato, partido ou coligação na internet”. Dá inexplicável interpretação restritiva. Tudo que não é legalmente proibido é permitido, mas parece que, quando tecnologias inovadoras estão envolvidas, esse primado se inverte.

Havia maneiras de ser rigoroso com a prática sem demonstrar preconceito. Uma saída seria investir na definição do critério: o que define se o mecanismo de *crowdfunding* está no “sítio do candidato, partido ou coligação”?

Se o critério é a aparência para o eleitor que visita o *site*, então uma empresa de *crowdfunding* poderia receber as doações de *embedding*. Uma janela no próprio *site* do candidato com textos, formulários, botões etc. que na verdade são geridos pela empresa. O critério também poderia ser mais técnico. A pergunta então seria: para que *site* estão direcionados os *requests* do eleitor que quer fazer a doação? Nesse caso, as operações de doação facilitadas pela empresa de *crowdfunding* poderiam ser executadas por código hospedado no mesmo servidor que a página do candidato.

A grande maioria das pessoas não sabe como funciona *embedding*, o que são *requests* e como funciona hospedagem de *websites*. Se tivessem que tomar uma decisão sobre isso, perguntariam a um amigo ou técnico que de fato entende. Como a maioria das pessoas, os ministros do TSE tampouco entendem disso. Mas preferiram fingir que dominam essas questões técnicas o suficiente para tomar uma decisão que impactará milhões de eleitores brasileiros. Acabaram de mostrar como o preconceito estraga uma eleição.

TSE PRECISA SER UMA COMISSÃO DA VERDADE ELEITORAL

Silvana Batini
09 | 08 | 2016

Não há qualquer razão para imaginarmos que a prática desnudada pela Lava Jato tenha se prestado a ajudar apenas um partido, ou apenas à eleição presidencial.

A Lava Jato já mostrou que o financiamento eleitoral foi usado para lavar dinheiro da corrupção. Desde essas revelações, porém, pouco se fez no âmbito da justiça eleitoral. Não conhecemos exatamente a extensão desta prática, nem o quanto ela pode ter comprometido a legitimidade das últimas eleições gerais — não só para presidente, mas também de senadores, deputados federais, governadores e deputados estaduais.

Nesta semana, o presidente do TSE, ministro Gilmar Mendes, retomou o tema das contas da campanha do PT em 2014. Insistiu na necessidade de providências diante dos indícios de que o partido se financiou por uma sociedade de economia mista (a Petrobrás), o que é proibido. Mendes quer investigação e punição para o partido, paralelamente às consequências eventuais para a chapa Dilma/Temer, que deverão ser decididas em ações ainda pendentes no TSE.

Entretanto, não há qualquer razão para imaginarmos que a prática desnudada pela Lava Jato tenha se prestado a ajudar apenas um partido, ou apenas à eleição presidencial.

As empresas envolvidas na Lava Jato colaboraram para várias campanhas e para diversos partidos. É claro que muitas destas contribuições podem ter sido feitas na forma da liberalidade que a lei permitia. Mas quantas delas podem ter sido contrapartida de interesses específicos, regionais – ou recompensa espúria de favores de agentes públicos?

Uma vez escancarada nossa forma de governar com a partilha de cargos e postos entre aliados, é possível também suspeitar que estes nichos de

poder nas empresas públicas ou assemelhadas podem ter se prestado para a mesma prática usada na Petrobrás. A Lava Jato levanta perguntas incômodas, mas urgentes, e ainda não enfrentadas: quanto dinheiro público foi desviado para campanhas eleitorais de 2014? Quem foram os beneficiados?

É certo que, a esta altura, as contas das campanhas já estão julgadas, e nada se poderá fazer contra os eventuais eleitos que tenham se beneficiado da prática ilícita. Restará, como quer o ministro Gilmar em relação ao PT, responsabilizar os partidos. As punições são brandas e foram ainda mais amenizadas pela última reforma eleitoral de 2015. Por enquanto, nada na lei autoriza que um partido seja extinto porque se financiou na corrupção. A ideia está em discussão nas 10 Medidas propostas pelo MPF e merece debate – mas, por enquanto, é apenas uma ideia.

Ainda assim, conhecer estes fatos pode ser benéfico para o Brasil. Independentemente da possibilidade de punição, o TSE pode ser uma “Comissão da Verdade” na esfera eleitoral. Prestará um grande serviço à Nação se determinar, por resolução, que a área técnica – incluídos aí os TREs, avalie as doações de campanha feitas pelas empresas envolvidas na Lava Jato. Uma análise detalhada e abrangente sobre o que se passou na última eleição pode servir de estímulo a uma mudança legislativa que torne as prestações de contas mais efetivas e os partidos políticos mais responsáveis.

A Lava Jato revirou a terra e os defuntos estão insepultos. É preciso coragem e disposição para lidar com eles. Com todos.

CAIXA 2 – PROIBIR PARA LIBERAR?

Silvana Batini
21 | 09 | 2016

A questão não é realmente técnica. A estratégia é apostar na ambiguidade de leis vagas e imprecisas para plantar controvérsias jurídicas enquanto a prescrição corre.

O Congresso quer proibir o que já é proibido. Caixa 2 em campanhas eleitorais já é crime no Brasil. A lei que permite sua punição existe desde 1965. Trata-se do Código Eleitoral.

O crime não se chama Caixa 2, mas falsidade ideológica. A conduta de omitir em documentos informações que dele deveriam constar ou fornecê-las de forma indevida. O raciocínio é simples: candidatos e partidos são obrigados a declarar à justiça eleitoral todas as suas fontes de financiamento; se prestam informações que sabem ser falsas, ou se omitem informações obrigatórias, cometem o crime.

Além de ser crime, ainda é uma conduta ilícita no aspecto exclusivamente eleitoral. Uma infração passível de cassar o eleito e torná-lo inelegível por 8 anos.

Por que então o Congresso quer fazer uma lei para criminalizar o Caixa 2?

Há duas explicações possíveis. De um lado, a proibição do Caixa 2 tem baixa efetividade. Não temos uma tradição de punições a este tipo de infração. Além disto, os tipos são vagos, imprecisos e precisam ser atualizados, inclusive nas penas a serem aplicadas, que poderiam ser mais graves para desestimular a prática.

Sempre houve menos rejeição social ao Caixa 2 – uma prática disseminada e de todos conhecida. Na época do Mensalão, aliás, vários acusados se defendiam das acusações de corrupção, alegando tratar-se de “um simples Caixa 2”. Algo supostamente tolerável no âmbito do jeitinho brasileiro. O Supremo não aceitou. Diante dessa tese de defesa, a ministra Carmen Lúcia precisou reiterar o óbvio: “Caixa 2 é crime!”.

Mais recentemente, o próprio ministro Gilmar Mendes agiu na mesma direção. Em 2015, desarquivou as contas de campanha da Chapa Dilma/Temer e, diante das notícias de ilícitos que emergiam da Lava Jato, mandou os dados à polícia federal e ao Ministério Público para fins de apuração de crimes.

Uma revisão no sistema de controle dos financiamentos de campanha, portanto, poderia até ser bem-vinda, se fosse parte de um esforço para insistir na gravidade de condutas que, embora vistas como usuais, prejudicam a competição eleitoral.

Há, porém, uma segunda explicação. Em vez de mais um passo no combate à corrupção, a redefinição do crime Caixa 2 pode ser um passo rumo à impunidade.

A Lava Jato apontou para as relações entre a corrupção e o financiamento eleitoral. Inúmeros delatores relataram que contribuíram para partidos e campanhas como contrapartida de benefícios obtidos ou em vias de serem obtidos em contratos ilícitos com a administração pública. Estas contrapartidas ingressaram nas contas dos partidos e candidatos por vezes de forma clara e declarada (Caixa 1), e outras vezes de forma clandestina – Caixa 2.

Rigorosamente falando, estas condutas caracterizam crimes de corrupção e lavagem de dinheiro — crimes comuns, punidos com penas altas e que independem da existência do crime eleitoral.

Nesse cenário, como a criação do crime de Caixa 2 pode ser um passo rumo a impunidade?

Tenta-se criar, pouco a pouco, a ideia de que todos estes ingressos de recursos de empreiteiras nos caixas de partidos e campanhas configuram *somente* Caixa 2. Se o Congresso redefinir este crime, se fizer agora uma mudança que possa ser interpretada como uma proibição até então inédita, pode acabar zerando o jogo. Pode extinguir a punibilidade das condutas ocorridas antes da nova lei.

O objetivo é claro: se entendermos todo o esquema de corrupção e lavagem como absorvido pelo crime de Caixa 2, uma eventual anistia deste abrangeria os crimes por ele absorvidos, aí incluídos a corrupção e a lavagem de dinheiro.

A ideia não resiste à dogmática séria do direito penal. Caixa 2, corrupção e lavagem não se confundem.

Rigorosamente falando, uma anistia deste porte tampouco poderia beneficiar a chapa Dilma/Temer nas ações do TSE, já que lá as acusações de são de abuso de poder político e econômico e não de Caixa 2.

Mas o fato é que a questão não é realmente técnica. A estratégia é apostar na ambiguidade de leis vagas e imprecisas para plantar controvérsias jurídicas. Na verdade, uma estratégia antiga e que tem dado certo no Brasil, fazendo processos se perderem em discussões jurídicas enquanto a prescrição corre.

A própria forma de gestação desta nova lei – na madrugada, sem aviso prévio, sem transparência — sugere que a estratégia era mesmo esta.

É preciso atenção. Se a Câmara insistir no plano, nos próximos meses, o Supremo terá que intervir. A liberdade do legislador para legislar em causa própria precisa encontrar limites.

Em 2000, o STF permitiu que a classe política se beneficiasse de uma autoanistia sem considerar que isto violava a moralidade. Era uma lei que extinguiu multas eleitorais. Hoje a questão tem a ver com crimes. O controle do Supremo terá que ser mais rigoroso.

TSE E A IMPROBIDADE: ENTRE A GRAMÁTICA, A LÓGICA E A RETÓRICA

Silvana Batini
21 | 10 | 2016

Há gravíssimas condutas de improbidade que enriquecem servidores públicos sem que os cofres públicos sejam diretamente afetados.

São três as espécies de improbidade administrativa: o servidor se enriquece, indevidamente, usando o cargo; o servidor causa um prejuízo ao erário; o servidor viola um princípio sem levar vantagens com isto e sem causar prejuízo econômico aos cofres públicos. As três hipóteses podem existir isoladamente ou cumulativamente, tudo a depender da circunstância.

Nesta semana, o TSE decidiu que o agente público só será um “ficha suja” e, portanto, inelegível, se seu ato produzir, cumulativamente, enriquecimento próprio ou de terceiro e prejuízo ao erário. Levou em conta a interpretação gramatical da lei que prevê a inelegibilidade em casos de “ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito”. No caso, valorou a conjunção “e” que une as duas categorias de improbidade, atribuindo-lhe a função de adição.

Curioso notar que foi também uma classe gramatical que alimentou a controvérsia em torno da inelegibilidade não decretada no processo de *impeachment* da ex-presidente Dilma. Naquela oportunidade, o Senado preferiu desprezar o valor da preposição “com” presente no § 4º do artigo 52 da Constituição, e considerar que a perda do cargo e a suspensão dos direitos políticos podem subsistir um sem o outro.

Questões gramaticais à parte, a decisão do TSE reafirma uma jurisprudência que já vinha sendo empregada nos últimos anos pelo tribunal.

Nesta semana, o ministro Herman Benjamin tentou mudar o entendimento da Corte, para se reconhecer, doravante, que a inelegibilidade

pudesse decorrer de uma condenação colegiada por improbidade com enriquecimento ilícito *ou* dano ao erário, não cumulativamente.

De fato, o texto da lei não indica necessariamente que ambas as circunstâncias devam coexistir. Antes, mais parece excluir a terceira modalidade (a violação simples de princípios), por se tratar de hipótese, via de regra, menos grave.

Além disso, a ideia do ministro Herman Benjamin acolhia uma lógica irrefutável: há gravíssimas condutas de improbidade que enriquecem servidores públicos sem que os cofres públicos sejam diretamente afetados. Imagine-se um deputado que exija parte do valor de um contrato público firmado entre uma empreiteira e uma estatal, sem que haja indícios de superfaturamento no tal contrato. Haverá alguém capaz de negar a gravidade de tal conduta?

O inverso também é verdadeiro e não de todo raro, quando prejuízos graves são impostos ao patrimônio público, sem que se possa apontar qualquer vantagem indevida do agente. O caso trazido pelo ministro Gilmar, envolvendo José Serra, Pedro Malan e Pedro Parente, retomado pelo STF após longo tempo de estagnação, é exemplo disto.

A lógica dos argumentos do ministro Benjamin, lamentavelmente, não convenceu seus pares. O TSE, por maioria, insistindo no apego gramatical à conjunção, decidiu que continuará permitindo que condenados por este tipo de conduta, ainda que por órgãos colegiados, possam se candidatar a cargos eletivos. São fichas limpas.

O julgamento ainda deu pretexto ao ministro Gilmar Mendes para mais um ataque intenso contra o Ministério Público e a magistratura, a quem acusou de chantagearem políticos com a lei de improbidade. Também defendeu a adoção de uma lei de abuso de autoridade, hoje apadrinhada pelo presidente do Senado, Renan Calheiros.

Pela relevância do cargo que ocupa e da cadeira da qual falou – a Presidência do TSE –, as palavras do ministro Gilmar haveriam de causar um grande impacto desembocar em providências mais sérias e imediatas. Quem seriam os chantageadores? Quem seriam os chantageados?

Todavia, afora as justas reações corporativas de praxe, nada mais aconteceu. Talvez porque o Brasil já tenha se acostumado com a exagerada retórica do ministro.

CAIXA 2: FALTOU COMBINAR COM O JUDICIÁRIO

Thomaz Pereira
18 | 11 | 2016

Para o bem e para o mal, independentemente do sucesso dessa manobra legislativa, o destino da Lava Jato continuará nas mãos do Judiciário.

Tramita no Legislativo projeto que criminaliza o Caixa 2, mas a suspeita (ou, dependendo de com quem se converse, a esperança) é de que isso sirva para anistiar quem já cometeu esse crime. A tese é: se agora criminaliza-se uma conduta é porque antes ela não era crime. Ou seja, ao se definir um novo tipo penal, os congressistas estariam, na verdade, declarando que, até ali, nada daquilo era crime. No entanto, essa está longe de ser uma consequência inevitável.

A experiência indica que os efeitos práticos de uma medida assim dependem menos dos políticos, e mais do Judiciário. Afinal, qualquer que seja a lei, velha ou nova, são os juízes que vão aplicá-la. A tese da anistia de crime anterior por lei posterior que criminalize a mesma conduta pode ser engenhosa, mas teses nunca adotadas preenchem bibliotecas inteiras e permanecem dormentes nos arquivos dos tribunais. A pergunta que interessa na prática é: o Judiciário será convencido?

Em primeiro lugar, tipos penais são categorias que tentam capturar fatos reprováveis que ocorrem na sociedade. Ou seja, ninguém “comete Caixa 2”, o que ocorre é que as pessoas deixam de contabilizar e declarar recursos financeiros recebidos. Ao fazer isso, podem estar cometendo diversos crimes, como falsidade ideológica, estelionato, lavagem ou ocultação de bens. O tipo Caixa 2 ainda não existe no nosso direito penal, mas os atos que esse tipo tenta descrever, a depender de certas especificidades de cada caso concreto, já se enquadram em outros tipos penais existentes.

Com isso, mesmo que ninguém possa ser condenado “por Caixa 2” antes de criação desse tipo penal, esses mesmos atos podem já se enquadrar

em outros crimes – a ser, portanto, puníveis. Ou seja: quem deixar de contabilizar e declarar recursos financeiros recebidos pode até não ser condenado por “crime de Caixa 2”, mas pode ser condenado por falsidade ideológica, estelionato, lavagem ou ocultação de bens, bem como outros tipos penais existentes.

Não há aqui nenhuma novidade. Houve uma época em que “sonegação fiscal” não era criminalizada como tal, no entanto, quem falsificava um recibo para enganar a Receita respondia por falsidade documental. A tipificação não anistia aqueles que já cometeram crimes tipificados, apenas cria mais um tipo para enquadrar criminosos futuros.

Vai ser esse o caso do Caixa 2? A julgar pela prática do Judiciário brasileiro, a manobra do Congresso tem grandes chances de não dar certo nos nossos tribunais.

O caso do Mensalão é instrutivo. Durante o julgamento, diversos réus admitiram especificamente a prática de Caixa 2. A tática era confessar um ilícito eleitoral menor para evitar que os mesmos fatos levassem a condenações mais gravosas, por corrupção e lavagem de dinheiro. Não deu certo. Essa tese da defesa não foi capaz de convencer os ministros.

Assim como os réus no Mensalão, políticos tentam usar agora as armas que têm para tentar escapar de uma condenação. Mas o destino dos envolvidos em práticas desvendadas na operação Lava Jato não está só nas mãos dos legisladores. Aqueles que deixaram de contabilizar e declarar recursos financeiros recebidos poderão, com ou sem a nova tipificação do crime de Caixa 2, ser condenados por falsidade ideológica, estelionato, lavagem ou ocultação de bens.

Mais ainda, agentes públicos (ainda que fora da função ou antes de assumir) que solicitaram ou receberam esses recursos como vantagem indevida para si ou para outrem, com ou sem a tipificação do Caixa 2, poderão ser condenados por corrupção. Corrupção é corrupção – tanto no Caixa 2, como no Caixa 1. Assim como ocorreu no Mensalão, sem convencer os juízes, a engenhosidade da tese não é garantia de nada.

Para o bem e para o mal, independentemente do sucesso dessa manobra legislativa, o destino da Lava Jato continuará nas mãos do Judiciário. Quanto a isso, o maior risco de impunidade não está na promulgação de uma lei de anistia implícita, ou mesmo na adoção de uma tese de defesa inovadora. O perigo está na ineficiência e na morosidade de sempre impedir a condenação de culpados, especialmente daqueles que têm direito ao foro privilegiado.

A multiplicação de inquéritos e ações no Supremo poderá demonstrar a incapacidade de o tribunal – que tanto sofreu com as dezenas de réus do “Mensalão” – julgar adequadamente as centenas de réus da Lava Jato ao mesmo tempo, enquanto corre contra o relógio da prescrição. Nada seria mais desolador do que se os crimes cometidos fossem “anistiados”, não por manobras legislativas, mas pela incapacidade do Judiciário dar efetividade às leis penais. Aí está o verdadeiro perigo. Evitá-lo depende apenas do Supremo.



**DIREITOS FUNDAMENTAIS:
ATIVISMOS E OMISSÕES**

INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO: QUAL FOI, AFINAL, O RECADO DO SUPREMO?

Carolina Haber
17 | 02 | 2016

O sinal dado pelo tribunal foi no mínimo confuso, e a formulação da tese de repercussão geral adotada pode ter o efeito contrário.

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 no 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 à essa inviolabilidade, dentre as quais estão a determinação judicial e o flagrante delito.

No 1º caso, haveria um controle *a priori* do magistrado. No 2º, o controle é *a posteriori*, permitindo-se aos policiais desde logo atuar, para depois serem analisadas as fundadas razões que o levarem 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, no caso concreto, haviam fundadas razões 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 resto 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

encontraram 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.

UM SUPREMO SOCIALMENTE SELETIVO?

Juliana Cesario Alvim Gomes
01 | 02 | 2016

Em vez de levarem sua própria voz e suas próprias causas ao Supremo, os movimentos sociais precisaram “mascarar” seus pleitos dentro das regras do processo constitucional.

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 desses 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. Ao invés de levarem sua própria voz e suas 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.

Esses argumentos, porém, desviam o foco da discussão. Insinuem que o acesso ao Supremo por parte dos movimentos sociais demandaria reformas profundas em sua estrutura, sem levar em conta os canais que atualmente existem. 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.

OS PROBLEMAS DA DECISÃO DO STF SOBRE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Thiago Bottino
18 | 02 | 2016

Os recursos para os tribunais superiores, em matéria criminal, raramente modificam as decisões dos juízes e tribunais. Logo, a decisão do Supremo não modificará a realidade atual no que diz respeito ao resultado final do processo.

Pergunte a um advogado criminalista quantas vezes ele reverteu uma condenação em segundo grau por meio de um recurso especial ou extraordinário. Poucas vezes, talvez nenhuma. Os recursos para os tribunais superiores, em matéria criminal, raramente modificam as decisões dos juízes e tribunais. Logo, a decisão do STF não modificará a realidade atual no que diz respeito ao resultado final do processo.

Agora, pergunte a esse mesmo advogado criminalista quantas vezes ele reverteu as decisões dos tribunais de apelação pela via do *habeas corpus*. Muitas, ele dirá. Há estatísticas que comprovam a afirmativa.¹²⁰ No STJ, entre 2008 e 2012, foram providos 27,86% dos HCs para reformar, total ou parcialmente, as decisões dos tribunais de 2ª instância. No STF, outros 8,27%. Números alarmantes se considerarmos que somente se leva aos tribunais superiores, em HC ou RHC, questões de direito (e não valoração de prova), o mesmo objeto dos recursos especial e extraordinário.

Qual a razão, portanto, de se interpirem esses recursos especiais e extraordinários? Ganhar tempo. Seja para que ocorra a prescrição, seja para ter tempo de ver o HC julgado e a condenação indevida revertida sem que o cidadão sofra uma pena indevida.

120 Se considerado o período entre 2006 e 2014, os números de concessão integral e parcial são ligeiramente diferentes: 21,26% no STJ e 9,20% no STF. FGV DIREITO RIO. *Habeas Corpus nos Tribunais Superiores*. Disponível em: <<https://goo.gl/70Xbsy>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

É inegável que, na realidade do sistema jurídico brasileiro, os recursos aos tribunais superiores demoram muito a serem julgados. E que isso gera um incômodo legítimo na sociedade. Mas, embora se possa prever que 75% a 80% das decisões não serão modificadas, isso não justifica que o restante dos acusados deva sofrer penas que, mais tarde, serão consideradas indevidas.

Com a decisão de ontem, contudo, a maioria dos ministros do STF optou por assegurar que a maioria dos culpados cumpra as penas que são devidas em um prazo mais curto, ainda que alguns inocentes também precisem fazê-lo por um período.

A Constituição diz que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII). Mas o Supremo ontem disse o oposto. Mesmo se ainda existirem recursos, pode-se prender pessoas como se condenadas já fossem. Duas questões surgem daí.

A primeira questão é que, há bem pouco tempo, em 2009, o mesmo Supremo dissera o oposto. Dissera que era necessário aguardar o trânsito em julgado para executar a pena. De 2009 a 2016, houve mudança dos integrantes do STF. Mas não houve mudança da Constituição. Como explicar para a população que a cada novo ministro que integrar no Supremo as decisões anteriores podem mudar? Cria-se uma insegurança jurídica. Justamente o contrário da previsibilidade que se espera em um Estado de Direito.

Ao ser sabatinado no Congresso dos Estados Unidos quando indicado para presidir a Suprema Corte daquele país, John Roberts afirmou que um juiz não deve votar pela substituição de um precedente apenas porque considera que o julgamento que o estabeleceu foi equivocado.¹²¹ Roberts é conhecido por suas posições conservadoras e a pergunta tratava da possibilidade de mulheres abortarem. Embora pessoalmente contrário a essa decisão anterior da Suprema Corte americana, Roberts demonstra respeito à história da própria instituição. Jurisprudência de Corte Constitucional não é como nossas meias, que trocamos todos os dias.

A segunda questão está ligada à democracia. O Congresso não pode mudar a Constituição com a finalidade de abolir uma garantia fundamental. A própria Constituição proíbe isso (art. 60, §4º). Logo, o Congresso não poderia alterar o texto constitucional nessa parte para alcançar o

121 DWORKIN, Ronald. Judge Roberts on trial. *The New York Review Of Books*. [20 out. 2005] Disponível em: <<https://goo.gl/LLvkPc>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

resultado de punir alguém antes da decisão final. Mas será que o Supremo poderia? Sem alterar o texto, o STF negou a interpretação literal daquele texto que não permite tratar como culpado (logo, executar a pena) antes de uma decisão final.

No entanto, seria possível alcançar o mesmo efeito alterando outros dispositivos da Constituição. Não há uma cláusula pétreia exigindo a existência dos recursos ao STJ e STF. Portanto, se a sociedade entende que há recursos demais no processo penal, que a decisão dos tribunais de segunda instância deve ser definitiva, o caminho democrático seria, portanto, acabar com esses recursos mediante alteração da Constituição, extinguindo os recursos especial e extraordinário. Justamente o que propôs o ministro Cezar Peluso quando era presidente do STF.

Ele apresentou ao Congresso uma Proposta de Emenda à Constituição que eliminava esses recursos. O que o Supremo decidiu ontem foi uma forma indireta de alcançar o mesmo resultado. Antecipou-se ao Congresso. Porém, modificando a interpretação de um artigo da Constituição cujo teor literal não dá margem a essa interpretação.

No entanto, não é o STF a instituição que pode fazer essa escolha. Não tem legitimidade, nem mandato, nem representa a população brasileira. Não em matéria penal. Não quando elimina, na prática, a proteção dada ao cidadão por uma garantia constitucional. O Supremo pode interpretar o texto da lei, inclusive fugir de seu teor literal.¹²² Mas não para reduzir garantias individuais e ampliar o poder punitivo do Estado.

Os riscos decorrentes de uma leitura moral da Constituição pelo Poder Judiciário em matéria penal são justamente o aumento do arbítrio punitivo estatal e a quebra do fundamento de confiança que os indivíduos depositaram no estado como protetor dos direitos fundamentais. Esses riscos só desaparecem quando essa interpretação esteja voltada para a proteção da parte mais frágil na relação entre Estado-acusador e indivíduo-acusado.

Cabe ao STF assegurar os direitos consagrados no texto da Constituição, bem como a previsibilidade do Estado de Direito e o respeito ao princípio democrático.

Justamente o oposto do que se viu ontem.

122 Foi o que ocorreu, dentre outros casos, no julgamento que reconheceu a união estável entre casais homoafetivos (ADPF 132 e ADI 4277).

SUPREMO CONTRA PRESÍDIOS DESUMANOS: SUICÍDIO É RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Carolina Haber
04 | 04 | 2016

É preciso compreender que o custo dos danos causados aos presos existe. Atualmente, esse custo é suportado apenas pelos presos.

A decisão do Supremo basicamente confirmou o que a jurisprudência já vinha afirmando: o Estado tem o dever objetivo de zelar pela integridade física e moral do preso, inclusive no caso de suicídio. Mas fixar essa a tese em repercussão geral foi um passo importante. Afasta definitivamente a crítica de que o dever de custódia do Estado, nesses casos, daria a ele uma insustentável função de segurador universal.

No caso, o estado do Rio Grande do Sul alegou que não ficou comprovada a causa da morte do detento – poderia ser homicídio ou suicídio e, sendo um suicídio, não seria possível impor ao Poder Público o dever absoluto de guarda da integridade do preso.

Essa tese não foi aceita pelo Tribunal de Justiça do RS, que entendeu se tratar de conduta omissiva do Estado, diante do seu dever de cuidado. A responsabilidade objetiva, nesses casos, decorre diretamente da constituição, que diz que a integridade física dos detentos é como atribuição estatal, que deve manter vigilância constante sobre eles, de forma a evitar qualquer dano que comprometa sua vida e condições de saúde, física ou moral.

Mas deve o Estado ser responsabilizado apenas por ter sido inerte? O Supremo respondeu que sim. Faz parte da atividade atribuída pela constituição. O Estado tem o dever concreto de cuidado e só não responderia se afastasse o nexo causal entre a atividade e o dano causado (por exemplo, o preso morreu por uma doença crônica pré-existente).

Os ministros reforçaram a ideia de que a unidade prisional não é e não pode ser apenas um depósito de gente. Como o tribunal já havia reconhecido e criticado em decisões, nos últimos meses, a realidade prisional brasileira é de locais superlotados, sem condições mínimas de higiene e insalubres, onde proliferam doenças e situações de risco, deixando os presos à mercê de instalações rudimentares, semelhantes a calabouços medievais.

De maneira mais ampla, a tese de repercussão geral firmada nesse caso aprofunda o caminho, que o Supremo já vinha trilhando em 2015, do monitoramento judicial das condições prisionais. O Estado precisa também assegurar investimentos constantes no sistema prisional e nos agentes que nele trabalham, melhorando as condições de permanência nesses locais.

Numa realidade em que o único direito restrito com a imposição da pena privativa deveria ser a própria liberdade, nossa sociedade e o Estado têm insistido em seguir a direção contrária, tolerando violações de todos os outros direitos dos presos. Essa decisão é um marco para mudar de rumo.

Apesar de sua importância, a decisão ainda deixa muitos passos em aberto. Como o Supremo se posicionará, por exemplo, nos casos de responsabilização do Estado por danos morais causados a detentos submetidos a condições sub-humanas, insalubres, degradantes ou de superlotação dos presídios? Ou seja, quando o resultado não é a morte do detento?

O Supremo reconheceu repercussão geral sobre essa questão no RE 580.252, cujo julgamento teve início no ano passado, mas ainda não foi concluído. Na ocasião, o ministro Barroso afirmou em seu voto que a Constituição assegura a indenização por danos morais em razão de violação de direitos fundamentais, ressaltando a responsabilidade objetiva civil pelas péssimas condições dos presídios. Propôs, porém, uma forma alternativa de reparação do dano moral sofrido: a remição de dias de pena cumpridos em condições degradantes, com o intuito de evitar a deflagração de centenas de milhares de ações em diferentes estados do Brasil, de presos requerendo indenizações.

Não há dúvidas que o sistema prisional está em colapso. As indenizações potenciais por violações aos direitos dos presos chegariam aos milhares. É preciso compreender que o custo dos danos causados aos presos existe. Atualmente, esse custo é suportado apenas pelos presos. O que o Supremo está fazendo com essas decisões, incluindo a de quarta-feira, é transferi-lo a quem deve arcar com ele: o Estado.

PROTAGONISMO DO SUPREMO NA POLÍTICA CARCERÁRIA: NECESSÁRIO, MAS INSUFICIENTE

Carolina Haber
24 | 05 | 2016

*Se cada um continuar a fazer apenas a sua parte,
ignorando a chamada à responsabilidade pelo Supremo,
não será surpresa se o tribunal continuar a intervir.*

Na área da execução penal, fica particularmente sensível a falta de integração entre os diversos poderes. Nesse complexo sistema, cada órgão funciona fazendo a sua parte, sem se preocupar com a próxima etapa.

O Judiciário manda prender sem precisar se preocupar se há vagas para receber determinado preso ou com as condições em que ele será mantido.

O Legislativo recorre cada vez mais a aumentos de penas e criminalização de condutas de forma simbólica, sem diagnósticos precisos das situações a serem regulamentadas e como as novas leis afetarão a realidade.

O Executivo, por sua vez, precisa administrar um sistema prisional falido, superlotado, cada dia mais inchado. Não pode passar a chave na porta pra que ninguém mais entre, mesmo percebendo que a construção de mais vagas não é suficiente pra dar conta dessa realidade.

Nesse contexto de ações isoladas, que criam um problema conjunto, o Supremo vem tentando fazer com que, pelo menos, as consequências desse problema de falta de coordenação não incidam sempre sobre o lado mais fraco: o preso. De fato, para além da privação de liberdade, no Brasil se impõe também ao preso a permanência em condições insalubres e situações diárias de insegurança e risco, mesmo que já tenha sido reconhecido seu direito a progressão ou a algum benefício da execução penal.

Foi assim, por exemplo, no julgamento da RE 841.526, em que os ministros decidiram que o Estado tem o dever objetivo de zelar pela integridade física e moral do preso sob sua custódia. Numa situação de “estado inconstitucional das coisas”, como reconhecido pelo ministro Barroso na ADPF 347, é preciso que cada um assuma a responsabilidade que lhe cabe. O que não é possível, conforme afirmaram os ministros, é que a Lei de Execução Penal continue a ser desrespeitada sistematicamente e, com ela, os direitos dos presos.

Mais recentemente, no RE 641.320, o Supremo decidiu, em sede de repercussão geral, que o condenado deve cumprir pena em regime menos gravoso diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas em regime originalmente estabelecido na condenação penal.

De acordo com o relator, ministro Gilmar Mendes, dezessete Estados simplesmente não adotam o regime aberto, não existindo estabelecimentos adequados ao cumprimento desse tipo de pena nesses locais. Nesse cenário, o ministro propõe que a execução penal funcione de forma integrada. Não adianta alegar que não há vagas no regime mais benéfico ou que a lei preveja que apenas em algumas situações pessoais específicas haja substituição do cumprimento da pena em estabelecimento prisional pela prisão domiciliar; é preciso pensar em formas de superar essas dificuldades. Uma delas é o emprego da tecnologia da informação para que as vagas sejam liberadas e os presos que já estão cumprindo pena no regime mais benéfico possam sair antecipadamente.

Outra alternativa é a substituição das penas privativas por medidas restritivas para esses presos. Como o próprio ministro Gilmar Mendes menciona, o cumprimento dos regimes semiaberto e aberto não contemplam essa possibilidade de forma expressa, mas, se é possível substituir a pena privativa de liberdade de até quatro anos quando do início da execução penal, por que não fazer isso depois de já ter ocorrido parte do cumprimento da pena em regime fechado?

Da mesma forma, é verdade que as regras da prisão domiciliar não contemplam esses regimes de forma expressa – mas por que não deixar o preso em casa, desde que trabalhe ou estude, estando monitorado eletronicamente? Os princípios gerais do regime aberto, em que o preso sai pra trabalhar durante o dia e volta ao estabelecimento prisional a noite, estariam sendo observados da mesma forma.

Todas essas alternativas dependem da fiscalização e do maior comprometimento no processo da execução penal de todos os poderes envolvidos.

Ou seja, o protagonismo do Supremo é importante, mas não prescinde da atuação do resto do sistema. Se cada um continuar a fazer apenas a sua parte, ignorando a chamada à responsabilidade pelo Supremo, não será surpresa se o tribunal continuar a intervir, talvez fazendo como a Suprema Corte dos Estados Unidos quando ordenou que a Califórnia liberasse milhares de prisioneiros diante do problema crônico da superlotação de suas penitenciárias.

BOLSONARO NO SUPREMO: EFEITOS COLATERAIS

Juliana Cesario Alvim Gomes
29 | 06 | 2016

O Supremo acerta ao receber denúncia contra conduta tão abjeta. Mas as razões que utilizou para fazê-lo são perigosas.

Na origem da denúncia recebida pelo Supremo contra o deputado Jair Bolsonaro, há duas manifestações do parlamentar direcionadas à deputada Maria do Rosário. Na primeira, teria afirmado, na Câmara dos Deputados, que a parlamentar “não merecia ser estuprada”. Na segunda, em entrevista concedida em seu gabinete, que “é muito feia, não faz meu gênero, jamais a estupraria”.

O ponto central da discussão envolvia a extensão da “imunidade material” dos parlamentares, que lhes garante inviolabilidade civil e penal “por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”. As declarações de Bolsonaro estão abrangidas por essa imunidade?

Até aqui, o Supremo respondeu que não. Segundo o relator min. Luiz Fux, as declarações teriam “conteúdo [que] não guarda qualquer relação com a função de deputado” – e, além disso, teriam sido veiculadas também na imprensa, tornando-se assim públicas. E, por fim, não revelariam “teor minimamente político”.

Em outras palavras, para afastar a incidência da imunidade material, o STF desconectou as declarações proferidas do mandato político do deputado que as verbalizou.

O Supremo acerta ao receber denúncia contra conduta tão abjeta. Mas as razões que utilizou para fazê-lo são perigosas.

Por um lado, enfraquecem demais a imunidade material. Por outro, não endereçam questão fundamental: o uso de discurso de ódio por um parlamentar.

A imunidade material protege o livre discurso do parlamentar, mas também a sociedade, que poderá ter acesso às mais divergentes opiniões.

Afastá-la apenas porque as declarações se tornaram públicas é restringir o espaço do debate parlamentar aos muros do Congresso Nacional e, com isso, limitar o acesso da sociedade. Se a imunidade busca resguardar o debate público, como é possível que ela seja mais fraca quanto mais público o debate se tornou? Inclusive em razão do televisionamento das sessões, além de desejável, a publicização das opiniões parlamentares é também inevitável.

Além disso, desconsiderar o teor político das declarações é ignorar sua conexão com a agenda substantiva do mandato do deputado em questão e sua relação com o debate público no Brasil. Ainda que de forma perversa, a agenda que ele procura promover se conecta com debates contemporâneos sobre a cultura do estupro, por exemplo. Se o Supremo adotar essa posição, o que passa, então, a ser uma fala política? Quem a definirá? Só vale a política que os ministros considerarem válida?

Sobrará muito pouco da imunidade material – e da garantia de liberdade que ela encerra.

E, além de abrir uma (má) janela, a decisão fecha uma (boa) porta.

O Supremo deixou de discutir uma importante justificativa para a limitação da imunidade material: a manifestação de ódio, desprezo e intolerância contra um determinado grupo socialmente estigmatizado, o chamado discurso de ódio.

Reconhecida em diversos países como limite à liberdade de expressão, essa ideia já foi utilizada pelo Supremo no caso *Ellwanger*. Na ocasião, entendeu-se que discursos antissemitas não seriam protegidos pela referida liberdade. A vedação de discurso de ódio busca assegurar a igualdade, a dignidade e a não discriminação de membros de minorias sociais e políticas.

O estupro é uma ameaça historicamente utilizada para dominar, humilhar e silenciar mulheres. Em termos de direitos fundamentais, o Supremo se colocou a pergunta errada. A questão é se Bolsonaro incidiu ou não em discurso de ódio.

Em vez de defender a não incidência, *a priori*, da imunidade material, correndo o risco de banalizar suas exceções, o Supremo poderia tê-la contraposto com os demais interesses em jogo.

O caso Bolsonaro não envolve apenas a separação de poderes. Em tempos de intolerância, para além do resultado, um arranjo diferente dessa equação teria muito de positivo para transmitir para a sociedade, para os grupos marginalizados e, sobretudo, para as mulheres.

PELA HONRA DOS BONECOS INFLÁVEIS

Ivar A. Hartmann
08 | 07 | 2016

Para os ministros, mais difícil que decidir bem em matéria de liberdade de expressão é reagir de forma republicana quando são o alvo do exercício dessa liberdade.

O Supremo tem produzido boa jurisprudência sobre liberdade de expressão na última década, com raras exceções. Para os ministros, mais difícil que decidir bem em matéria de liberdade de expressão é reagir de forma republicana quando são o alvo do exercício dessa liberdade. É o caso do boneco inflável do ministro Lewandowski. O secretário de segurança da Presidência do Supremo faz parecer que o presidente se saiu mal no teste.

O Supremo decidiu bem sobre liberdade de expressão em várias ocasiões: ao revogar a Lei de Imprensa, ao liberar a marcha da maconha, as biografias não autorizadas e o humor sobre candidatos durante a campanha eleitoral. Mais recentemente, a futura presidente do Supremo, ministra Cármen Lúcia, demonstrou lucidez ao criticar os processos movidos por juízes do Paraná contra matérias de jornal com dados sobre vencimentos dos magistrados. A imprensa inclusive já produziu matérias sobre os vencimentos dos ministros do Supremo. A despeito disso, a ministra Rosa Weber foi imparcial ao suspender as ações no Paraná.

Mas agora o secretário de segurança da Presidência do Supremo, Murilo Herz, contraria a jurisprudência do tribunal e o exemplo dado tantas vezes pelos ministros. Tenta restringir a liberdade de manifestação de pessoas que usaram bonecos infláveis de seu superior, o presidente do Supremo Min. Ricardo Lewandowski, e de Rodrigo Janot. A lógica do ofício enviado ao diretor-geral da polícia federal solicitando que os manifestantes fossem investigados é problemática por pelo menos dois motivos.

Primeiro, porque a tentativa do secretário de segurança de inibir a crítica contra o presidente do Supremo é tão suspeita quanto a tentativa dos

juízes do Paraná de inibir a crítica de jornalistas sobre seus vencimentos. O ofício fala em “insubordinação em face das duas mais altas autoridades do país”. Um cidadão brasileiro deve respeitar o presidente do Supremo e o Procurador-Geral da República, assim como deve respeitar qualquer outro juiz ou cidadão. Mas respeito está longe de subordinação. E respeito não pressupõe proibição de criticar – ainda que com humor ou de maneira ácida.

O secretário também indica que os bonecos infláveis poderiam configurar incitação à prática de crime. Ao decidir sobre a marcha da maconha, o Supremo afastou a ideia de que uma manifestação pacífica possa ser considerada incitação à prática de crime. O ofício fala também que o boneco inflável de Lewandowski constitui “intolerável atentado à honra”. O secretário de segurança deveria acompanhar os votos produzidos pelo presidente do Supremo.

Em seu voto na decisão sobre a marcha da maconha, o ministro Lewandowski aponta o risco da censura feita em razão de escolhas passageiras do legislador. Disse ele, na ocasião que “[...] aquilo que é considerado droga, hoje, poderá não mais vir a sê-lo, no futuro [...]”. E concluiu: “[...] eu entendo que não é lícito, absolutamente, coibir, coarctar qualquer manifestação a respeito do que seja uma droga, lícita ou ilícita [...]”. Assim como o conceito de droga, o conceito de honra é subjetivo e muda conforme a época e a pessoa. Se uma manifestação não pode ser considerada ilícita por questionar o conceito de droga, não pode tampouco ser censurada por testar os limites do conceito de honra.

O segundo e mais problemático elemento da lógica do ofício aparece na conclusão de que o boneco inflável produz “[...] intolerável atentado à honra do Chefe desse Poder e, em consequência, à própria dignidade da Justiça Brasileira”. Reforça o antigo estigma brasileiro de que a pessoa que ocupa a chefia de uma instituição se confunde com a própria instituição. Um cidadão não pode criticar a pessoa que hoje está na Presidência do Supremo sem ao mesmo tempo manchar a dignidade do Judiciário inteiro.

Infelizmente o secretário de segurança do Supremo tenta censurar manifestação política com proteção constitucional já confirmada pelo próprio tribunal. Acaba expondo uma contradição: a decisão dos ministros sobre manifestações políticas como as que usam bonecos infláveis e sua posição quando são o objeto dessas manifestações. Felizmente os ministros, inclusive Lewandowski, já demonstraram a imparcialidade e lucidez que faltam ao secretário quando se trata de proteger a liberdade de expressão dos brasileiros.

SUPREMO E OS BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS PARA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Luiza Louzada
11 | 07 | 2016

Se o Supremo entender que a identificação genética para fins de investigação criminal implica na colaboração do réu com a produção de prova, a declaração de inconstitucionalidade da lei se tornará muito provável.

Na última terça-feira, a ministra Carmem Lúcia anulou decisão que impedia a coleta coercitiva de DNA para fins de investigação criminal. É a segunda vez, em algumas semanas, que o Supremo cassa, por desrespeito à reserva de plenário, uma decisão contra a aplicabilidade da Lei 12.654/12. Os bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal, previstos na lei, estão em funcionamento em quase todos os estados brasileiros e tanto investigados quanto condenados por crimes graves contra a pessoa estão sendo submetidos à raspagem do interior de suas bochechas com um cotonete para extração da amostra biológica. Até que a Corte diga se essa prática é ou não constitucional, a questão voltará a aparecer em muitas outras Reclamações.

Os perfis genéticos consistem em uma espécie de padrão existente no DNA. Com exceção dos gêmeos homozigóticos, cada pessoa tem um perfil genético único, traduzido em um número, como uma espécie de “impressão digital genética”. No momento, uma controvérsia ligada ao tema aguarda julgamento (com repercussão geral) no RE 973837, que discute se o perfil genético seria, de fato, mera “impressão digital genética”, capaz apenas de identificar o indivíduo, ou poderia servir como meio de prova. O Supremo tem longa tradição de interpretação do princípio do direito ao silêncio como o direito de não produzir prova contra si mesmo. Se entender que essa identificação genética para fins de investigação criminal implica na colaboração do réu com a produ-

ção de prova, a declaração de inconstitucionalidade da lei se tornará muito provável.

Essa parece uma discussão estritamente jurídica – e objetiva: é ou não é produção de prova? Mas essa simplicidade é enganosa. O contexto jurídico e social dos bancos de perfis genéticos coloca em jogo outros princípios constitucionais, como do devido processo legal, da ampla defesa, da igualdade e da privacidade, que precisariam ser incluídos na decisão do Supremo. Sobre este último, aliás, a relatoria especial das Nações Unidas em Privacidade recentemente expressou considerável preocupação com o risco de esses bancos de serem utilizados para outros fins como a aumento da vigilância do Estado sobre os seus cidadãos. Além disso, a nova prática parece contrariar a jurisprudência do Supremo relativa à intimidade, na medida em que em casos anteriores – como os da cantora Glória Trevi e do sequestro de Roberta Jamilly –, o teste de DNA se justificou porque o material biológico se encontrava fora do corpo humano, diferente do que acontece com a obrigatoriedade de coleta no contexto da Lei 12.654.

O Reino Unido, que foi pioneiro na adoção dessa tecnologia, em 1995, precisou adequar a sua legislação e as práticas de coleta após erros na identificação e condenação indevida de indivíduos em razão da contaminação do material biológico coletado. Além disso, a falta de clareza sobre o tempo de armazenamento desses dados e a política expansionista desses bancos, com a inclusão de dados de pessoas inocentes, inclusive de crianças, levou à constatação do caminho desenfreado que esse tipo de tecnologia parecia tomar. O país precisou ser condenado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, para começar, de fato, a mudar suas regras.

O DNA pode revelar uma quantidade extraordinária de informações sensíveis e de alto impacto, como graus de parentesco, a predisposição a doenças e mesmo tendências comportamentais, lista que tende a se revelar maior com o avanço da tecnologia. Essas informações podem ser usadas contra os indivíduos e seus familiares. Há inúmeros relatos no Brasil e no mundo de discriminação genética, em que planos de saúde, empregadores, agências de adoção e mesmo escolas tomaram decisões contrárias ao interesse dos indivíduos baseadas simplesmente no sequenciamento de seu DNA.

Muito embora o perfil genético seja extraído da parte não codificante do genoma humano – já denominada “DNA lixo”, que a princípio não revelaria características fenotípicas dos indivíduos –, a amostra

biológica coletada para extração do perfil contém toda a riqueza de informações presente na parte codificante do genoma, de forma que o cuidado no tratamento da amostra desde a coleta até o descarte (cadeia de custódia) merece especial atenção e ainda não conta com regulamentação adequada.

Infelizmente, a Lei 12.654/12 foi aprovada em tempo recorde e sem o debate público que correspondesse à importância da matéria. Da mesma forma, o posterior Decreto 7.950/13 e as resoluções do Comitê Gestor da Rede Integrada de Perfis Genéticos vêm sendo aprovados e aplicados sem o devido debate público. Agora, o Supremo tem a chance de não repetir esse erro, podendo promover um debate qualificado a respeito do tema. Não faltam ferramentas para tanto, como a realização de audiências públicas e admissão de *amicus curiae*. Os ministros precisam reconhecer as inúmeras nuances técnicas presentes na cadeia de custódia da amostra biológica – como o risco de contaminação –, bem como de suas possíveis implicações no processo penal, no Direito e na sociedade como um todo.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: DEFENDENDO OS 2%

Ivar A. Hartmann
06 | 09 | 2016

Para a vasta maioria dos réus, a execução provisória já é realidade há muito tempo: chama-se prisão preventiva ou provisória.

O Supremo irá decidir, pela segunda vez, em alguns meses, sobre a possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância. Não está claro o que motivou o tribunal a voltar à questão tão cedo.

Uma possível razão seria o impacto da mudança de entendimento no sistema prisional brasileiro. Críticos da decisão do Supremo temem um agravamento da já insustentável situação de superlotação das nossas prisões. Contudo, estudo do projeto Supremo em Números, divulgado na semana passada, estima em menos de 4 mil o total de réus que poderiam ser presos a partir da decisão do Supremo em fevereiro. Não chega a 1% da população total do sistema.

Esse número compreende réus com penas iguais ou maiores a 8 anos – sujeitos, portanto, ao regime fechado. Os réus que potencialmente iriam para o regime semiaberto não foram considerados no estudo por opção metodológica.

Mesmo se incluirmos esse conjunto de réus na análise, porém os impactos da decisão do Supremo continuam baixos. Quando consideramos réus soltos, com recurso no STJ ou Supremo, após condenação em segunda instância a 4 ou mais anos, o número estimado pelo levantamento sobe para 12.980 réus. Isso representa 2,1% do sistema prisional. Ou seja, ainda assim o impacto quantitativo da decisão de fevereiro do Supremo é irrisório.

E quais as chances desses réus nos tribunais superiores? O *amicus* do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) **cita estudo**

que encontrou taxa de sucesso de 45,99% nos Recursos Especiais interpostos pela defesa. Parece que a defesa reverte quase metade das condenações no STJ.

Mas acusação e defesa têm pelo menos dois meios de chegar ao tribunal: o Recurso Especial e o Agravo em Recurso Especial. Esse segundo destranca os recursos que pararam no tribunal de segunda instância e traz justamente os pleitos com menos mérito. O IBCCRIM trata do caminho com mais chances de reversão e não fala do outro. Mas ambos são obstáculo ao trânsito em julgado. Dados do projeto Supremo em Números mostram que no ARESp os réus conseguiram apenas 1,4% de decisões favoráveis entre 2014 e 2015. O quadro completo, com REsp e AREsp, atesta 9,1% de sucesso dos réus. Já o Ministério Público costuma obter 44% de decisões a seu favor.

No Supremo? 0,1% de decisões absolutórias, segundo pesquisa apresentada pelo ministro Barroso.

A despeito dessa realidade, organizações que defendem um sistema penal melhor dedicaram-se a pedir a impossibilidade de execução provisória da pena de maneira nunca antes vista no Supremo. São 10 *amici curiae* nas duas ações. Todos eles apoiando a mesma posição.

Entre os processos sobre direito penal, há apenas um no Supremo com mais *amici* do que essa ação. Trata-se do RE 635659, sobre tráfico de drogas. Foram 19 manifestações da sociedade civil. O tempo que as associações tiveram para ingressar nos processos não foi o mesmo. Quanto menos tempo entre o início do processo e o julgamento, mais difícil fica mobilizar, produzir uma peça e ingressar no caso. No RE 635.659 as organizações ingressaram com um *amicus* a cada 71 dias, em média. Nas ADCs 43 e 44 esforçaram-se para viabilizar um *amicus* a cada 10 dias. Um esforço notável.

O recorde é ainda mais impressionante quando se leva em conta o grupo de réus potencialmente afetados pelos processos. Os 2% da execução da pena a partir da segunda instância foram objeto de preocupação e investimento 7 vezes maior que os presos do tráfico de drogas. Isso apesar desses últimos representarem 28% do sistema prisional, segundo o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. A ADPF 347, que discutiu a situação deplorável e desumana das prisões brasileiras como um todo mereceu apenas 4 *amici*.

Os 2% cujo futuro o Supremo julgará nessa quinta receberam defesa privilegiada. A execução antecipada da pena desses é incerta. Já para a

vasta maioria dos réus, ela é realidade há muito tempo: chama-se prisão preventiva ou provisória, responsável por 40% da população prisional. Quando esses tiveram seu dia no Supremo, principalmente em ações como a ADPF 347, os esforços das associações que lutam por um sistema penal melhor foram bem diferentes. Resta a pergunta: um sistema penal melhor para quem?

ESTATÍSTICA E EXECUÇÃO DA PENA

Ivar A. Hartmann
06 | 10 | 2016

O achismo no direito brasileiro não acabou. Mas está sob ataque.

Um dos velhos problemas do direito brasileiro nas salas de aula, nos livros e na prática forense é a falta de contato com a realidade. Não a realidade do caso individual, mas aquela de uma região, um estado ou um país inteiro. Nesse vazio empírico, sobram intuições ou achismos. A boa notícia, visível na decisão sobre execução provisória da pena, é que o Supremo tem decidido, cada vez mais, com base em pesquisas qualitativas ou quantitativas. O achismo no direito brasileiro não acabou. Mas está sob ataque.

Esse avanço faz parte de um conjunto de boas iniciativas para superar a tradicional desconexão entre o direito e a realidade, alimentada durante tanto tempo pelo direito manualesco. O Ministério da Justiça, por meio do Pensando o Direito, custeia, desde 2007, projetos de pesquisa na área do direito com uso de metodologias empíricas. O Conselho Nacional de Justiça publica, desde 2004, o relatório Justiça em Números, fundamental para conhecer o Judiciário brasileiro. Desde 2011, a Rede de Pesquisa Empírica em Direito fomenta a execução desse tipo de pesquisa na academia brasileira, inclusive com uma revista. O próprio Supremo não usa estatística apenas em suas decisões. Publica, desde 2004, um relatório de atividades cada vez mais completo.

Muito natural, portanto, que, na decisão sobre a execução provisória da pena, dados empíricos fossem parte importante da discussão e da fundamentação das decisões – de ambos os lados. A maioria dos ministros levou em consideração a taxa de sucesso dos recursos no STJ e Supremo que suspendem o trânsito em julgado. Estão na faixa de 10% no STJ. Isso inclui recursos de defesa e de acusação, mas a média de sucesso da acusação é mais alta, como salientou o Min. Zavascki. No Supremo, a taxa de reversão de decisões criminais anteriores está

próxima de 1%. Utilizando uma pesquisa feita pelo próprio tribunal, o Min. Barroso encontrou apenas 0,035% de recursos que resultaram em absolvição do réu. O Min. Fachin citou estudo do projeto Supremo em Números que estima o impacto da mudança de entendimento sobre execução da pena.

São sinais do ataque ao achismo empírico, independentemente do resultado da decisão. Mas ainda existe resistência. A voz conservadora do decano do Supremo destoou dos colegas e repudiou o papel da estatística na discussão: “Até quando dados meramente estatísticos poderão autorizar essa inaceitável hermenêutica de submissão, de cuja utilização resulte, como efeito perverso, gravíssima e frontal transgressão ao direito fundamental de ser presumido inocente?”. Tão difícil quanto imaginar essa discussão *apenas* com dados estatísticos, porém, é fazê-la sem dados – ou imaginar o que, na visão do decano, seria um dado não meramente estatístico.

Na mesma linha, em artigo recente no Jota, uma defensora pública do Rio de Janeiro contestou o uso de estatística na discussão sobre a execução da pena. Afirmou que “Não é preciso muito esforço para concluir que os ministros utilizarão os números que melhor servem para embasar suas convicções pessoais. Espera-se do Poder Judiciário, contudo, o caminho inverso, isto é, de dados que levem a convicções, e não de convicções que escolhem dados nesse “mercado de estatísticas” para sustentar opções previamente tomadas”.

A defensora faz uma afirmação sobre a realidade de como juízes decidem. De fato, não é preciso “muito esforço” para um palpite. Mas é preciso muito esforço, recursos, anos de pesquisa e, acima de tudo, métodos rigorosos e transparentes, para saber se o palpite reflete a realidade. Felizmente para a defensora, pesquisadores em diversos países, aliás, vêm utilizando métodos qualitativos e quantitativos há anos para mostrar como juízes usam as regras ou princípios jurídicos que melhor servem para embasar suas opções prévias. Justamente o que a autora assume que é o problema com o “mercado” de estatísticas. A diferença entre os dois mercados, porém – de princípios vagos e o de dados empíricos – é que temos parâmetros mais claros, mais transparentes e mais objetivos para separar dados sólidos de dados ruins.

Ao decidir sobre o início da execução da pena, os juízes deveriam então tomar decisões evitando embasamento tanto no direito, quanto na realidade? É certo que não. Há muitos dados e estudos no “mercado”, mas é preciso enfrentá-los, aprender a criticá-los por dentro, e não ignorá-los.

No julgamento sobre a execução da pena, a opção da maioria foi mais sensata. Reconheceram a estatística como parte essencial da fundamentação. Isso expressa compromisso com direitos fundamentais. Uma decisão restritiva de direitos exige mais que palpites e intuições – como o palpite de que o novo entendimento causaria o colapso do sistema prisional, ou a intuição de que todo réu que começa a cumprir pena após condenação em segunda instância é injustiçado. É porque a análise de proporcionalidade da restrição passa inevitavelmente por uma avaliação da realidade dos meios alternativos e seus respectivos níveis de limitação do direito fundamental – no caso, o da presunção de inocência.

Um Supremo empiricamente informado é mais do que desejável. É condição para o exercício de seu papel de protetor dos direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição.

SUPREMO DE ONTEM E DE HOJE: COMO FICA O ABORTO AGORA?

Juliana Cesario Alvim Gomes
30 | 11 | 2016

A Constituição há quase 30 anos consagrou a igualdade de gênero. Mas, nesse meio tempo, os dispositivos do Código Penal se mantiveram os mesmos.

Ontem, em decisão histórica, três dos cinco ministros da primeira turma do Supremo determinaram que a criminalização do aborto realizado no primeiro trimestre de gravidez viola direitos fundamentais da mulher.

A decisão foi recebida com surpresa: não havia, até então, indicações de que a criminalização do aborto seria discutida aqui. O caso envolvia a liberdade de cinco médicos e enfermeiros presos em flagrante por terem realizado quatro abortos consentidos em Duque de Caxias, no Rio de Janeiro, e poderia ter sido resolvido, como defendido pelos ministros Luiz Fux e Marco Aurélio (relator original do caso), pela ausência dos requisitos para a concessão da cautelar, em termos meramente processuais.

Entretanto, longe de ser precipitada, a decisão é urgente e necessária.

Embora súbita, ela não surgiu do nada. Trata-se da continuação de uma conversa iniciada, no âmbito do Supremo, há pelo menos doze anos, quando a questão da constitucionalidade da interrupção de gravidez do feto anencefálico chegou ao tribunal. Em 2004, a liminar concedida para a realização do procedimento foi cassada poucos meses depois e, apenas em 2012, o STF julgou o mérito do caso autorizando a realização da interrupção da gravidez nessas hipóteses. À época, o Supremo proferiu decisão limitada ao aborto de fetos com anencefalia. Mas deu o pontapé inicial em um debate mais amplo. A decisão de ontem nada mais é que seu desenrolar natural, em consonância com a jurisprudência do Supremo favorável aos direitos das mulheres que vem sendo estabelecida nos últimos anos, tendo como julgamentos emblemáticos

o que previu a exclusão da licença gestante do teto para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social e o que reconheceu a constitucionalidade da Lei Maria da Penha.

Do ponto de vista substantivo, a decisão se justifica não apenas pelo risco concreto à liberdade dos médicos e enfermeiros acusados, mas pela urgência em remediar violações frontais e cotidianas aos direitos as mulheres. Estimativas apontam que cerca de um milhão de abortos são realizados por ano no Brasil. A falta de amparo legal e as condições precárias em que são realizados fazem com que o abortamento seja uma das principais causas de mortalidade materna no país. Em especial, tratar como crime a prática do aborto tem um efeito enviesado na prática. Impacta desproporcionalmente mulheres negras e pobres, que não podem recorrer ao sistema público de saúde para realizar o procedimento ou buscar tratamento por complicações decorrentes de abortos clandestinos, enquanto mulheres que dispõem dos meios econômicos podem realizá-lo de maneira mais segura, minorando os danos à sua saúde e o risco de criminalização.

Como apontou o voto condutor para o redator do acórdão, ministro Barroso, a criminalização do aborto viola: “os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria”.

A Constituição, há quase 30 anos, consagrou a igualdade de gênero. Mas, nesse meio tempo, os dispositivos do Código Penal que vedam o aborto, instituídos durante a ditadura Vargas, mantiveram-se os mesmos. Diante dessa realidade, e de um caso concreto envolvendo restrição de liberdade, o Supremo decidiu agir – Se não agora, quando? Se não nós, quem? Dois ministros – Roberto Barroso e Edson Fachin – e uma ministra – Rosa Weber – enfrentaram a questão, deixando claro seu comprometimento com a realização dos direitos reprodutivos das mulheres.

A conversa não termina aqui. A decisão de ontem, embora apenas se aplique ao caso que lhe deu origem, tem enorme força simbólica e indiscutível peso persuasivo: poderá ser utilizada para fundamentar decisões de juízes e tribunais por todo o país. A partir daí, pode, eventualmente, retornar ao Supremo sob a forma de recurso extraordinário

com repercussão geral reconhecida, quando se discutirá a ampliação de seus efeitos.

Antes disso, os ecos desse debate poderão ser ouvidos na próxima quarta-feira, quando o Supremo julgará a constitucionalidade da interrupção da gravidez para mulheres grávidas infectadas pelo vírus Zika. Será uma oportunidade de ampliar, talvez, a possibilidade de aborto para além do primeiro trimestre, no caso específico da contaminação com Zika. Além disso, o julgamento da ação pautada para a próxima semana, ao contrário da decisão de ontem, será vinculante e aplicável para todos, além de ampliar seus efeitos – contará com o voto de todos os ministros, reunidos no plenário, e com a participação de organizações da sociedade a favor e contra os pleitos.

Como o Supremo da próxima semana lidará com o Supremo de ontem? Se o julgamento de fato ocorrer, o plenário sempre pode vir a divergir da decisão tomada na primeira turma. Contudo, para isso, precisaria apresentar argumentos que respondessem às convincentes justificativas apresentadas ontem. E, sobretudo, precisaria romper com o Supremo dos últimos anos – aquele que decidiu favoravelmente ao aborto de feto anencefálico e que se posicionou, mais de uma vez, a favor dos direitos fundamentais das mulheres.



OS CAMINHOS DO *IMPEACHMENT*

OS EMBARGOS DO *IMPEACHMENT* E OS CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO

Fernando Leal
05 | 02 | 2016

É possível que ministros e advogados ou mesmo ministros diferentes usem o mesmo arsenal de critérios de interpretação para chegar a resultados incompatíveis?

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 de “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 sustente 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 distantes 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” podem 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 esse espaço. Nesse sentido, são apenas um exemplo de questões institucionais mais profundas.

QUAIS OS PODERES DE EDUARDO CUNHA NO *IMPEACHMENT*?

Thomaz Pereira
05 | 04 | 2016

*Cunha usa um poder que nem a Constituição,
nem a lei, nem o regimento lhe dão.*

Por trás da decisão do ministro Marco Aurélio determinando o envio do pedido de *impeachment* contra o vice-presidente Michel Temer à Comissão Especial, há uma questão ainda muito mal resolvida: qual o poder do presidente da Câmara diante de um pedido de *impeachment*?

Sua resposta, além de afetar a denúncia contra Temer, influencia também o atual processo contra a presidente Dilma Rousseff. Uma questão que não começou com Cunha, mas, diante da crise atual e de sua atuação à frente destes processos, tornou-se um sério problema.

Desde o início de 2015, o país acompanha os movimentos de Cunha nos pedidos de *impeachment* contra Dilma. Foram meses entre o protocolo do primeiro pedido e os ofícios de Cunha recomendando a “atualização e readequação” da denúncia. Foram ainda mais alguns meses – e 31 arquivamentos – antes do eventual encaminhamento de um deles para a análise da Comissão Especial. Nessa decisão, Cunha não se limitou a enviar a denúncia. Foi além, manifestando-se pela sua admissibilidade apenas quanto às violações da lei orçamentária (desconsiderando outras alegações), e apenas quanto aquelas realizadas em 2015 (desconsiderando qualquer acusação relativa ao mandato anterior).

Em relação ao vice-presidente, temos novamente Cunha no controle. Até o momento, foram protocolados pelo menos dois pedidos contra Temer, denunciado tanto por sua participação em violações orçamentárias, como por eventual envolvimento com fatos investigados na Lava Jato. O primeiro, sumariamente arquivado por Cunha, é agora objeto de ação no Supremo requerendo sua abertura. O segundo, de autoria do ex-governador Cid Gomes, acabou de ser protocolado. E a atitude de Cunha não sugere que ele deixará de decidir como o dono da agenda do *impeachment*.

Nesses casos, Cunha procurou definir o *timing* e, quanto a Dilma, o próprio conteúdo da denúncia. Mas o presidente da Câmara tem mesmo todo esse poder?

Não. Cunha usa um poder que nem a Constituição, nem a lei, nem o regimento lhe dão.

Segundo a Constituição, “compete privativamente à Câmara dos Deputados: autorizar, por dois terços de seus membros a instauração de processo contra o presidente e o Vice-presidente da República”.

Segundo a lei, “é permitido a qualquer cidadão denunciar o presidente da República ou Ministro de Estado, por crime de responsabilidade, perante a Câmara dos Deputados”. E, depois de recebida, a denúncia será “despachada a uma comissão especial” que “emitirá parecer [...] sobre se a denúncia deve ser ou não julgada objeto de deliberação”.

E o presidente da Câmara? Seu papel (e seus poderes) não decorrem nem da lei, nem da Constituição. Ele só aparece no regimento, e sua função é extremamente limitada.

Segundo o regimento, ele tem o papel de verificar a presença objetiva de elementos formais no pedido. Deve verificar se a denúncia foi assinada (com firma reconhecida), se está acompanhada de documentos que a comprovem (ou da declaração de impossibilidade de apresentá-los e indicação de onde possam ser encontrados) e, se for o caso, de um rol de testemunhas. Função mais de cartorário, que de juiz. O próprio regimento – a única fonte de qualquer poder do presidente nesse momento – determina que, presentes tais requisitos, a denúncia “será lida no expediente da sessão seguinte e despachada à Comissão Especial eleita”.

Para a interpretação ampliativa de seus poderes, Cunha invoca alguns precedentes do Supremo. Neles, é verdade, o tribunal entende que o presidente pode ir além da “verificação das formalidades extrínsecas e da legitimidade de denunciante e denunciado”. No entanto, tecnicamente, o Supremo apenas permitiria ao presidente ir além da forma para rejeitar denúncia “patentemente inepta”, “despida de justa causa” ou “abusiva, leviana, inepta, formal ou substancialmente”. Ou seja, mesmo que se concorde com esta interpretação – já bastante expansiva – ela não é suficiente para legitimar algumas das recentes decisões de Cunha, que adentram o próprio mérito das denúncias.

Há algumas explicações para essa hipertrofia ilegal e inconstitucional, chancelada parcialmente no Supremo, da função do presidente da Câmara.

Segundo dados de 2015, foram 132 denúncias desde 1990. 29 contra Collor. 4 contra Itamar. 17 contra FHC. 34 contra Lula. 48 (e contando) contra Dilma. Em períodos de normalidade pode ter parecido necessário e inofensivo permitir que o presidente da Câmara extrapolasse seus poderes regimentais para poupar a inútil convocação de uma comissão especial. Podemos supor que, na ausência de conflito dentro da Câmara sobre os pedidos, essa ação expansiva do presidente seria um simples atalho para antecipar a inevitável rejeição de pedido absurdos junto ao plenário.

Mas, em um período de crise e conflito, os riscos dessa hipertrofia ficam claros. Levou a uma perigosa concentração de poderes nas mãos de Eduardo Cunha.

Como a Câmara pode reagir e recuperar seu espaço de decisão? Em primeiro lugar, deixando claro que não se vincula por qualquer declaração ou observação dada por Cunha ao encaminhar o pedido de *impeachment* à Comissão Especial. Afinal, é a ela, e não a Cunha, que cabe emitir parecer sobre a consistência da denúncia. Em segundo lugar, qualquer deputado pode recorrer de qualquer dos arquivamentos de Cunha – seja contra a presidente, seja contra o vice-presidente. Fazer isso em casos em que Cunha tenha extrapolado sua competência, adentrando o mérito das denúncias, seria um ato de defesa das prerrogativas da Comissão Especial e, em última instância, do próprio plenário.

Ao Supremo, recém-provocado a se manifestar no caso de Temer, caberia explicitar os limites de sua própria jurisprudência. Deixar claro que, embora tenha permitido ao presidente controlar denúncia “patentemente inepta”, isso deve ser excepcional. A Cunha não cabe discordar ou concordar com os pedidos. Se o fizer, afronta o regimento, a lei, a Constituição e, ao final, a Câmara dos Deputados e o próprio Supremo.

Diante do atual contexto político, uma decisão desse tipo poderia desagradar os dois lados. Governistas contam com as limitações declaradas por Cunha ao receber a denúncia contra Dilma; opositores contam com sua interferência para blindar Temer de um igual destino. Uma situação como essa, em que os interesses próprios de diferentes grupos o levam a convergir em uma interpretação inconstitucional é exatamente o tipo de situação que requer a interferência do Supremo. O ministro Marco Aurélio, com sua decisão liminar, deixou claro sua disposição de intervir para corrigir essa distorção. Resta saber se o tribunal como um todo está disposto a assumir tal responsabilidade.

AS CAUTELAS DO RELATOR DO IMPEACHMENT

Ivar A. Hartmann | Fernando Leal
06 | 04 | 2016

A abertura do processo por Eduardo Cunha foi cercada de suspeitas quando à sua motivação e quanto aos seus limites. Ao relator caberia se distanciar desses dois fatores.

Havia grande expectativa pelo parecer do relator da comissão do *impeachment* por se tratar de manifestação institucional sobre o mérito das acusações. A abertura do processo por Eduardo Cunha foi cercada de suspeitas quando à sua motivação e quanto aos seus limites. Ao relator caberia se distanciar desses dois fatores. Para tanto, optou por um cuidado estratégico que deve gerar quase um anticlímax para aqueles que pretendem resumir as manifestações institucionais a juízos políticos maniqueístas. Quais são as precauções adotados pelo deputado Jovair Arantes?

Primeiro, Arantes deixa claro que a avaliação feita pela Câmara é de mera viabilidade da acusação. Esta, aliás, tinha sido a decisão do Supremo no final do ano passado. Os deputados devem decidir se há condições mínimas para abrir um processo no Senado, e não se há condições para efetivamente impedir a presidente Dilma Rousseff. Mais ainda: diz que a Constituição espera da Câmara e do Senado que julguem com “maior sensibilidade política”. A essência política da análise reduziria a exigência de rigor técnico-jurídico. Mas, ainda assim, o relator acredita que esse rigor seja conveniente. O relatório é, de fato, longo e detalhado.

Segundo, o deputado busca mostrar independência. Opina contra algumas das alegações da acusação e concorda com outras. Em relação aos pedidos feitos pela denúncia, Arantes considera haver fundamentos suficientes para o encaminhamento para o Senado do pedido de impedimento pela (i) abertura de créditos suplementares, por decreto, sem autorização legislativa, e (ii) contratação ilegal de operações de crédito

com o Banco do Brasil (as chamadas “pedaladas fiscais”). Mas não acredita haver razões suficientes para a admissibilidade preliminar do pedido de impedimento com base em supostas condutas relacionadas ao “mascaramento” do orçamento e à assinatura de leis orçamentárias com informações incorretas.

Terceiro, o parecer é estratégico ao pretender não dar razões para que o governo recorra ao Supremo. Arantes afirma que incluir a delação de Delcídio Amaral no processo não faz a menor diferença, pois o relatório não a levou em consideração. Ao contrário: o seu relatório se limitou aos termos da denúncia. Não amplia a decisão anterior de Cunha: os argumentos para o *impeachment* negados na abertura do processo são novamente desconsiderados pelo relator. Isso frustra possíveis alegações de que foram trazidos fatos ou provas novas ao processo após sua abertura. Para reforçar o aspecto estritamente legal que pretende dar ao relatório, Arantes aponta que cada decisão sua está respaldada por precedentes do Supremo. Assim, ainda que recursos ao tribunal sejam inevitáveis, Arantes tenta antecipar argumentos para que o Supremo não acate os pedidos da defesa da presidente.

Por último, a cautela mais importante de todas. O relator enquadra seu documento como uma primeira etapa que em nada vincula as autoridades das etapas seguintes. O plenário da Câmara pode acatar argumentos que ele e Cunha rejeitaram. E o Senado pode tudo. É lá que o *impeachment* será efetivamente julgado. Os senadores podem analisar fatos e provas novas, incluindo novas revelações da Lava Jato, a conversa entre Lula e Dilma e a delação de Delcídio. Eles podem igualmente apreciar itens apresentados na denúncia que não foram objeto de análise mais apurada por Arantes, como as acusações relacionadas à Petrobrás.

Como fica, agora, o processo de *impeachment*? O parecer do relator cumpre uma etapa institucional importante, mas cautelosamente garante que o jogo permaneça aberto até a votação no plenário do Senado. No fundo, o relatório tenta ao máximo afastar questões polêmicas. Aposta no foco na denúncia, na seletividade das questões que considera mais maduras e na fundamentação jurídica dos argumentos. À luz do relatório, a melhor estratégia de justificação conjuga ataque e defesa. E o caminho encontrado para implementá-la está em manter amalgamados o político e o jurídico.

IMPEACHMENT: A MALDIÇÃO DE PAULO BROSSARD

Diego Werneck Arguelhes | Felipe Recondo
07 | 04 | 2016

*Quanto mais o Supremo avança, mais difícil fica
sustentar e justificar uma posição de moderação.*

A Comissão Especial do *impeachment* pode ser eleita por voto fechado? E com chapa avulsa? O presidente da Câmara, Eduardo Cunha, acertou ou errou ao rejeitar sumariamente o pedido de *impeachment* do vice-presidente Michel Temer? Cunha pode limitar o recebimento da denúncia do *impeachment* a fatos relativos a 2015?

As duas primeiras questões já foram respondidas pelo Supremo; as duas últimas, provavelmente estão em pauta nas próximas semanas. Além das dificuldades de respondê-las no mérito, todas elas escondem uma pergunta transversal e cada vez menos visível: o Supremo deveria mesmo tentar respondê-las, ou deveria apenas deixar que o Congresso as resolva?

Nas manifestações de ministros do Supremo no *impeachment* até aqui, especialmente quando tratavam de suas relações com o Congresso, o nome de Paulo Brossard surgiu em vários momentos. Brossard, ministro do Supremo entre 1989 e 1993 – após longa carreira política –, sempre defendeu que, ao apreciar atos do Congresso, o Supremo deveria respeitar claros limites constitucionais entre o terreno judicial e o funcionamento interno do legislativo.

O ministro encarnava algo que há tempos deixou de existir no Supremo: um compromisso sistemático com a deferência à autonomia decisória das casas do Congresso.

Por isso mesmo, na verdade, as referências que os ministros de hoje fazem ao ministro Brossard são, na maior parte, quase ficcionais. Seu nome é invocado para simbolizar moderação, em doses homeopáticas, nas relações entre juízes e legisladores: podemos intervir e com frequência

intervimos na política, mas, quando pontualmente achamos melhor deixar o Congresso decidir, citamos Brossard.

Mas não era isso que o ministro defendia e praticava.

Especificamente no caso do processo de *impeachment*, tema sobre o qual escreveu uma obra clássica no direito brasileiro, Brossard sempre foi claro: na nossa tradição, processar e julgar o presidente é tarefa exclusiva do Congresso, sem qualquer interferência do judiciário. Não porque seja uma questão política, e não jurídica, nem porque seja um assunto *interna corporis* – pois envolverá interpretação correta de normas constitucionais, e não apenas acordos políticos sobre normas regimentais. Mas, digamos, por uma decisão geográfica dos constituintes, que pegaram essa função tipicamente judicial e a colocaram nas mãos de um órgão legislativo. Com isso, segundo Brossard, o Supremo seria incompetente para intervir.

Foi a decisão política do constituinte, e não uma suposta “natureza” desse processo, que excluiu o Supremo do *impeachment*. Aqui, quem erra por último é o Congresso. Como disse Brossard, em um dos MS de Collor, “ao falar-se na jurisdição do Senado, logo se alude a poder arbitrário e a decisões arbitrárias; parece que o Senado tem o monopólio do arbítrio e do erro; o fato é que, bem ou mal, a Constituição elegeu o Senado e nenhum outro órgão, nem mesmo o Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar determinados comportamentos de determinadas autoridades.”

São ideias radicais. Mas foram testadas na experiência, na prática parlamentar e judicial. Como ministro do Supremo, Brossard foi consistente com sua posição teórica quando precisou decidir o *impeachment* de Collor. Vencido, defendeu até o fim que o Congresso deveria resolver internamente os problemas levantados por Collor – mesmo quando discordava da interpretação dada pelos legisladores.

Foi como votou, por exemplo, no último dos mandados de segurança do caso Collor, quando, após renunciar ao cargo, pediu ao Supremo que anulasse sua condenação, pelo Senado, a oito anos de suspensão de direitos políticos. Para Collor, a Constituição só previa a suspensão de direitos políticos como efeito acessório da pena de perda do cargo; como já havia renunciado ao cargo, Collor não poderia ser mais removido e, portanto, não podia sofrer a perda de direitos políticos. Para o Senado, porém, e para a maioria dos ministros do Supremo, as duas penas são autônomas. A renúncia impedia que Collor fosse removido do cargo, mas ainda poderia sofrer a segunda pena e perder seus direitos políticos.

A posição de Brossard era completamente distinta das duas acima.

Brossard concordava no mérito com a interpretação de Collor, e não com a da maioria de seus colegas de tribunal. Havia inclusive defendido essa interpretação em seus textos. Mas, antes e acima disso, discordava do próprio poder do tribunal de responder àquela questão. Sua convicção sobre o papel institucional do Supremo se sobrepunha à sua certeza quanto à interpretação da Constituição nesse caso: “o Senado [...] consagrou um entendimento, que não é o meu, mas que tem o sufrágio de autores ilustres. Cuido que a doutrina vitoriosa no Senado não seja a melhor; isto não me autoriza, porém, a deferir o mandado de segurança pleiteado pelo ex-presidente”.

Portanto, já no caso Collor, em uma época de muito maior deferência judicial aos poderes políticos, o tribunal não seguiu Brossard. O que dizer do Supremo do *impeachment* de agora?

Quando temos clareza quanto às suas ideias, o nome de Brossard não deveria funcionar como argumento de autoridade ou benção para o Supremo de hoje. Ao contrário, ele aponta para uma maldição.

Na ADPF 387, o Supremo precisou responder se Cunha poderia ter realizado à eleição da Comissão Especial do *impeachment* por voto secreto. O Min. Fachin entendeu que “sim”. O ministro Barroso divergiu e disse que “não”. O caminho *brossardiano* seria uma terceira opção, que não foi efetivamente articulada por nenhum ministro naquela decisão: o Supremo não tem uma resposta a dar aqui; a resposta cabe à própria Câmara.

A mesma lógica poderia ser aplicada a todas as questões que ainda surgirão nas próximas semanas. Sem dúvida, um Supremo completamente *brossardiano* seria impensável no atual processo de *impeachment*. Vivemos em uma época em que tribunais poderosos são parte do cenário político em qualquer democracia ocidental. Mesmo assim, seria possível tomar Brossard como um alerta quanto aos perigos da imoderada intervenção judicial na política.

Aqui, a maldição de Brossard se torna mais visível. Quanto mais o Supremo avança, mais difícil fica sustentar e justificar uma posição de moderação. Cada vez mais chamado a interpretar alíneas, incisos, parágrafos e vírgulas do Regimento, o tribunal não poderá mais dizer, tão facilmente que essa ou aquela questão deve ser resolvida pelo Congresso. Afinal, como justificar que o Supremo possa decidir uma questão regimental, mas não outra? Depois de intervir no processo como já fez, qualquer moderação futura poderá soar insincera.

O Supremo de hoje está em situação delicada. Nas próximas semanas, os ministros provavelmente serão provocados a responder (i) se pode *impeachment* por fato do mandato anterior, (ii) se a Comissão Especial pode fazer referência a fatos que não estavam na inicial, e até (iii) se os áudios ilegalmente publicizados pelo juiz Moro podem integrar o conjunto probatório. Não são simples questões de procedimento. Impactam diretamente no mérito, e talvez alguns ministros comecem a se sentir desconfortáveis nessa posição.

Agora, porém, ficou mais difícil para o tribunal dizer “isso não é comigo”. A imagem de moderação depende também de como as ações do tribunal são interpretadas. Um “isso não é comigo” agora, após tantos “deixa que eu decido”, corre o risco de ser lido mais como sinal de covardia ou ação estratégica, e cada vez menos como uma crença sincera nos limites do papel do tribunal. Brossard via longe em seu radicalismo. Sabia que entrar na política é uma rampa escorregadia.

Mas, afinal, porque é ruim para o Supremo entrar em todos esses conflitos no *impeachment*? O próprio Brossard responde, no julgamento do Mandado de Segurança 21.564: “Por mais trabalhadas que sejam as instituições, por não serem perfeitas, não chegam a impedir o erro, o excesso, o abuso, sempre possível, a despeito de todos os mecanismos engendrados pelos espíritos mais esclarecidos”.

Alguém terá que errar por último — e é importante, no caso, que seja o Congresso. Não só por separação de poderes, mas para preservar a integridade do Supremo. Quando o processo de *impeachment* chegar ao fim, qualquer que seja ele, uma retrospectiva será feita. A intervenção do Supremo terá interferido decisivamente no resultado? Terá contribuído para este ou aquele desfecho? O Supremo foi pró ou contra o *impeachment*? Foi árbitro ou parte? São perguntas que a história vai responder. Estarão os ministros preparados para ouvir as respostas? Para além de suas biografias, isso afetará a imagem da instituição. O Supremo é, ao mesmo tempo, guardião e produto da Constituição. Quem guardará por ele?

O SUPREMO DEVE BARRAR O *IMPEACHMENT*?

Ivar A. Hartmann
14 | 04 | 2016

De tanto intervir em questões supostamente procedimentais, o tribunal pode acabar assumindo responsabilidade pelos rumos da crise.

A alguns dias da votação decisiva no plenário da Câmara, o governo questiona no Supremo aspectos procedimentais do *impeachment*. Possivelmente em reação a isso, o plenário se manifestará nessa quinta à tarde, em sessão extraordinária, sobre a ordem de votação dos deputados no domingo. Não há como prever o resultado do julgamento. Qualquer que seja ele, porém, há duas consequências possíveis: ou sai enfraquecido o governo, ou o próprio Supremo.

Na quarta, a presidente Dilma convocou jornalistas para uma longa conversa intimista. Tentativa tardia de humanização. Enquanto isso, o ex-presidente Lula e José Eduardo Cardozo nadam contra a maré para tentar mudar o quadro de derrota que se anuncia. Um no campo político, outro no jurídico. Lula manobra contra o comportamento de manada pró-*impeachment*, que era uma possibilidade na votação de domingo e acabou começando já durante a semana.

Cardozo rebateu os argumentos de mérito do *impeachment* com eficiência e carisma nas oportunidades que teve na Câmara dos Deputados. E não foram raras. Ele é um dos poucos membros do governo que sairá mais forte da crise, qualquer que seja o desfecho. Seu sucesso em manter dúvida a configuração do crime de responsabilidade, perante deputados e sociedade, só reforça que o governo teve oportunidade de defesa plena. Coloca em questão a tese de cerceamento de defesa, um dos dois pontos do MS no Supremo. No julgamento de dezembro, aliás, a reclamação de cerceamento de defesa da presidente não convenceu nenhum ministro.

O outro ponto judicializado pelo governo é a ampliação do objeto do *impeachment*. A delação de Delcídio Amaral e outras recentes revela-

ções da Lava Jato não poderiam ter sido sequer discutidas na Câmara, porque não faziam parte da denúncia sendo avaliada. Mas essa tese pressupõe que os plenários da Câmara e do Senado ficam limitados pelos termos da decisão de Eduardo Cunha de dar prosseguimento à denúncia. Ou mesmo pela amplitude da própria denúncia. Não está claro que seja assim.

O Min. Barroso, citado depois no parecer do relator Jovair Arantes, lembrou que o *impeachment* não é um processo criminal judicial. A Constituição quis um julgamento por um órgão político, com um componente político. As garantias do acusado não são necessariamente as mesmas. E, mesmo quando são, não têm a mesma amplitude. Como exigir contornos bem definidos e fixos para o objeto do *impeachment* se, pela própria Constituição, os julgadores – deputados e senadores – não precisam fundamentar seu voto individual?

É nesse contexto que o Supremo tem sido constantemente provocado a se manifestar sobre questões procedimentais. O mérito das alegações, porém, não é o único fator importante para avaliar a conveniência de uma intervenção do tribunal. Acima de tudo, os ministros devem escolher o papel do Supremo no *impeachment*. É certo que o Supremo de Collor não é o Supremo de Dilma. Mas ainda não está claro o que o Supremo de Dilma quer ser.

O risco é virar um tribunal que, de tanto intervir em questões supostamente procedimentais, acabou assumindo responsabilidade pelos rumos da crise. De um lado, estão as liminares monocráticas do Min. Gilmar Mendes suspendendo a posse de Lula e do Min. Marco Aurélio obrigando Eduardo Cunha a abrir o *impeachment* de Michel Temer. De outro, as liminares monocráticas do Min. Fachin recusando-se a intervir na ordem de votação desse domingo e do Min. Celso de Mello negando-se a forçar a abertura de outro processo contra Temer. Felizmente nessa quinta o Supremo se manifesta como colegiado. A última vez que fez isso, em dezembro, deu mostras de querer desempenhar esse segundo papel. Um tribunal consciente do risco de, entrando demais no procedimento, acabar virando árbitro do mérito do *impeachment*.

Esse risco seria agora confirmado se o Supremo intervisse no *impeachment* de maneira decisiva na véspera da votação na Câmara. Não importa se em resposta ao governo sobre cerceamento de defesa ou em resposta a outros partidos e parlamentares sobre ordem de votação na Câmara. Se contrariar sua jurisprudência e interferir em questões interna corporis do Congresso o Supremo sairá enfraquecido.

Cardozo talvez não tenha percebido que, ao ser provocado agora, se o Supremo optar por não intervir, terá legitimado mais o resultado da votação do plenário da Câmara. Sairá enfraquecido o governo, agora sem o argumento de ilegitimidade procedimental que sempre foi central em seu discurso. Se a votação de domingo for pré-referendada pelo Supremo, perde força a ideia de rito ilegal ou inconstitucional. Poderia ainda o governo falar em golpe?

O SUPREMO JÁ ACERTOU

Thomaz Pereira
14 | 04 | 2016

Tempestivo e colegiado, hoje o Supremo se mostra à altura de sua missão constitucional. Mostra que é verdadeiramente um tribunal.

O Supremo decidiu decidir. Independentemente de qual seja sua decisão final, já acertou. Diante de ações questionando aspectos formais do processo de *impeachment* na Câmara, o tribunal decidiu colocá-las em pauta imediatamente.

As diferentes ações impetradas traziam alguns riscos.

Primeiramente, se um ministro decidisse monocraticamente, seja para conceder ou não a liminar, teríamos uma decisão dada em tempo útil para afetar a votação, mas que poderia não expressar o entendimento do tribunal. Pior ainda, diante de ações diferentes, distribuídas a ministros diferentes, poderíamos ter ministros manifestando visões contraditórias sobre o papel do tribunal no julgamento do *impeachment*. Um Supremo fragmentado é um Supremo fraco.

Além disso, uma decisão colegiada que viesse depois da votação da Câmara já ter ocorrido traria diversos problemas.

Se considerasse existentes nulidades no processo teria que anular o procedimento na Câmara depois de sua conclusão. Derrotados comemorariam a nova oportunidade, vitoriosos criticariam a intervenção tardia. O Supremo teria que se defender da acusação de anular o processo, não por vícios procedimentais, mas por discordar do resultado.

Se considerasse inexistentes as nulidades a decisão, correta ou não, viria tarde demais. Incertezas sobre a validade do procedimento podem inflamar um processo que já é naturalmente polêmico. Uma decisão como essa antes da votação, mesmo sem alterar a realidade, pode ser útil por certificar que as regras do jogo estão sendo seguidas. No entanto, da votação encerrada, seria potencialmente inútil. Pior, poderia gerar

acusações de que o Supremo teria deixado de invalidar procedimento por concordar com o seu resultado, ou por não ter coragem de anular uma decisão como essa depois de ela ter sido tomada.

Em qualquer desses casos, independentemente da decisão em si, o potencial desgaste à imagem do Supremo seria enorme. Críticas ao conteúdo de suas decisões são normais e, em certa medida, inevitáveis. Críticas à sua capacidade de decidir apontam para um Supremo disfuncional. Isso é evitável, e não deve ser normal.

Sabidamente, o tribunal decidiu evitar esses problemas e contornar essas possíveis acusações.

O Supremo decidirá. Decidirá colegiadamente. Qualquer que seja o resultado, não será apenas a posição de um ministro, mas do tribunal como um todo. Decidirá tempestivamente. Qualquer que seja o resultado, o Supremo decidirá em tempo para validar o procedimento seguido até aqui ou, se for o caso, para que a Câmara se adeque à sua decisão antes de iniciar a votação do *impeachment*.

Tempestivo e colegiado, hoje o Supremo se mostra à altura de sua missão constitucional. Mostra que é verdadeiramente um tribunal.

UM SUPREMO TRIBUNAL REGIMENTAL?

Eduardo Jordão
15 | 04 | 2016

No fundo, a tarefa do controle de constitucionalidade é mais difícil pelas tentações que impõe ao julgador, do que pelas operações intelectuais que envolve.

Pode o Supremo, em uma ADIn, afastar interpretação do Regimento da Câmara dos Deputados que viole os termos *do próprio Regimento*? Eis uma das questões que o Tribunal precisou decidir na sessão extraordinária de ontem.

Não era uma decisão qualquer. Em jogo, estava o procedimento de votação do *Impeachment* no plenário da Câmara dos Deputados neste fim de semana. O Tribunal foi chamado a controlar a interpretação do presidente da Câmara, Eduardo Cunha, para o dispositivo do regimento segundo o qual “a votação nominal será feita pela chamada dos Deputados, alternadamente, do Norte para o Sul e vice-versa”.

Em um julgamento longo e confuso, cheio de divergências, a maior divisão se deu justamente quanto à competência do Supremo para entrar na questão.

Quatro ministros de uma corte incompleta, com apenas 10 membros, consideraram a interpretação de Cunha uma leitura equivocada do próprio Regimento. No caso da ADIn, porém, tratava-se de controle de *constitucionalidade*, não de regimentalidade.

Para justificar a intervenção do Supremo, houve diversas tentativas de conectar a violação do regimento com violações à Constituição. O ministro Barroso, por exemplo, sustentou que interpretações “irrazoáveis” do Regimento representariam violações da legalidade, do estado de direito ou do devido processo legal – princípios constitucionais.

Por trás dessas ginásticas interpretativas, há consequências graves para o funcionamento e o papel do Supremo. Se desrespeitar uma norma

regimental *leva necessariamente* a violar a garantia constitucional da legalidade ou do devido processo legal, *toda* ilegalidade se torna espaço de atuação do Supremo. Observar que se trata de um caso especial (o *impeachment*) não ajuda, já que essa norma regimental se aplica a outras hipóteses de funcionamento do legislativo para além desse momento específico.

A minoria derrotada na ADI expressou um ímpeto intervencionista que não é novidade no Tribunal. Ao longo dos últimos anos, o Supremo tem demonstrado não se preocupar muito com os limites textuais (ainda que claros) de normas constitucionais que lhe caberia apenas *interpretar* – a exemplo, aliás, do que reprovaram na conduta de Cunha.

Agora, quatro ministros pretendiam estender a sua competência de “guarda da constituição” para muito além do controle de constitucionalidade em sentido estrito. Essa posição não prevaleceu na ADIn. Mas foi por pouco: faltou apenas um voto. Como não há um Supremo do Supremo, teríamos que conviver com um Supremo Tribunal Regimental.

A “guarda da constituição” a que os ministros tanto se referem não é uma tarefa misteriosa. Ela não abrange tudo que existe de *injusto* no funcionamento das instituições brasileiras; na verdade, ela sequer abrange tudo que existe de *ilegal* nas instituições brasileiras.

Controle de constitucionalidade é comparar normas e atos do poder público com o texto constitucional. Assim, por óbvio, se não há incompatibilidade entre normas e algum dispositivo constitucional, não cabe controle de constitucionalidade. Em casos assim, o silêncio do Supremo e a deferência ao legislativo são também expressões da tarefa de guardar a constituição.

No fundo, a tarefa do controle de constitucionalidade é mais difícil pelas tentações que impõe ao julgador, do que pelas operações intelectuais que envolve: reescrever toda norma que aparece a partir do que se considera melhor é fácil. Saber até onde a Constituição de fato autoriza uma intervenção judicial é muito mais difícil.

IMPEACHMENT: UMA QUESTÃO PARA O CONGRESSO

Diego Werneck Arguelhes
17 | 04 | 2016

O processo do impeachment até aqui ocorreu à sombra dos juízes. Mas não se pode tratar a Câmara e o Senado como simples órgãos de primeira instância do Supremo.

O processo do *impeachment* até aqui ocorreu à sombra dos juízes do Supremo, da decisão de dezembro até a sessão extraordinária de quinta passada. Mas essa sombra pode ser enganosa, e não podemos tomar a parte pelo todo. Nesse tipo de processo, o Supremo é sempre um desvio, não um destino final. Como instituição colegiada, o Supremo falhou até aqui em esclarecer para as pessoas que a decisão última – o “sim” ou “não” da Câmara e do Senado – não compete a seus juízes, mas aos parlamentares. Mas a confusão das mensagens muitas vezes conflitantes enviadas pelos ministros nas últimas semanas não deveria nublar um dado básico do nosso sistema constitucional: o guardião da constituição não pode ser o julgador do *impeachment*.

Há dois aspectos da estrutura do *impeachment* na Constituição que exigem que o Supremo se afaste do mérito dessa decisão.

Primeiro, a Constituição atribuiu ao Congresso a competência de processar o presidente por crimes de responsabilidade. Uma função tipicamente judicial, mas inequivocamente alocada para um órgão político paralelo ao Supremo. Com esse texto, fica difícil fazer malabarismos interpretativos para dizer que os ministros podem adentrar no âmago da decisão que a constituição colocou nas mãos de outro poder.

Não se pode tratar a Câmara e o Senado como simples órgãos de primeira instância do Supremo: decidem primeiro, mas cabe recurso para o Supremo. Seria transpor, para o processo de *impeachment*, o hábito forense de proliferar todos os espaços para recursos: há sempre um caminho para o Supremo, a ser descoberto por advogados hábeis, e tudo que acontece

antes disso é provisório. Essa visão já é patológica no funcionamento do judiciário; no caso da decisão de mérito do *impeachment*, ela seria ainda mais equivocada.

Segundo, a Constituição prevê o elevadíssimo quórum de $2/3$ para as decisões finais tanto da Câmara quanto do Senado no processo de *impeachment*. Na verdade, esse é o mais alto quórum exigido pela Constituição para qualquer deliberação legislativa ou decisão institucional, em qualquer poder. Maior que os $3/5$ exigidos para se emendar a constituição.

Uma decisão por $2/3$ só pode ocorrer com muita convergência de ações e ideias e entre muitas pessoas. Considere, por exemplo, o que ocorreria se o quórum de $2/3$ fosse aplicado às decisões do próprio Supremo Tribunal sobre o *impeachment*. Isso significaria que o tribunal precisaria de 8 ministros para concordar com qualquer um dos pedidos formulados de novembro para cá. A maioria das decisões já tomadas até aqui – muitas envolvendo maiorias de seis ou sete ministros – não teria conseguido atingir esse nível de consenso. O tribunal não teria conseguido decidir que a Comissão Especial não poderia ter sido formada por chapa avulsa e voto secreto, por exemplo.

Na verdade, esse é mais do que um número. É a expressão, em desenho institucional, de um ideal – de uma tomada de posição sobre como funciona o nosso presidencialismo e como se darão as relações entre os poderes: nas relações entre Congresso e Presidência, expressa a ideia de que remover um presidente por crime de responsabilidade precisa ser algo *raro, custoso, difícil*. Não basta uma maioria de deputados e senadores; é preciso que o *impeachment* seja apoiado por mais parlamentares do que seria necessário para aprovar até mesmo uma emenda constitucional.

Nas relações entre Supremo e Congresso, por outro lado, expressa a ideia de que esta decisão que extrai do sistema político democrático uma alta presunção de legitimidade. Quando um quórum de $2/3$ é atingido em uma instituição legislativa representativa, não se trata de uma “maioria eventual”. Juristas e juízes costumam apontar para a fragilidade de “maiorias legislativas eventuais” para justificar a revisão judicial de atos legislativos. Aqui, porém, um grande número de parlamentares – e, indiretamente, de eleitores, de interesses e visões de mundo – teriam que convergir para chegar aos $2/3$. Do lado do Supremo, uma decisão legislativa com essa característica deveria inspirar redobrada deferência. Não é necessário idealizar o Congresso que temos para reconhecer que, no nosso sistema, com todos os seus problemas, o quórum de $2/3$ tem um significado diferente de uma maioria simples.

O Supremo não pode intervir no resultado final. Pode, como tem feito, garantir a regularidade do procedimento dentro das regras constitucionais. Mas em algum momento o direito se esgota e a política será soberana. Deixar isso claro agora, antes da hora da política pura começar, teria sido importante para equacionar expectativas. O tribunal já se apresentou como disponível para todo e qualquer tipo de demanda no processo de *impeachment*; até aqui, porém, não puxou para si a responsabilidade pelo resultado final. É esperado que continue assim. É bom, para nossas instituições, que continue assim. Nem a Câmara, nem o Senado podem ser apenas um tribunal inferior perante o Supremo – juízes provisórios, que simplesmente “erram primeiro”. Aos parlamentares compete a decisão; a eles competirá os custos políticos de sua decisão, certa ou errada. Neste domingo, é a hora da política.

O IMPEACHMENT NO SUPREMO: O QUE MUDA COM O AFASTAMENTO DE DILMA

Diego Werneck Arguelhes
12 | 05 | 2016

Quanto mais pronunciamentos do plenário das casas legislativas, mais difícil e custosa ficará a intervenção judicial no impeachment.

Como o afastamento de Dilma afetará as disputas judiciais em torno do *impeachment*?

De um lado, aumentará o combustível para judicialização. Dilma foi afastada temporariamente do cargo, mas o processo não acabou. Começa agora quase uma espécie de processo penal dentro do Senado, presidido pelo ministro Lewandowski. Haverá discussão sobre provas de todo tipo – testemunhas, documentos, experts –, regulada em detalhes pelo Regimento do Senado, já moldado pelas regras do Caso Collor.

Na decisão da ADPF 387, em dezembro, aliás, o Supremo sinalizou que, após o afastamento, as garantias processuais e o direito de defesa incidiriam em grau máximo. Com mais e mais rígidas regras procedimentais, aumenta o espaço para contestação e intervenção judicial. O Supremo não sairá de cena.

De outro lado, o cenário mudou. Há menos espaço para um certo tipo de contestação mais drástica e radical que tem marcado a defesa de Dilma da Câmara dos Deputados para cá.

O advogado-geral da União tem combinado contestações pontuais – sobre questões procedimentais “micro”, envolvendo a aplicação e interpretação de regras específicas a atos do processo – e contestações gerais – provocando o Supremo a se pronunciar sobre a estrutura fundamental e a eventual nulidade do conjunto do processo de *impeachment* até aqui.

No caso Collor, a defesa também fez as duas coisas. Pediu, com sucesso, a ampliação do prazo concedido para manifestação da defesa na Câmara. Mas também levantou, e perdeu, a tese de que a Lei 1.079/50 não estaria mais vigente e deveria ser abandonada na íntegra, o que inviabilizaria o próprio processo de *impeachment*. Por fim, também sem sucesso, alegaram que a decisão final do Senado teria ficado prejudicada após Collor renunciar à Presidência.

Recentemente, a defesa de Dilma levou a estratégia de contestação geral ao máximo. Há dois dias, a AGU pediu ao tribunal que anulasse todo o procedimento desde o recebimento da denúncia. Argumentava-se que, ao afastar Eduardo Cunha de suas funções, o Supremo teria reconhecido implicitamente que o deputado tampouco poderia ter iniciado e presidido o processo de *impeachment*. A liminar foi negada pelo ministro Teori Zavascki poucas horas antes de o Senado começar a sessão.

É justamente esse tipo de contestação geral que tende a perder espaço daqui para frente. O conteúdo e o *timing* da decisão liminar de Zavascki já sinalizam os principais aspectos dessa mudança de cenário. Primeiro, duas casas legislativas já se pronunciaram, ainda que o Senado ainda não tenha de fato decidido. Quanto mais pronunciamentos do plenário das casas legislativas, mais difícil e custosa ficará a intervenção judicial. Vale notar que o Supremo já anulou o processo em curso, ainda em dezembro, quando determinou que a escolha da Comissão Especial fosse completamente refeita pela Câmara. Mas intervir no decorrer do processo é, comparativamente, menos drástico do que anular essas votações ex post, em torno das quais houve grande mobilização e atenção pública.

Segundo, até aqui o principal combustível das contestações gerais tem sido Eduardo Cunha e sua condução ao processo. Cunha só foi afastado pelo Supremo agora. Mas, em sua liminar, o ministro Teori Zavascki observa que, no fundo, o tribunal já enfrentara (e rejeitara) a alegação de que, por conta de suas motivações políticas, deputado não poderia presidir o *impeachment*. Em dezembro, os ministros rejeitaram por unanimidade a tese de que a motivação política de Cunha, por si só, viciaria o recebimento da denúncia e o procedimento dali em diante. O decisivo não é a motivação de Cunha e outros parlamentares – que teria sempre um lado político – mas a obediência objetiva às regras constitucionais e legais. O fator Cunha, que fornecia munição para a defesa de Dilma até aqui, perde força.

Nada disso indica que a defesa de Dilma vá parar de fazer contestações gerais. Em conflitos políticos, recorre-se ao Judiciário por razões que vão muito além de ganhar no mérito. Mesmo quando a chance de reverter uma derrota política é quase zero, como no MS de ontem, judicializa-se uma questão para atrasar uma decisão, para deslegitimá-la perante a nação ou ainda para firmar uma posição pública. Objetivos muito importantes para Dilma, em qualquer cenário – inclusive mesmo após o julgamento final do Senado.

LIRA, LEWANDOWSKI E A DEFESA DE DILMA: SUPREMO FOI DECISIVO SEM DECIDIR

Diego Werneck Arguelhes
07 | 06 | 2016

É preciso ler as mensagens que os ministros mandam – na imprensa, em comentários laterais em palestras e discursos e, no caso, na fundamentação de suas decisões.

O ministro Lewandowski negou ontem a liminar, pedida pela defesa de Dilma, para garantir à presidente o mesmo prazo que Collor teve para apresentar alegações finais. Pouco depois, porém, o presidente da Comissão do *impeachment* no Senado, senador Raimundo Lira, anunciou um recuo: Dilma teria, sim, o mesmo prazo de Collor.

Mas por recuar, se Lewandowski havia negado a liminar e deixado o processo seguir?

Na verdade, o passo atrás de Lira e a decisão de Lewandowski estão diretamente ligados. Se foi um cálculo de vantagens políticas que levou Lira a reduzir o prazo de Dilma, foi certamente um cálculo de risco jurídico que o fez recuar. Recuou para evitar o movimento desfavorável dos próximos jogadores – primeiro o ministro Lewandowski, e posteriormente o próprio Supremo.

Esse tipo de antecipação estratégica é comum no jogo da separação de Poderes. Em especial, no nosso altamente judicializado processo de *impeachment*, é comum ver políticos tentando agir de modo a minimizar espaços para atuação do Supremo.

A ameaça judicial já se mostrou crível. O Supremo já havia sinalizado, em dezembro, disposição para bloquear tentativas políticas de acelerar o processo sem respeito às regras do jogo. Anulou completamente a eleição da Comissão Especial que havia ocorrido sob a batuta de Eduardo Cunha e, com isso, jogou todo o processo de volta à estaca zero.

Entretanto, nem sempre o tribunal aceitou os argumentos da defesa de Dilma. Às vezes, os ministros se recusaram a intervir e mandar voltar o processo. Não concordaram, por exemplo, que teria havido cerceamento do direito de defesa na votação final da Câmara.

O que teria então levado o senador Lira a enxergar neste caso específico um risco concreto de intervenção judicial?

É preciso ler as mensagens que os ministros mandam – na imprensa, em comentários laterais em palestras e discursos e, no caso, na fundamentação de suas decisões.

O *resultado* da liminar de Lewandowski foi negativo. Mas a motivação da decisão mostra vigilância, e não simples deferência, por parte do ministro.

Lewandowski negou a liminar por considerar que não havia “perigo na demora”: ainda falta tempo para que o prazo para alegações finais comece a correr, e até lá não há dano concreto no anúncio da futura redução de prazo. Contudo, a decisão é repleta de condicionantes temporais. Diz o ministro: não há “neste momento processual” risco para a defesa; “por ora”, sem um exame aprofundado, a posição da Comissão parece razoável; tudo isso, porém, “sem prejuízo do exame exauriente da matéria no tempo e no foro apropriados”. Leia-se: o tempo apropriado virá quando chegar o momento das alegações finais. O “foro apropriado”, por sua vez, incluiria o próprio Supremo.

Ou seja: se, até o momento das alegações finais, o próprio Senado não tiver reestabelecido o prazo adotado no caso Collor, a questão voltará. E a posição de Lewandowski pode então ser completamente oposta. Mais ainda, considerando que a redução de prazo para Dilma é um claro casuísmo, é muito provável que a interpretação da Comissão seja rejeitada no Supremo.

A decisão negativa de Lewandowski, portanto, não foi um sinal verde. Foi um sinal amarelo, com todo o peso potencial de uma intervenção do próprio Supremo. O fato de que o senador Lira mudou de posição cerca de uma hora após o anúncio da decisão de Lewandowski só reforça essa interpretação.

Idas e vindas no Senado que aparentemente se anulam, mediadas por uma decisão judicial negativa. O saldo desses três movimentos é diferente de zero: o resultado final é exercício indireto de poder do Supremo, que fica visível se lermos a decisão de Lewandowski como um sinal em um jogo de interações estratégicas.

A MODA DO IMPEACHMENT

Ivar A. Hartmann
20 | 06 | 2016

A discussão sobre o impeachment do ministro Fux é necessária, não como controle de decisões substantivas. Mas como controle de comportamentos esperados.

A ferramenta do *impeachment* era prejudicada porque os atores controlados não acreditavam que pudesse realmente vir a ser usada. Mas os pedidos de *impeachment* dos últimos meses podem estar mudando isso.

Não é apenas o processo contra Dilma Rousseff. O procurador-geral da República, assim como a presidente, não pode acreditar-se acima da lei durante seu mandato. A Constituição prevê que ele também seja julgado pelo Senado por crime de responsabilidade. Renan Calheiros atualmente tem em mãos uma de várias denúncias feitas contra Rodrigo Janot.

Da mesma forma os ministros do Supremo. O problema é que nunca houve *impeachment* de ministro do Supremo na história. Mesmo os pedidos eram raríssimos até há pouco. Isso a despeito de claras e constantes violações da lei da magistratura quando os ministros falam publicamente sobre processos que depois irão julgar. Nos últimos meses, porém, foram feitas denúncias contra Marco Aurélio e Luiz Fux.

Mesmo tendo sido rejeitadas sumariamente, elas abriram espaço para a discussão daquilo que um ministro do Supremo pode e não pode fazer. Mais denúncias garantem que a análise das condutas se mantenha na pauta do dia. E que o *impeachment* funcione como uma espada que pende sempre sobre a cabeça daquele que viola a lei. A análise dos pedidos de *impeachment* e as razões dadas para sua rejeição pelo Senado também são essenciais. Os pedidos sem qualquer fundamento devem de fato ser sumariamente rejeitados, como fez Calheiros com vários contra Janot e um contra Marco Aurélio.

A denúncia mais recente contra Janot exigia que ele houvesse pedido a prisão de integrantes petistas do governo afastado assim como pediu a prisão de Romero Jucá, José Sarney e do próprio Calheiros. Mas o mérito de decisões de Janot sobre pedido de prisão, abertura de inquérito e de processo criminal não podem ser motivo para *impeachment*. A função do procurador-geral é exatamente realizar essas escolhas. Calheiros já afirmou que irá receber um dos pedidos por estar descontente com a atuação de Janot. Levanta suspeitas de retaliação pessoal direta em razão da atuação firme e destemida do Procurador-Geral até aqui. Ele toma as medidas penais que acredita necessárias mesmo quando se trata de políticos poderosos como o presidente do Senado.

Totalmente infundado também o pedido de *impeachment* do ministro Marco Aurélio. A base era o mérito de sua decisão determinando a abertura de processo de *impeachment* contra Michel Temer. A função de ministros do Supremo é precisamente enfrentar essas questões. O fato de que a decisão está totalmente desconectada da jurisprudência do tribunal não importa. Caso contrário, teríamos o presidente do Senado como instância que revisa decisões do Supremo.

Já a discussão sobre o *impeachment* em casos como o do ministro Fux é necessária. O motivo da denúncia não era o fato de ter ordenado liminarmente o auxílio moradia para juízes de todo o país, criando despesa de 1,25 bilhão para os cofres públicos sem previsão legal.

Segundo a lei, a atuação de ministros do Supremo pode ser enquadrada nos dispositivos de violação da responsabilidade fiscal. A liminar de Fux não é muito diferente das pedaladas fiscais de Dilma. Mas não cabe avaliar no mérito a decisão. O problema é que Fux impede, há quase dois anos, que seus colegas no plenário decidam se mantêm ou cassam a liminar. A decisão de Marco Aurélio foi teratológica, mas o ministro liberou o processo para o plenário 40 dias depois. Decidir bem ou decidir mal faz parte do exercício regular do cargo de ministro do Supremo. Mas impedir que suas decisões sejam examinadas pelo plenário definitivamente não faz parte.

No caso de agentes judiciais como o procurador-geral da República e dos ministros do Supremo, o *impeachment* não é sobre controle de decisões substantivas. É sobre controle de comportamentos esperados. O debate sobre os limites desses comportamentos é vital para qualquer democracia. Mas torna-se irrelevante quando a sociedade e, acima de tudo, os próprios ocupantes dos cargos acreditam que o *impeachment* é letra morta na Constituição. Será muito bom se a moda do *impeachment* pegar!

UM JUIZ NO SENADO: MEMÓRIAS DE SIDNEY SANCHES NO IMPEACHMENT DE COLLOR

Pedro Cantisano
21 | 06 | 2016

O julgamento do impeachment pode ser político, mas, ao expor correntes doutrinárias e jurisprudenciais aos senadores, Sanches lhes forneceu tanto um quadro analítico para refletir e debater, quanto um suporte jurídico para justificar suas decisões.

Em seu depoimento ao projeto História Oral do Supremo, da FGV, o ministro Sydney Sanches se diverte ao lembrar de sua popularidade durante o processo de *impeachment* de Fernando Collor, em 1992. Reconhecido nas ruas, foi procurado informalmente por estudantes na porta de casa, perseguido incansavelmente por jornalistas e até convidado, por três partidos diferentes, a ser candidato – “de vereador a presidente da República”.

Mesmo antes de assumir a Presidência do processo no Senado, como manda a Constituição, o *impeachment* já vinha dando muito trabalho a Sanches. No final de setembro, em decisão inédita, mandara abrir para televisionamento a sessão do Supremo que assegurou a Collor um prazo estendido para manifestar-se perante a Câmara do Deputados. Poucos dias antes, dissera aos jornais que a corte não desprezaria a opinião pública.

Chegando ao Senado, senadores contestaram sua legitimidade. Afinal, não havia sido eleito. Em resposta, Sanches deixou claro que os ministros do Supremo e seu papel de protagonista no processo de *impeachment* eram legitimados pela Constituição e pela pretendida imparcialidade: “Eu suponho que a Constituição de 88 tenha preferido um magistrado, que é apartidário, isento nas suas decisões, neutro”.

Na atuação como presidente do processo de *impeachment*, Sanches destaca dois momentos.

Para tentar protelar a decisão, Collor demitiu seus advogados e pediu adiamento da sessão de julgamento no Senado. A lua de mel de Sanches com a imprensa se abalou quando o ministro aprovou o adiamento. Segundo ele, a lei era clara. Entretanto, para evitar novas complicações, ligou para Inocêncio Mártires Coelho, perguntando se aceitaria ser advogado dativo do presidente afastado. A estratégia era fazer o julgamento continuar, mesmo se Collor não nomeasse novo advogado. O ex-presidente acabou o fazendo, mas, até hoje, Sanches se orgulha da escolha. Durante a defesa, segundo ele, o novo advogado estava tão inseguro que chegou a pedir a ajuda de Coelho.

O segundo momento foi mais crítico. Como última cartada, Collor renunciou à Presidência, esperando livrar-se da pena de inelegibilidade. A questão era se o processo deveria ser extinto. Para explicar seus passos, Sanches faz uma analogia com o funcionamento do próprio Supremo: “Porque no Supremo, por exemplo, quando [...] recebe uma denúncia contra alguém, [...] só o plenário pode pôr fim ao processo, e não o relator”. Portanto, determinou que os senadores discutissem entre si, como o plenário de um tribunal, se continuariam julgando o agora ex-presidente.

Mesmo entendendo que não poderia extinguir o processo sozinho, Sanches interferiu na decisão. Ao mandar que os senadores deliberassem, o presidente do Supremo não concedeu a palavra a ninguém antes que a decisão fosse tomada. E explicou que, de acordo com a doutrina, a pena de inelegibilidade poderia ser considerada acessória da pena de perda de mandato ou autônoma. Se acessória, o processo deveria ser arquivado; se fosse considerada autônoma, poderia prosseguir. O julgamento do *impeachment* pode ser político, como o próprio ministro admite, mas, ao expor correntes doutrinárias e jurisprudenciais aos senadores, Sanches lhes forneceu tanto um quadro analítico para refletir e debater, quanto um suporte jurídico para justificar suas decisões.

Depois de explicar os caminhos jurídicos aos senadores, Sanches interrompeu a sessão. Em uma conversa particular, teve que convencer Itamar Franco a tomar posse. Era uma sexta-feira, já no final de dezembro, e o vice-presidente pretendia fazê-lo apenas na segunda. “O senhor vai se arriscar?” – ponderou Sanches. Era o início da Nova República, logo após a transição da Ditadura Militar. Para o presidente do Supremo, não poderia haver dúvidas quanto a quem estava no poder. O risco de retrocesso era grande.

Entre ações estratégicas para evitar protelações, como a nomeação do advogado dativo, instruções jurídicas para informar as decisões do Senado, como no caso da pena de inelegibilidade, e decisões críticas, como a de dar posse a Itamar imediatamente, Sanches sabia que não estava sozinho. Em uma conversa com representantes da OAB, o ministro confessou: “E, se eu fizer alguma coisa de errado, o senhor pode ter certeza de que o Supremo corrige. Então, fique tranquilo”. Será que a tranquilidade de Sanches se repetiria nos dias de hoje?

É possível conferir a íntegra da entrevista concedida pelo ministro Sydney Sanches e demais ministros ao projeto História Oral do Supremo, no link: <<https://goo.gl/ph1J6C>>.

NADA A TEMER?

Thomaz Pereira
09 | 08 | 2016

A responsabilidade vem da função, a imunidade vem do cargo. Mesmo se presidente, Temer ainda poderia sofrer impeachment por atos cometidos no cargo de vice, mas na função presidencial.

O vice-presidente Michel Temer exerce hoje a Presidência. Seu nome foi mencionado em inquérito da Lava Jato e ele presidiu o PMDB – partido alegadamente envolvido no esquema investigado. Há agora notícias de que Temer poderá aparecer na delação premiada de executivos da Odebrecht. Como equacionar isso com as imunidades constitucionais do presidente da República? O *impeachment* imunizaria Temer da Lava Jato?

Segundo a Constituição, na vigência do mandato, o presidente não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções. Eventuais denúncias teriam que aguardar o fim do mandato. Quanto aos atos presidenciais, crimes comuns são julgados pelo Supremo, crimes de responsabilidade pelo Senado. Mas, em ambos os casos, o processamento requer autorização da Câmara.

E Temer?

No momento, Temer ainda é vice-presidente. Esse é o seu cargo. Com isso, não tem ainda imunidades presidenciais. Pode ser denunciado na Câmara por crime de responsabilidade por qualquer cidadão – como já foi. Mas pode também ser processado por fatos anteriores ao seu mandato e estranhos às suas funções. O foro é o Supremo. E, ao contrário do presidente da República, a denúncia no Supremo não exige autorização dos deputados. Depende apenas do procurador-geral da República e do tribunal. Caso haja indícios suficientes para fundamentar uma denúncia, o período de interinidade de Temer é uma janela importante para atuação dessas instituições.

Isso é hoje. O amanhã é mais incerto. Se a presidente Dilma Rousseff for condenada pelo Senado, o quadro muda. E a data para o julgamento final pelo Senado se aproxima. Temer deixaria de ser interino, assumindo o cargo de presidente. Estaria então imunizado?

A responsabilidade vem da função, a imunidade vem do cargo. Esse é o princípio que deveria guiar qualquer resposta.

Quanto aos crimes comuns, no cargo, Temer de fato estaria temporariamente imune quanto aos atos alheios às suas funções – mas apenas esses. A imunidade vem do cargo, mas qual a sua extensão? Quais atos são ou não relativos às funções de presidente? No limite, caberá ao Supremo responder também essa pergunta.

Restaria a via dos crimes de responsabilidade. Os decretos assinados por Temer, enquanto vice, foram feitos na função de presidente. Vice não assina decretos. Apenas o presidente – no caso, em exercício – o faz. Ou seja, a função exercida por Temer era a mesma, antes e depois do afastamento de Dilma. Mesmo se presidente, Temer ainda poderia sofrer *impeachment* por atos cometidos no cargo de vice, mas na função presidencial. Afinal, a responsabilidade vem da função.

Mas esses dois caminhos são complexos, incertos e, uma vez que haja a confirmação no cargo de presidente, esbarram na necessidade de autorização da Câmara. Pela dificuldade, só seriam seguidos caso fossem os únicos disponíveis. Afinal, diante da alegada conexão entre Lava Jato e financiamento eleitoral, a cassação da chapa e convocação de novas eleições seria via muito mais fácil do que o *impeachment* ou processar um presidente por crime comum. Mas, quanto a isso, a palavra está com o TSE e, até o momento, seu silêncio é retumbante.

O JULGAMENTO DE DILMA: DEBATES NO SENADO, DE OLHO NO SUPREMO

Diego Werneck Arguelhes
26 | 08 | 2016

Mesmo que os debates no Senado não mudem o placar, tudo que ocorrer agora pode influenciar o voto de ao menos alguns ministros do Supremo e fortalecer a narrativa pública e a mobilização internacional de Dilma Rousseff.

Defensores e opositores de Dilma já sabem que o placar no Senado está praticamente dado – pela condenação. A estratégia do governo de Temer fora do Congresso, aliás, tem sido típica de quem já sabe estar na frente. Em vez de enfrentamento direto, o silêncio e a pressão para que termine rápido. Qual a razão, então, para as mais de 500 páginas de alegações finais de Dilma? Se dificilmente mudarão o placar esperado nos próximos dias, o que ainda está em jogo no Senado?

Por trás das 500 páginas, há tanto esperança quanto estratégia. Há mais em jogo do que a absolvição ou condenação formal. Daqui para frente, a defesa tem outras e mais amplas audiências.

Há o debate público mais amplo em curso sobre a narrativa em torno dos eventos dos últimos meses. Foi ou não um processo legal, ainda que controverso na sua substância? As garantias processuais de Dilma foram respeitadas, ou atropeladas? O placar no Senado não vai concluir as interpretações públicas dos eventos.

Mais importante no curto prazo, porém, é a discussão que se aproxima no Supremo. É certo que a defesa de Dilma recorrerá ao Supremo tão logo os senadores concluíam sua votação. A chance de reverter a condenação pelo Senado é baixa. Mas não é esse o único objetivo do futuro recurso.

Judicializar a condenação, por si só, pode atrasar o fim do processo, abrindo algum espaço para mudanças no cenário político. Mais ainda, qualquer voto vencido de ministro do Supremo nesse caso será poderoso

combustível em prol da narrativa mais ampla de Dilma: foi derrotada, mas fora das regras, segundo um ou mais ministros.

A verdadeira briga judicial, portanto, não é tanto para vencer, mas para dividir minimamente o tribunal e conquistar ao menos um voto. Caso a questão seja levada para esferas internacionais, uma decisão final do Supremo é necessária para indicar que todos os meios nacionais foram esgotados. E, caso um órgão como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos seja acionado, contar com um voto vencido no tribunal máximo do país será um recurso precioso.

É nesses *fronts* e nessas múltiplas audiências que as manifestações da defesa de Dilma daqui para frente se revelam como esperança e como estratégia.

Estratégia de registro escrito de todos os vícios e irregularidades que a defesa de Dilma vê no processo de *impeachment*. As alegações finais e os argumentos dos senadores pró-Dilma podem ser lidos como um mapa detalhado do que será levantado junto ao Supremo.

Alguns desses argumentos já foram discutidos e rechaçados pelos ministros nos últimos meses; é o caso da tese que a condução do deputado Eduardo Cunha, inimigo político de Dilma, teria viciado todo o procedimento. O fato de que a defesa insiste em pontos já derrotados só mostra como o registro formal desses argumentos é importante em si, qualquer que seja seu potencial de persuadir o Supremo.

Mas há também alguns pontos novos. A senadora Vanessa Grazziotin (PC do B – AM) invocou a recente decisão do Supremo sobre a competência das Câmaras Municipais, e não dos tribunais de contas, para julgar as contas dos prefeitos. Argumentou que, com isso, o Congresso também deveria discutir as contas de Dilma antes de qualquer decisão sobre *impeachment*. Essa e várias outras objeções feitas nesta quinta-feira tangenciam, na prática, o mérito da decisão do Senado. Por isso mesmo, não foram aceitas como questões de ordem pelo ministro Lewandowski. Mas certamente serão levadas ao Supremo.

Por trás dessas estratégias, a esperança de que, no eventual silêncio do Senado sobre essas questões, seu lado saia fortalecido, tanto no caminho da judicialização quanto na disputa pela narrativa. Se houve argumentos de defesa quanto a fatos e vícios de procedimentos, por que foram ignorados pelos senadores? Mesmo que os debates no Senado não mudem o placar, tudo que ocorrer agora pode influenciar o voto de ao menos alguns ministros do Supremo e fortalecer a narrativa pública e a mobilização internacional de Dilma Rousseff.

NEM JUIZ, NEM SENADOR: LEWANDOWSKI E A DUPLA VOTAÇÃO NO JULGAMENTO DE DILMA

Diego Werneck Arguelhes
01 | 09 | 2016

Não estava em jogo um típico processo legislativo, mas sim um julgamento de impeachment estruturado por regras constitucionais já interpretadas pelo Supremo em ao menos duas decisões.

Atendendo a requerimento de senadores da bancada do PT, o ministro Lewandowski determinou que a votação do *impeachment* seria dupla: primeiro, se Dilma perderia o cargo. Segundo, se seria inabilitada para funções públicas. Contudo, esse procedimento contrariava duas manifestações do Supremo sobre a questão – em uma das decisões no caso Collor, em 1992, e na decisão de dezembro de 2015 sobre o rito do *impeachment* de Dilma.

Qual a autoridade de Lewandowski para determinar essa votação dupla?

Segundo o ministro, não teria realmente havido, em 1992, uma decisão do Supremo no caso Collor. Como houve empate entre os ministros e foi necessário convocar ministros do STJ para desempatar, Lewandowski considerou não estar claro se a questão teria sido de fato resolvida pelo Supremo.

Contudo, essa visão do caso Collor como um não-precedente não foi mencionada pelo ministro quando votou no rito do *impeachment* em dezembro de 2015. Se, nesse espaço de tempo, descobriu um argumento novo que o levaria a repensar completamente sua posição, o espaço legítimo para avançar essa drástica mudança seria o plenário do Supremo, não o julgamento no Senado. São papéis completamente distintos, como ressaltou o próprio Lewandowski ao enfatizar que não falava ali como juiz constitucional e não exercia função decisória judicial.

E quanto à autoridade de Lewandowski como presidente do julgamento no Senado?

Mesmo aqui, Lewandowski não poderia, nem deveria ter resolvido a questão sozinho.

Segundo o Regimento Interno do Senado, um destaque apresentado pela bancada com aquele número de senadores deve ter aprovação automática, sem passar pelo plenário. Havia, porém, uma controvérsia constitucional séria em jogo. Um dispositivo regimental não pode permitir que a vontade de uma minoria de senadores seja suficiente para reformar a constituição. Não estava em jogo ali um típico processo legislativo, mas sim um julgamento de *impeachment* estruturado por regras constitucionais já interpretadas pelo Supremo em ao menos duas decisões.

O senador Aloysio Nunes questionou, no plenário, que pudessem ser aplicadas ao *impeachment* as regras para apresentação de destaques típicas de discussões legislativas normais, observando que o produto do julgamento é uma sentença, não um projeto de texto normativo. Lewandowski contra-argumentou – com base no glossário do Senado – que mesmo essa decisão dos senadores é um tipo de proposição legislativa, e aplicou as regras regimentais.

Havia, portanto, uma controvérsia mínima no plenário sobre como proceder. E uma (re)interpretação de uma cláusula constitucional expressa sobre o processo de *impeachment* não pode ficar a cargo de uma minoria de senadores. O que quer que diga o regimento, uma tese tão controversa, em momento tão delicado, e contra decisões anteriores do Supremo deveria ter sido submetida ao plenário.

Esse caminho já seria um desvio do caso Collor. Mas poderia ser defendido como expressão de deferência aos atores políticos, na linha do que defendeu, em voto vencido no próprio caso Collor, o ministro Paulo Brossard. Não foi o caso. Não foi o Senado que decidiu votar duas vezes. Os senadores votaram duas vezes, contra manifestações passadas do Supremo, porque assim decidiu o presidente Lewandowski.

Nem se pode dizer que Lewandowski tenha sido surpreendido pelo requerimento. Tinha em mãos várias páginas com seu argumento pronto, da desconstrução do caso Collor como precedente a porque o regimento permitira a aprovação do requerimento sem decisão do plenário. Havia preparado argumentos para justificar uma decisão sua, como presiden-

te, que passava ao largo tanto de precedentes do Supremo quanto do plenário do Senado. Nem juiz, nem senador – mas decidindo sozinho, e usurpando autoridade de ambos os lados, uma das mais importantes questões constitucionais levantadas nesse processo.

Com sua decisão, Lewandowski acabou respondendo uma outra pergunta que há muito está no ar. O processo acaba com a condenação pelo Senado? Não. Ainda resta o Supremo. Foi o que deixou claro o ministro, quando disse que nada do que fazia ali o impediria de votar, sobre essas mesmas questões, como juiz constitucional na decisão futura do Supremo. Com isso, anuncia sua decisão de participar desse julgamento futuro. E, com a drástica mudança de interpretação constitucional que encampou, cria uma inevitável controvérsia a ser judicializada no futuro próximo.

De volta ao Supremo, porém, o jogo muda. Talvez para não atrasar mais o fim do julgamento, uma maioria de senadores pode ter tolerado essa tomada de poder do plenário da casa por parte de seu presidente em exercício. No Supremo, vai ser diferente. Nenhuma posição individual de Lewandowski sobre o *impeachment* poderá prevalecer se não ganhar mais cinco votos.

The background features a complex geometric pattern of thin, grey lines. A series of vertical lines are spaced evenly across the page. Overlaid on these are numerous curved lines that sweep from the left side towards the right, creating a sense of depth and perspective. A solid grey horizontal bar is positioned in the upper-middle section of the page, serving as a background for the title text.

OPERAÇÃO LAVA JATO

PARA QUE SERVEM AS PRISÕES DECRETADAS PELO SUPREMO?

Silvana Batini
07 | 01 | 2016

*Quando começou a decretar prisões de autoridades,
o Supremo de certa forma começou a mudar a
história e a agenda do direito penal brasileiro.*

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 originariamente 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 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 diariamente postas à prova nos juízos criminais brasileiros. 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” essas 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 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 comparsas antes mesmo que polícia lhe chegue à porta, como aconteceu com ex-gerente da Petrobrás, Pedro Barusco.

Se a prisão do Mensalão não impediu novos crimes, pode ainda assim ter estimulado as delações. Para o futuro, será que este 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 a 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 novas e distintas consequências surgirão. 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.

LAVA JATO E A BATALHA DA COMUNICAÇÃO

Andre Mendes
19 | 01 | 2016

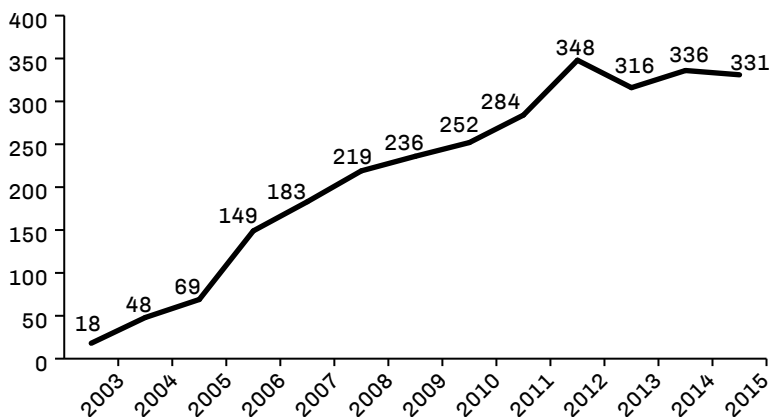
Tão fundamental quanto à liberdade de informação, imprensa e comunicação, é a existência de múltiplas fontes, grupos e atores que possam tratar, depurar e discutir essas informações.

A operação Lava Jato envolve 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:

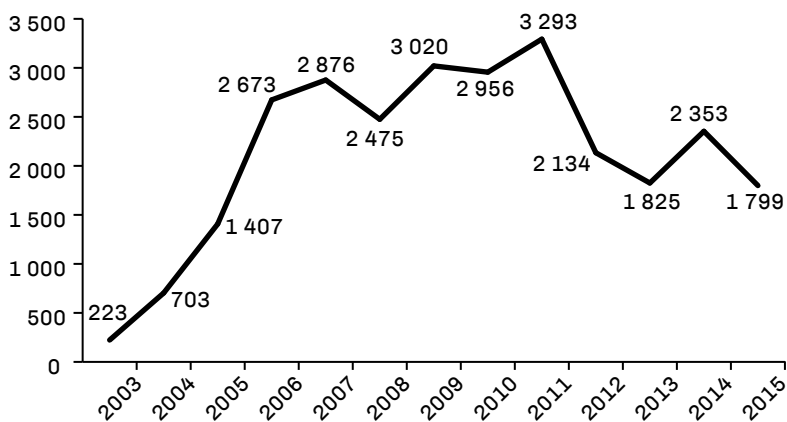
Número de operações deflagradas pela polícia federal por ano (2003 a 2015)



Fonte: <http://www.pf.gov.br/agencia/>

O número de pessoas presas nessas 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 se pode depreender do gráfico a seguir:

Número de pessoas presas nas operações da polícia federal por ano (2003 a 2015)



Fonte: <http://www.pf.gov.br/agencia/>

Grupos de extermínio formados por policiais militares, crimes contra o sistema financeiro nacional, fraudes previdenciárias são exemplos de crimes investigados por operações como Thanatus (2015), Hércules (2009), Bola de Ouro (2012), Ararath (2013), Iceberg (2008) e Capinagem (2015).

Nesse 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. 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 essas 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, também a divulgação das informações é seletiva.

Por exemplo, a Lava Jato é sobrerrepresentada na mídia em relação a operação Zelotes, que investiga 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.

É VANTAGEM PARA LULA TROCAR MORO PELO STF?

Silvana Batini
10 | 03 | 2016

Como a Corte reagiria ao se ver na condição de juízo escolhido por um réu que quer escapar de um juiz rigoroso. Aceitariam passar para a história como um tribunal conivente com uma quase fraude processual?

Comenta-se que Lula poderia vir a ser nomeado ministro de Estado e, com isto, passar a ter foro privilegiado no Supremo – escapando da competência da Vara Federal de Curitiba e da Estadual de São Paulo.

Os que defendem a manobra não escondem a estratégia e sequer disfarçam o desvio de finalidade do ato: transforma-se a nomeação de um ministro em um mecanismo de escolha do juízo ao qual aceita se submeter. Antes de mais nada, o ato teria um custo político alto. Mas o que Lula de fato ganharia ao ser julgado pelo Supremo? Já houve um tempo, não muito distante, em que foro privilegiado era de fato sinônimo de impunidade. Tribunais de segundo grau e o próprio Superior Tribunal de Justiça julgam originariamente autoridades, e não há evidências fortes de que esta realidade tenha mudado nestas cortes. No Supremo, porém, o cenário é diferente. A situação vem se alterando – para uma tendência de menos impunidade. Em matéria de competência originária, após o caso do Mensalão, o Supremo vem fazendo o que se imaginava impossível. Levou ao fim, no prazo recorde de 4 anos, um processo com quase 40 réus. Adaptou seu regimento interno para conferir agilidade a estes feitos, transferindo o julgamento para as turmas. Decretou a prisão preventiva de um senador e vem apreciando denúncias contra deputados federais de forma quase rotineira. Ainda não é uma velocidade ótima, mas é melhor do que já foi.

Imaginar que um processo contra Lula ficaria parado no Supremo é, na melhor das hipóteses, arriscado. Na pior, é uma ilusão. Mais ainda quando se tem em conta a visibilidade que o Supremo tem hoje no Brasil, o grau de mobilização da sociedade e a notoriedade do réu. A força tarefa

do MPF que atua em Curitiba é mantida pelo procurador-geral da República que, por sua vez, formou outro grupo semelhante de Procuradores para atuar na Lava Jato, nos casos de detentores de foro no Supremo. Os últimos dados divulgados pela PGR mostram que o trabalho lá em cima vem sendo igualmente intenso. Ou seja, independentemente da mudança de foro, teríamos do lado da acusação a mesma instituição – tanto em Curitiba quanto em Brasília. Um grupo convergente.

Talvez o caso mais semelhante seja a denúncia contra Eduardo Cunha, aceita apenas alguns meses após o pedido do Ministério Público – muito mais rapidamente, portanto, do que o próprio caso do Mensalão. Entre os dois casos, Lula e Cunha, as diferenças apontariam para maior celeridade ainda no caso do ex-presidente, que seria julgado por uma das turmas do Supremo, e não pelo plenário.

Lula ainda perderia etapas de defesa. Réus julgados em foros privilegiados perdem instâncias recursais. Todos os condenados pelo juiz Sérgio Moro poderão recorrer ao TRF4, ao STJ e, por fim, ao STF. Os que forem julgados originariamente pelo STF não terão mais, sequer, o direito aos famigerados embargos infringentes.

Além disso, segundo a Lei da Ficha Limpa, mesmo se condenado em primeira instância, Lula só passaria a ser inelegível caso a sentença fosse confirmada pelo Tribunal. Já no caso do Supremo, sendo esse órgão colegiado de competência originária, sua condenação o tornaria imediatamente inelegível.

Como a Corte reagiria ao se ver na condição de juízo escolhido por um réu que quer escapar de um juiz rigoroso? Aceitariam passar para a história como um tribunal conivente com uma quase fraude processual? Caso renunciasse no meio do processo, uma vez que o Supremo tenha assumido o caso, não é certo que os ministros enviariam o caso de volta à primeira instância. A julgar pela posição do tribunal em casos assim no passado, muito dependeria do momento em que a renúncia acontecesse, e da disposição dos ministros em investigar se a renúncia ocorreu ou não com a intenção de atrasar o julgamento da causa. Por fim, todo esse cenário seria também afetado por uma variável completamente fora do controle do ex-presidente: a definição do relator do caso.

A manobra, portanto, é arriscada.

Os que buscam blindagem no Supremo deveriam se lembrar da advertência da futura presidente da Corte: não passarão.

NÃO HÁ APITO FINAL DE JUIZ CRIMINAL: A ESCUTA É VÁLIDA

Pedro Fortes
21 | 03 | 2016

Moro, como qualquer juiz, pode errar. Mas não foi desta vez. Não se espera que a corte mude agora as regras do jogo sobre a interceptação telefônica após 20 anos de legislação, praxe e jurisprudência sobre o assunto.

O juiz federal Sérgio Moro foi criticado por ter divulgado o áudio gravado com a conversa telefônica entre Lula e Dilma sobre o recebimento de um termo de posse como ministro da Casa Civil. Entre as críticas, uma alegada ilegalidade de se obter conversa ocorrida após a decisão judicial que determinava o encerramento da interceptação. Moro determinou o fim da medida cautelar às 11h22, mas a conversa telefônica entre Lula e Dilma foi gravada às 13h32.

Para alguns criminalistas, teria ocorrido ilegalidade na gravação feita após a decisão judicial. Porém, essa análise é equivocada. Confunde o papel de um magistrado com o de um árbitro de futebol, cujas decisões possuem sempre um efeito prático imediato. Ao contrário do árbitro, o magistrado não possui nem apito nem cronômetro. A lógica temporal de suas decisões é diferente. As decisões dos juízes de direito têm que ser comunicadas a terceiros dentro de um procedimento burocrático demorado para serem efetivamente cumpridas. Até então, os atos praticados têm justa causa, embasados pela decisão judicial anterior.

Uma decisão de término da interceptação telefônica pela manhã não encerra, de imediato, uma escuta telefônica. Há um protocolo a ser seguido: comunicação da decisão à autoridade policial; certificação nos autos do processo; e comunicação à operadora de telefonia. Este procedimento demora sempre algumas horas e as gravações realizadas até se desconectar as escutas são legitimadas pela decisão original do juiz, que obrigava a empresa de telefonia a registrar todas as conversas

de um determinado aparelho. Enquanto a operadora de telefonia lida com o protocolo burocrático para cumprir a nova decisão judicial um sistema informatizado registra todas as conversas telefônicas. Na polícia federal, trata-se do Guardiã, de altíssima tecnologia e auditável justamente para evitar arbitrariedades.

Na verdade, a ilegalidade estaria na conduta oposta, caso Moro tivesse excluído uma conversa telefônica realizada neste intervalo burocrático, teria destruído arbitrariamente um elemento de convicção colhido no processo a que a defesa do investigado Lula deveria ter acesso, conforme determina o artigo 9 da Lei n. 9296/96. Seria um erro processual violador da ampla defesa do investigado. Com a experiência prática de quem acompanhou centenas de escutas judiciais de crime organizado, posso afirmar que os efeitos desta decisão de interrupção não são automáticos. Na prática, nenhuma conversa gravada neste intervalo burocrático é excluída. Essa é uma polêmica fabricada.

Um exemplo pródigo para compreensão da questão vem da decisão de soltura de um acusado que está preso judicialmente. Na hipótese em que um juiz determina a liberdade de um acusado, também não se produz um efeito prático imediato que coloca o réu em liberdade. Existe um longo protocolo a ser seguido. Apesar da decisão de soltura, o acusado retorna no camburão para a prisão para recolher seus pertences e passar por um procedimento para verificar se ele não estaria preso por um outro crime. Este procedimento leva sempre algumas horas e o acusado não deve supor que está em liberdade imediatamente após a decisão judicial. Caso o acusado não respeite este procedimento e tente simplesmente se evadir, estará caracterizada uma tentativa de fuga e poderá ser novamente determinada a prisão judicial.

Tampouco está certa a crítica de que Moro teria feito vazamentos ilegais ou cometido o crime de violação de sigilo. Teria ocorrido vazamento ilegal se Moro tivesse informalmente comentado o teor da escuta com a imprensa ou liberado os áudios enquanto o caso corria em segredo de justiça, cometeria crime. Não foi este o caso. O fim das interceptações e do sigilo foi decidido pelo próprio juiz Moro em atenção a pedido do MPF. O artigo 10 da Lei n. 9.296/96 se refere a crime quando houver a quebra “de segredo da justiça, sem autorização judicial”. Ora, a própria lei deixa claro que um juiz pode autorizar a divulgação destas informações diante do manifesto interesse público como fez o Moro.

A divulgação de informações sigilosas por decisão judicial, aliás, tem sido o procedimento adotado ao longo da operação Lava Jato até aqui –

não apenas por Moro, mas também pelo ministro Teori Zavascki no Supremo. Por exemplo, o teor da delação premiada do senador petista Delcídio do Amaral foi divulgado imediatamente após sua homologação. Isto foi possível porque o Supremo retirou o sigilo do procedimento, tornando-o amplamente público. Moro adotou idêntico procedimento.

Há outras críticas improcedentes. O recém-empossado ministro da Justiça, Eugênio Aragão, alegou que a conversa entre Lula e Dilma seria um exemplo típico de encontro fortuito de prova contra uma autoridade com foro por prerrogativa de função. Por isso, Moro deveria enviar o procedimento ao STF com o sigilo mantido.

Há dois problemas com esse raciocínio. Primeiro, ele parte da premissa de que a presidente da República teria, de fato, cometido um crime de responsabilidade, do qual a conversa telefônica seria uma prova fortuitamente encontrada. Mas não se pode logicamente defender o sigilo pelo encontro da prova de crime e, simultaneamente, defender a inexistência de prova do crime.

Na verdade, o segredo sobre a prova fortuita poderia ser mantido para que se aprofundasse a investigação contra a autoridade, se fosse este o entendimento do magistrado. Mas essa decisão se dá a partir da necessidade investigativa, e não para proteger a autoridade investigada. Por esta ótica, a publicidade foi até benéfica para a presidente da república que pôde se reunir com seus ministros e um advogado na mesma noite, alinhavando uma versão em defesa de seu ato.

Pelo raciocínio da prova fortuita, em tese, Moro poderia até ser criticado pelo MPF por ter ajudado a defesa da presidente. Contudo, o próprio Procurador-Geral da República tinha autorizado a publicidade e não viu qualquer ilegalidade na escuta. Como não houve ato íntimo da presidente, nem prejuízo para a investigação ou dolo de beneficiar o investigado, Moro não praticou crime.

O segundo ponto se deve ao acaso e à sorte do magistrado. Moro já havia decidido a questão anteriormente, quando ainda não tinha ocorrido a chamada telefônica de Dilma para tratar do termo de posse com Lula. Já havia mandado encerrar as escutas. Se não sabia de antemão que a gravação com Dilma viria após sua decisão, não pode ter havido intenção deliberada de prejudicar a presidente da República, porque a decisão já tinha sido proferida duas horas antes da ligação. A não ser que Moro fosse um vidente. O magistrado não é infalível, mas, neste caso, não cometeu os erros processuais que lhe atribuem.

O caso chegará, em breve, ao Supremo e, conforme o próprio Moro registrou em despacho de 17.03.16, caberá ao tribunal analisar a legalidade do procedimento investigativo relativo ao ex-presidente Lula e a validade da escuta quanto à presidente Dilma. Caso o Supremo siga sua jurisprudência e os procedimentos de praxe adotados até aqui, deverá considerar válida a escuta telefônica, inclusive quanto ao eventual encontro fortuito de prova contra a presidente da república.

Não há ilegalidade na gravação após a decisão de término das interceptações telefônicas, nem na determinação de dar publicidade à conversa entre Lula e Dilma. Moro, como qualquer juiz, pode errar. Mas não foi desta vez. O Supremo não embarcou até agora em fantasias garantistas radicais ou teorias da conspiração no exame da operação lava-jato. A sobriedade tem sido a regra. Não se espera que a corte mude agora as regras do jogo sobre a interceptação telefônica após 20 anos de legislação, praxe e jurisprudência sobre o assunto.

ZAVASCKI E JANOT REAGEM À CRISE NA JUSTIÇA: DÁ PRA CONSERTAR?

Daniel Vargas
23 | 03 | 2016

Se a imparcialidade do árbitro é questionada, as chances de sobrevivência da democracia são seriamente afetadas.

Duas medidas importantes foram tomadas pelo Supremo e pela Procuradoria-Geral da República ontem. Ministro Teori Zavascki não apenas retirou das mãos do juiz Moro, por ora, ações da Lava-Jato, mas fez-lhe críticas públicas na decisão. Quase ao mesmo tempo, o Procurador-Geral da República Rodrigo Janot divulgou nota aberta criticando o “messianismo” e o “voluntarismo” entre seus pares. O que significam estes gestos duros no topo do Ministério Público e do Judiciário?

Para quem só consegue ver uma disputa política novelizada entre amigos e adversários do PT, o governo pode ter ganho dois pontinhos na luta por sobrevivência. Pontos que talvez compensem a liminar igualmente dura do ministro Gilmar Mendes na sexta passada, que suspendeu a posse de Lula como ministro da Casa Civil e, com isso, anulou a “rainha” do xadrez governista.

Para quem enxerga uma crise democrática ganhando corpo e alma no Brasil, porém, a leitura é menos política, e mais institucional. Começou a cair a ficha, entre altas autoridades do Judiciário e do Ministério Público, de que eles são também parte do problema e não apenas da solução.

A decisão de Zavascki e a nota de Janot indicam preocupação crescente não apenas com o bom andamento de cada uma das engrenagens processuais da justiça, mas com a saúde do regime como um todo.

Na história política de um país, há uma grande diferença entre enxergar a floresta ou as árvores. Por um lado, uma democracia pode conviver e prosperar em meio a inúmeros atos de ilegalidade e de injustiça. Errar faz parte do jogo. Por outro, mesmo quando cada um dos atos tomados

por agentes públicos seja legal, uma democracia ainda assim pode ruir. Isso acontece quando o próprio árbitro das disputas perde a credibilidade.

A credibilidade da justiça é, com mais frequência, a última base para a sobrevivência de uma democracia. Enquanto a confiança no árbitro persistir, enquanto houver motivos para acreditar que, em meio a problemas, ainda existe um sistema de justiça capaz de corrigir os desvios de rota, haverá boas razões para se continuar o jogo democrático.

Mas, se a imparcialidade do árbitro é questionada, em especial a imagem do judiciário e do Supremo Tribunal Federal, as chances de sobrevivência da democracia são seriamente afetadas.

Nas últimas semanas, o país assistiu a uma série de decisões e de escolhas do Ministério Público e do Judiciário que, no conjunto da obra, têm cheiro de parcialidade, gosto de parcialidade, estilo de parcialidade, discurso de parcialidade. Foram escancaradamente parciais. E ainda que, cada uma (ou mesmo a maioria delas) possa ser considerada legal, no conjunto, sinalizam a tomada de um lado na disputa.

A consequência imediata para o jogo democrático, quando isso ocorre, é que o lado que perde na disputa da política e dos tribunais ganha motivos razoáveis para olhar para o placar e dizer: “eu não aceito o resultado”. Não aceito, porque o árbitro interferiu na disputa e direcionou a dinâmica política do país em rumo destrutivo.

Destrutivo, mas ainda reversível? Zavascki e Janot, cada um a seu modo, querem chamar a atenção de suas bases para o risco nacional de novos arroubos de “voluntarismo” ou “messianismo”. Querem preservar o que resta da imagem de imparcialidade do sistema de justiça no país. Inclusive porque sabem que, se no fim das contas o trem da democracia descarrilar de vez, a culpa também será sua. No mínimo, porque terão sido incapazes, como líderes institucionais, de conter os ânimos dos querelantes. No máximo, porque, na verdade, seu time era parte da briga.

Em que pese o mérito do alerta de Zavascki e Janot, é cedo para saber se a mensagem será eficaz. A verdade é que caminhamos, a passos largos, para um impasse profundo no Brasil, em que parte da sociedade brasileira, agora com argumentos renovados, começa a gritar: “é golpe”. Se o desfecho trágico se concretizar, os últimos resquícios de razão e de diálogo poderão ceder de vez o espaço para a animosidade e as emoções violentas. Neste momento, já não adiantará mais chamar a Justiça.

PUBLICIDADE E PRIVACIDADE NA LAVA JATO

Ivar A. Hartmann
31 | 03 | 2016

Moro divulgou mais provas do que deveria e errou ao assumir que a decisão não cabia ao Supremo. Mas o princípio que utilizou é essencial: o ponto de equilíbrio entre publicidade e privacidade não é o mesmo para cidadãos comuns e figuras públicas.

Quais partes de um processo criminal devem ser divulgadas? Quais devem ser mantidas em segredo? São questões fundamentais, mas subestimadas no direito brasileiro. Até a divulgação da conversa entre Lula e Dilma, cuja legalidade será enfrentada pelo Supremo nessa quinta, o tema também não recebia a atenção que merece na Lava Jato. O momento é propício para discutir alguns problemas e tomar cuidado para não corrigir o que não está errado.

É útil começar com uma distinção praticamente ignorada: as investigações e os processos judiciais podem estar sob ao menos três *status* diferentes. Em um extremo, o segredo de justiça. Tudo, inclusive os nomes dos envolvidos, é sigiloso. No meio do caminho está o status mais comum. O processo é público, incluindo nomes de réus, petições, provas juntadas ao processo, decisões etc. Mas comunicações privadas que foram obtidas por quebra de sigilo e servem como prova são mantidas em segredo. Apenas as autoridades, advogados e as partes podem consultar. No outro extremo está o status de total publicidade. Nesses casos, até as comunicações privadas são tomadas públicas.

Os extremos devem ser a exceção, por óbvio. Mas, infelizmente, há muito mais casos sob segredo de justiça no Brasil do que seria republicano. Especialmente quando se trata de políticos em cargos mais altos e mesmo quando sequer existem comunicações privadas juntadas ao processo como prova. Isso se repete no Supremo. A questão é particularmente preocupante devido à impossibilidade de se obter dados para traçar

um perfil dos casos sigilosos, crimes mais comuns, duração média etc. Em outras palavras: sequer temos noção do tamanho do problema.

No outro extremo está o padrão adotado pelo juiz Sérgio Moro na Lava Jato. Ele diz que todo o conteúdo dos grampos deve ser público, com exceção de “diálogos de conteúdo pessoal”. A lei determina que todo o conteúdo de grampos deve ser sigiloso, com exceção dos trechos que configurem prova relevante.

E as conversas que não são íntimas e também não configuram prova relevante? É o caso do diálogo da esposa de Lula com o filho, criticando os painéis. Ou aquele do prefeito do Rio de Janeiro, Eduardo Paes, com Lula, fazendo troça de pobres e de diversas cidades cariocas. Pela lei, isso não pode ser divulgado. Mas Moro divulga mesmo assim. Essa contradição é apontada com pertinência pelo ex-ministro do Supremo Nelson Jobim.

Em razão do impacto da divulgação das conversas de Lula, existe hoje o risco de errar para o outro lado. Moro divulgou mais provas do que deveria e errou ao assumir que a decisão não cabia ao Supremo. Mas o princípio que utilizou é essencial em uma democracia e deve continuar a guiar decisões sobre divulgação de prova na Lava Jato: o ponto de equilíbrio entre publicidade e privacidade não é o mesmo para cidadãos comuns e figuras públicas. Especialmente quando se trata de funcionários públicos, atuais ou antigos detentores de cargos de alta hierarquia, é preciso mais transparência. Não podem pedir um sigilo absoluto.

A outra questão pertinente para o julgamento dessa quinta sobre as provas na investigação de Lula é a logística. Não há especificações suficientes na lei para uma série de escolhas que parecem meramente regimentais, mas impactam de forma decisiva a publicidade e o sigilo. Alguns tribunais optam por reverter a publicidade dos julgamentos e remover todas as pessoas da sessão quando há escutas no processo. Tratam o processo como se estivesse sob segredo de justiça. A opção correta seria esvaziar a sala apenas se e quando o conteúdo das gravações fosse lido.

Moro também comete um equívoco. Deixa que a polícia federal junte provas – inclusive gravações – que são tornadas públicas sem que ele as analise antes. Tanto a conversa entre Lula e Dilma quanto a lista de beneficiários da Odebrecht foram publicadas sem avaliação prévia. Era necessário que o Supremo avaliasse antes a possibilidade de publicação dessas provas. Envolvem pessoas com foro privilegiado, que não podem ser julgadas por Moro. A liminar do Min. Zavascki nesse sentido veio em boa hora.

Merece mais atenção também a caracterização das provas encontradas durante a investigação. O sigilo é o padrão para comunicações pessoais – demais documentos são, em princípio, públicos. Mas, muitas vezes, polícia, Ministério Público e magistrados agem como se grampos fossem o único tipo possível de comunicações pessoais. Se a lista da Odebrecht fosse uma planilha anexada a um e-mail e posteriormente enviada para a imprensa, deveria ser tratada da mesma forma que uma ligação telefônica. É o que diz a Constituição.

As decisões sobre publicidade e privacidade na condução da Lava Jato, assim como em muitos outros processos, precisam de uma correção de rota. Deve-se evitar, é claro, exagerar na dose do remédio. O sigilo ainda deve ter limites e o saldo até aqui ainda é positivo: finalmente jogamos luz sobre provas relevantes de práticas que os brasileiros sempre suspeitaram existir.

TOFFOLI, PAULO BERNARDO E A OPINIÃO PÚBLICA

Diego Werneck Arguelhes
30 | 06 | 2016

A decisão de Toffoli é um indicador do quanto o olhar mais crítico do público já pode ter transformado as audiências que os ministros têm em mente quando constroem seus votos.

Nesta quarta, o ministro Dias Toffoli revogou a prisão cautelar de Paulo Bernardo. A prisão cautelar havia sido decretada por “não ter sido localizada expressiva quantia em dinheiro desviada dos cofres públicos”, representando “risco evidente às próprias contas do País, que enfrenta grave crise financeira”. Horas depois, Toffoli estendeu a decisão ao empresário Dércio Guedes de Souza, até então preso em situação semelhante.

A decisão de Toffoli admite duas leituras.

A primeira é técnica, para uma audiência restrita. Toffoli observa que o juiz de 1ª instância não indicou fatos que “demonstrem, concretamente, em que consiste o perigo para o regular desenvolvimento da investigação ou da instrução e a sua vinculação a um comportamento do imputado, uma vez que não pode se basear em mera conjectura ou suspeita”. Advogados reconhecerão aqui um tipo familiar de diálogo entre instâncias judiciais: o juiz do caso enxerga perigo em manter o investigado solto, mas o juiz de cima não está convencido da necessidade dessa medida excepcional.

A leitura técnica, porém, é insuficiente. Não explica a inclusão deste parágrafo na decisão:

“Aliás, nem mesmo no curso da AP nº 470, vulgarmente conhecida como o caso “mensalão”, conduzida com exatidão pelo então ministro Joaquim Barbosa, houve a decretação de prisões provisórias, e todos os réus ao final condenados estão cumprindo ou já cumpriram as penas fixadas.”

Aqui, a preocupação vai além do direito. O que está em jogo é uma estratégia de comunicação. Com essa fundamentação, Toffoli está falando

para além dos autos. Está se dirigindo diretamente à opinião pública, usando um episódio importante na memória nacional recente – o caso “Mensalão” – para indicar duas coisas.

Primeiro, que a liberdade dos acusados hoje não levará necessariamente a decisões absolutórias amanhã. A mensagem de Toffoli é clara: não pensem que a revogação de uma prisão cautelar agora é sinal de impunidade futura.

Segundo, talvez mais implicitamente, Toffoli pode estar dialogando com possíveis leituras politizadas de sua decisão. A trajetória profissional do ministro se construiu em larga medida junto ao Partido dos Trabalhadores; e o impetrante do *habeas corpus*, Paulo Bernardo, é ligado ao partido. Aqui, a lembrança do Mensalão – e o próprio elogio à atuação do relator do caso, ministro Joaquim Barbosa – pode aparecer como antídoto contra essas suspeitas. Naquele caso, Toffoli chegou a votar pela condenação de alguns dos integrantes do “núcleo político” do Mensalão – incluindo o ex-deputado e presidente do PT, José Genoíno.

Tanto na mensagem expressa quanto na potencial mensagem implícita, o Mensalão não é citado como precedente em sentido estrito. Não é invocado para justificar este ou aquele resultado, mas para apaziguar temores. Surge como um exemplo público, uma memória compartilhada, de que o comportamento do ministro hoje não pode ser explicado apenas em função de sua atividade partidária no passado – nem pode o futuro do processo ser determinado por uma revogação de prisão cautelar no presente. Uma possível tentativa de minimizar preocupações e críticas que certamente surgirão com sua decisão, dos membros do Ministério Público à sociedade brasileira em geral.

Nessa parte, a decisão de Toffoli é expressão de mais estratégia de comunicação do que de técnica jurídica. Nada garante que essa estratégia será de fato eficaz em modular a percepção pública dessa decisão em tempos de polarização. Mas, bem-sucedida ou não, ela pode expressar uma tendência.

O Supremo insiste, em suas decisões, que “clamor popular” não é justificativa para manutenção de prisão preventiva. Nem por isso, porém, seus ministros são indiferentes a como suas decisões serão percebidas pela população. A decisão de Toffoli é apenas mais um indicador do quanto o olhar mais crítico do público já pode ter transformado as audiências que os ministros têm em mente quando constroem seus votos – especialmente nos casos em que já sabem, de antemão, que a reação à decisão geral será negativa.

O QUE SIGNIFICA A VOLTA DE LEWANDOWSKI PARA A LAVA JATO?

Ivar A. Hartmann
28 | 10 | 2016

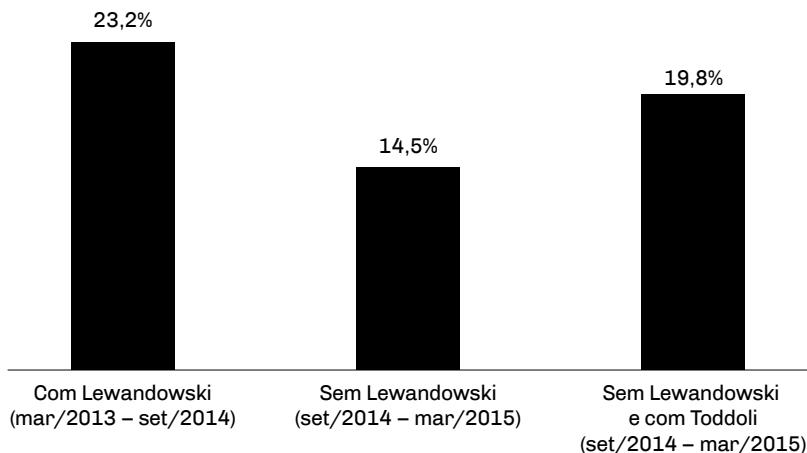
O decisivo é conseguir passar da barreira da decisão monocrática e levar o habeas corpus para a Segunda Turma. Os dados mostram que o colegiado é uma chance melhor de salvação.

A volta do ministro Ricardo Lewandowski à Segunda Turma do Supremo está gerando especulação sobre os rumos da Lava Jato. Com a chegada do ex-presidente do tribunal à turma responsável por rever as decisões da Lava Jato, há expectativa de que os investigados e réus sejam beneficiados. Mas o que os dados dizem sobre o perfil de Lewandowski em questões criminais?

Ele estava na Segunda Turma antes de assumir a Presidência em setembro de 2014. Um primeiro teste possível da hipótese de que os réus da Lava Jato serão beneficiados é verificar como o órgão colegiado da Turma decidia antes da saída de Lewandowski e como passou a decidir depois. Nesse caso, o órgão permaneceu com apenas 4 ministros durante 6 meses. Isso permite a comparação em condições melhores do que se o substituto houvesse entrado na Turma logo após a saída de Lewandowski.

Nesse caso, entretanto, a saída de Lewandowski da turma coincidiu com a aposentadoria do então presidente Joaquim Barbosa, fazendo com que a turma decidisse durante 6 meses com apenas 4 ministros. O ministro Toffoli posteriormente transferiu-se para a Segunda Turma, criando uma nova composição.

O que está em questão é como a turma passará a decidir em processos de direito criminal. Mais especificamente, a grande maioria dos pleitos dos réus da Lava Jato ao Supremo se dá no formato de habeas corpus. Pesquisa do projeto Supremo em Números, da FGV Direito Rio, selecionou, portanto, as decisões no período de um ano e meio após a saída de Lewandowski e, para efeitos de comparação, o período de um ano e meio antes da saída. Analisamos 2895 decisões colegiadas da Segunda Turma – todas aquelas sobre liminares, mérito ou recursos internos em *habeas corpus*.

Decisões Colegiadas Favoráveis em
HCs na 2ª Turma do STF

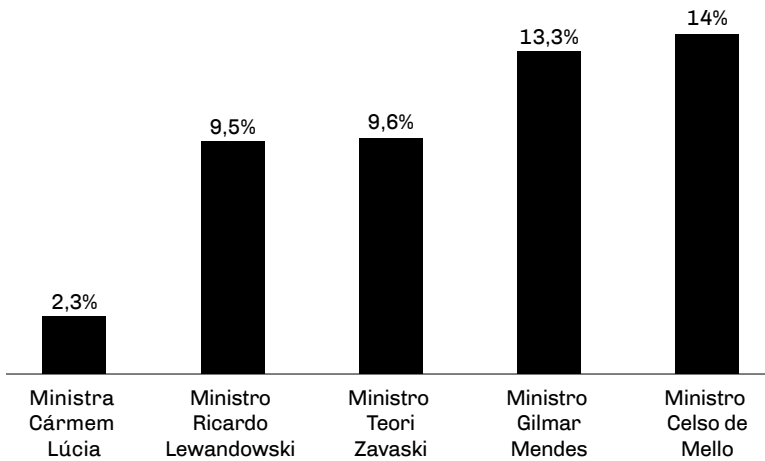
Os dados mostram que a Segunda Turma efetivamente era mais propensa a decidir em favor do réu em *habeas corpus* com Lewandowski na composição. A queda de decisões favoráveis é significativa: 38% ou 9 pontos percentuais. A diferença é ainda mais espantosa se considerarmos que no segundo período a turma contava com 4 ministros e o empate favorece o réu. Presumindo que existam questões jurídicas nas quais o posicionamento dos ministros produzia um placar de 3 a 2 com Lewandowski na maioria, essas questões continuariam gerando decisões favoráveis ao réu em razão do empate no período em que ele não estava mais no colegiado.

De qualquer forma, a chegada do ministro Toffoli mudou novamente o panorama para os réus. A taxa de decisões favoráveis quase voltou ao patamar anterior, próximo de 20%. É evidente que há diversos outros fatores que influenciam o resultado dos processos e que poderiam causar uma variação na taxa de sucesso de processos. Mas o levantamento isola uma única classe processual e três composições diferentes da Turma julgando milhares de *habeas corpus* dos mesmos ao longo de vários meses. É difícil encontrar outra explicação para a variação na taxa de sucesso.

Os dados sugerem uma guinada pró-acusação da Segunda Turma após a saída de Lewandowski – que poderia agora ser revertida com seu retorno. Isso se daria em razão de um perfil garantista do ministro, que acaba resultando em decisões favoráveis ao investigado ou réu com maior frequência. Testamos, portanto, as decisões monocráticas dos ministros

que faziam parte da Turma no primeiro período. Nem todos os HCs que chegam ao Supremo têm o privilégio de uma decisão colegiada. Isolamos apenas as decisões monocráticas nos processos que foram também decididos colegiadamente. Exemplo: um ministro decide sozinho sobre a liminar e submete o mérito do habeas à Turma.

Decisões Monocráticas Favoráveis no Habeas
Corpus levados ao colegiado da 2ª Turma
do STF entre mar/2013 e set/2014



Estranhamente, Lewandowski não era o ministro mais liberal da Segunda Turma antes de assumir a Presidência. Na verdade, nas decisões monocráticas era o segundo mais conservador. Por outro lado, a mais conservadora, a Min. Cármen Lúcia, é justamente aquela que deixou a turma agora.

De qualquer modo, nenhum dos ministros isoladamente decidia em favor do réu com tanta frequência quanto o colegiado. O Min. Celso de Mello produzia 14% de decisões favoráveis, ao passo que a Turma produzia 23%. Ocorre que nem todos os habeas chegam lá. Nesse período, 2612 deles obtiveram alguma decisão monocrática, mas apenas 1044 conseguiram ser decididos pelo colegiado.

Isso mostra que o verdadeiro trunfo dos investigados e réus da Lava Jato não é o retorno de Lewandowski. O que é decisivo é conseguir passar da barreira da decisão monocrática e levar o habeas corpus para a Segunda Turma. Os dados mostram que o colegiado é uma chance melhor de salvação.

O QUE OS DADOS DIZEM SOBRE AS 10 MEDIDAS?

Ivar A. Hartmann
22 | 11 | 2016

*Pior do que debates vazios são alterações
legislativas que atiram no escuro.*

Assinadas por milhões de brasileiros, as 10 medidas contra a corrupção propostas pelo Ministério Público Federal começam sua tramitação no Congresso dividindo grandes grupos. Existem defesas e críticas apaixonadas e contundentes das medidas, mas uma pergunta importante tem sido ignorada: o que dizem os dados? O que a realidade mostra sobre os diferentes contextos de processos criminais e de improbidade que seriam afetados pelas medidas?

Infelizmente as propostas de alteração legislativa no Brasil ocorrem quase sempre sustentadas em achismos e teorias – cujos autores sequer tentaram testar. Mesmo mudanças estruturais padecem dessa leviandade. Quando o legislador está considerando um projeto de lei, é preciso mais do que mera opinião ou posição política. A exposição de motivos das 10 Medidas contra a Corrupção, portanto, deveria fugir da tradição brasileira de propostas legislativas sem teste de realidade.

Algumas das propostas de fato estão ancoradas em estudos. Ao criticar os efeitos da sobrecarga dos recursos nos tribunais superiores, a exposição de motivos cita o relatório III Supremo em Números, que mediu a morosidade no Supremo e apontou gargalos – inclusive em processos criminais. Já o alerta para os obstáculos à punição da improbidade administrativa é embasado por dados do Relatório de Metas Nacionais do Poder Judiciário 2009-2013, como o levantamento de estoque de ações de improbidade não julgadas. Outro estudo do Conselho Nacional de Justiça é usado como fonte de dados da impunidade da corrupção no Brasil.

Mas sobram muitas afirmações genéricas e sem fundamentação sobre os supostos problemas que as 10 Medidas viriam a corrigir. A existência de “manobras recursais” dos réus, segundo a exposição de motivos, pode ser comprovadas por “simples consulta aos sítios eletrônicos de Tribunais de todo o Brasil”. Se a consulta é assim tão simples, por que não foi feita e os resultados apresentados? Uma das medidas visa proibir o uso de embargos de declaração para recorrer de decisão sobre outros embargos. A justificativa é que os embargos de declaração “não raro, servem a propósitos meramente protelatórios”. É então citado um caso do Supremo selecionado arbitrariamente. Não há nenhum dado para ancorar o qualificativo “não raro”, bem como nenhum esclarecimento do método que levou os autores a acreditar que o que aconteceu no AI 752.247 no Supremo se repete em outros casos. A exposição de motivos cita outros exemplos de casos isolados sem explicar porque seriam representativos do sistema inteiro e menciona a “simples pesquisa da tramitação das ações no Poder Judiciário” como prova de alegações sobre atraso no julgamento da improbidade administrativa.

Mais importante do que afirmar que a pesquisa é simples e dar a questão como resolvida é efetivamente realizar a pesquisa e mostrar os resultados. É a isso que se propõe um breve levantamento realizado pela equipe do projeto Supremo em Números da FGV Direito Rio. Usando bases de dados judiciais e métodos estatísticos censitários ou amostrais detalhados no relatório, procuramos testar se determinadas descrições do que ocorre nos processos criminais e de improbidade no país condizem com a realidade.

Os embargos sobre embargos, na verdade, não são prática reiterada dos advogados de defesa no Supremo. Em 106.449 processos criminais, entre 1988 e 2016, apenas 2% continham algum embargo. Os embargos sobre embargos ocorreram em 0,46% do total de processos criminais.

Outra medida proposta é que embargos infringentes deixem de ser possíveis, quando o voto vencido a favor do réu na apelação não era pela absolvição, mas apenas pela diminuição da pena, por exemplo. Analisamos 5 anos de apelações criminais no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, segundo maior do país. Em apenas 2,4% era possível o tipo de recurso que se pretende extinguir. Outras 0,42% das apelações foram decididas com voto vencido pela absolvição. Os casos que permitem o uso de embargos parecem ser escassos e, de qualquer modo, a taxa de sucesso dos infringentes opostos pelos réus é de 53,3%.

Os dados mostram que os embargos de declaração e embargos infringentes não têm volume necessário para reverter a impunidade no país.

Mas podem estar beneficiando seletivamente um determinado perfil de réu. Essa hipótese merece ser testada por um novo estudo.

Os dados, às vezes, desdizem as afirmações da exposição de motivos, mas, às vezes, as confirmam. Outra medida é o aumento da pena de determinados crimes relacionados à corrupção. Analisamos o impacto de uma alteração semelhante feita em 2013: a pena dos crimes de falso testemunho e falsa perícia foi aumentada 1 a 3 anos para 2 a 4 anos. Uma amostra representativa de processos desse tipo na justiça estadual do Rio de Janeiro antes e depois da alteração na lei mostrou que a pena média aplicada pelos juízes na primeira instância para esses crimes passou de 1,54 para 1,96 anos – cerca de 33% maior. Mais: a taxa de condenação aumentou de 29,4% para 50%. Isso pode ser devido a diminuição dos casos de prescrição, já que o aumento da pena mínima gera um aumento da pena utilizada para cálculo da prescrição após a condenação.

A medida que impõe o uso do recurso especial e do extraordinário ao mesmo tempo e não sucessivamente também poderia surtir efeito. Levantamos todos os recursos desse tipo e respectivos agravos, em matéria criminal, que ingressaram no Supremo e STJ a partir de 2014. 46,7% daqueles que entraram no Supremo tinham um equivalente no STJ, oriundo do mesmo processo na segunda instância. Entre a chegada no STJ e no Supremo se passam em média 295 dias. Se nesses processos a tramitação nos dois tribunais superiores fosse paralela e não sucessiva, esses 295 dias seriam poupados do tempo total de vida dos processos.

Diferentemente de opiniões e achismos, os dados são neutros. As escolhas valorativas feitas a partir desses dados obviamente não o são – mas isso é um argumento para que as evidências científicas sejam mais conhecidas e disseminadas e não menos. Tanto aqueles que defendem, quanto aqueles que criticam as 10 Medidas podem melhor embasar seus argumentos a partir da pesquisa empírica. O debate desconectado da realidade é vazio. Os estudos de impacto são ainda mais importantes quando o país discute mudanças decisivas na lei. Pior do que debates vazios são alterações legislativas que atiram no escuro.

DELAÇÃO PREMIADA DA ODEBRECHT: O QUE VEM PELA FRENTE

Andre Mendes
25 | 11 | 2016

*Colaboração premiada não pode ser “seleção premiada”.
Quais políticos ficarão de dentro e de fora dessa
gigantesca negociação processual penal?*

Mais de 70 executivos da maior empreiteira do país assinam acordos de colaboração premiada no âmbito da Lava-Jato. Inclusive o ex-presidente, Marcelo Odebrecht. É uma etapa fundamental. Para chegar a esse ponto, um longo caminho foi percorrido há nove meses: reuniões preliminares sobre as informações que seriam prestadas pelos colaboradores; assinatura de termo de confidencialidade; formulação e entrega dos anexos que contém documentos probatórios; negociação dos benefícios penais aos colaboradores, como redução de pena futura, por exemplo.

Quais são os próximos passos?

Os executivos prestarão depoimentos ao Ministério Público Federal (MPF). Isso vai tomar tempo. Um ano? Talvez. Com centenas de políticos com foro privilegiado implicados, as declarações e documentos serão remetidos ao Procurador-Geral da República. Rodrigo Janot então apresentará proposta de homologação do acordo de colaboração no Supremo Tribunal Federal (STF). Caberá ao ministro Teori Zavascki homologar o acordo. Verificando sua voluntariedade, legalidade e regularidade, ele poderá homologá-lo por completo, recusá-lo ou adequá-lo. Com a homologação, o MPF pedirá a abertura de inquéritos policiais, sendo que nem todos tramitarão no STF.

E daí? Quais são algumas das consequências das assinaturas desse caminho de delações e futuros desdobramentos em inquéritos e processos penais?

Em primeiro lugar, o dispositivo jurídico da colaboração premiada vai se consolidando no novo ambiente do processo penal, caracterizado por

um modelo de justiça negocial. É uma tendência no mundo. Mas não se pode cair na ilusão fácil de sua pretensa eficácia. Em 2003, no bojo do Caso Banestado, Alberto Youssef assinou o primeiro acordo de colaboração premiada da história do Brasil com cláusula de compromisso de não mais praticar crimes. O que aconteceu? Praticou crimes novamente. Por isso, é importante seguir discutindo os limites da delação.

Em segundo lugar, é preciso estar atento aos vazamentos de depoimentos e documentos. Temos afirmado que a Lava-Jato tem se caracterizado por uma verdadeira batalha de comunicação. A divulgação de informação imprecisa, seletiva e assimétrica decorrente de vazamentos faz com que o público em geral veja a imagem do quebra-cabeça sem todas as peças. É preciso estar atento a quem interessa vaziar informações.

Em terceiro lugar, haverá impacto em eleições futuras. Inclusive nos estados. Colaboração premiada não pode ser “seleção premiada”. Quais políticos ficarão de dentro e de fora dessa gigantesca negociação processual penal? Mais de uma centena de políticos de diversos grandes partidos estarão presentes em potenciais futuros processos penais decorrentes das delações. A Lava-Jato tem tido o mérito de descortinar práticas espúrias de financiamento do sistema político-partidário. Com a colaboração dos executivos da Odebrecht, terá chegado a hora de políticos do PSDB?

Em quarto lugar, a colaboração do grupo Odebrecht tem sido chamada de a “delação do fim do mundo”. Não é. Não pode ser. Ela se refere a tempo determinado. Não ao passado. A empresa existe há 72 anos. Já imaginou? Tampouco se refere ao futuro. O compromisso de boas práticas é uma expectativa, não certeza. A crença na punição penal como fonte de resolução definitiva de conflitos é duvidosa. A punição penal não transforma a sociedade do consumo, do vale-tudo por dinheiro, da ganância por poder político, do compadrio e do conchavo. Ela tem seu papel, é certo. Mas é preciso estarmos atentos a outras formas de controle e combate à corrupção. Enquanto isso, sigamos com a assinatura da delação e aguardemos seu efeito promissor de expor verdades, ainda que não tenhamos a imagem do quebra-cabeça com todas as peças.

ARTICULISTAS

ANDRE BOGOSSIAN Master of Laws pela Harvard Law School. Mestre em Direito pela PUC-Rio.

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.

ARTHUR LARDOSA Bacharel em Direito pela FGV Direito Rio.

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 Diretora de pesquisa da Defensoria Pública do RJ e professora de Direito Penal.

DANIEL CHADA Doutor em Behavior and Decision Science pela FGV e Mestre em Administração pela FGV. Engenheiro-chefe do projeto Supremo em Números da FGV Direito Rio.

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.

DANILO DOS SANTOS ALMEIDA Doutor em Direito pela PUC-Rio.

DIEGO WERNECK ARGUELHES Doutor em Direito e Master of Laws (LL.M.) pela Yale University (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 JORDÃO Doutor em Direito Público pelas Universidades de Paris (Panthéon-Sorbonne) e de Roma (Sapienza), em co-tutela. Master of Laws (LL.M) pela London School of Economics and Political Science (LSE). Mestre em Direito Econômico pela USP. Bacharel em Direito pela UFBA. Professor da FGV Direito Rio.

EDUARDO MUYLEAERT 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.

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.

JULIA WAND-DEL-REY CANI Mestre em Direito pela Faculdade Nacional de Direito, ex-pesquisadora bolsista do CNJ Acadêmico. Pesquisadora da FGV Direito Rio.

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.

LUIZ FERNANDO GOMES ESTEVES Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito no Cefet-RJ (Campus Valença). Pesquisador bolsista na FGV Direito Rio.

LUIZ GUILHERME MIGLIORA – Especialista pela Harvard Law School. Bacharel em Direito pela UERJ. Professor da FGV Direito Rio.

LUIZA LOUZADA Doutoranda em Saúde Coletiva pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Mestre em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense. Pesquisadora do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV Direito Rio.

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.

NELSON EIZIRIK Mestre em Direito pela PUC-RJ. Bacharel em Direito pela UFRGS. Professor 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.

PEDRO FORTES Doutor em Direito pela University of Oxford. Mestre em Direito pela Harvard University e pela Stanford University. Professor da FGV Direito Rio.

RACHEL HERDY Doutora em Sociologia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Professora da Faculdade Nacional de Direito.

RAFAEL DE FILIPPIS Advogado associado do escritório Veirano Advogados. Bacharel em Direito pela PUC-RJ.

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.

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.

THIAGO BOTTINO Pós-Doutor pela Columbia Law School. Doutor e Mestre em Direito pela PUC-Rio. Bacharel em Direito pela Uni-Rio. Professor 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.



Grupo
Editorial
LETRAMENTO

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal esteve mais do que nunca no centro da política nacional. Do rito de *impeachment* de Dilma Rousseff até as reformas constitucionais do governo Temer, passando pela Operação Lava Jato, todas as disputas judiciais e políticas que dividiram o país tiveram, de alguma forma, a participação do Supremo. Desde 2002, qualquer um pode sintonizar nas sessões da TV Justiça e acompanhar os votos, argumentos e discussões dos ministros no plenário. Mas essa transparência é insuficiente. Há imagens públicas, há informação, mas ainda falta tradução e análise sobre o comportamento do tribunal. Quais os casos que o tribunal deveria ter decidido, mas não o fez? Quais as implicações políticas de um pedido de vista, de uma mudança de pauta, ou de uma decisão individual liminar? E, fora do tribunal, como as estratégias de diferentes atores têm moldado a pauta e as decisões do Supremo? Quais os efeitos políticos mais amplos de uma mudança aparentemente pequena no regimento interno do tribunal? Quais os outros fatores e preocupações – políticas, sociais, econômicas – estão por trás dos argumentos constitucionais feitos no Supremo Tribunal Federal? Este livro reúne um ano de análises sobre essas questões. Além de um diário crítico dos principais problemas, temas e impasses dentro do Supremo – ou orbitando o tribunal, na Praça dos Três Poderes – ao longo do ano de 2016, reflete também um esforço coletivo de repensar e aperfeiçoar o funcionamento das nossas principais instituições constitucionais.



ISBN: 978-85-9530-007-1

