



Retrospectiva 2015: Crise testou o respeito à Constituição Federal



PARTE I

*(Clique [aqui](#) para ler a segunda parte deste texto)

A RAZÃO E AS PAIXÕES

1. A vitória das instituições

Foi um ano difícil para todo mundo, na política, na economia, nos tribunais e na sociedade. Todos dominados pela sensação melancólica de que a vida ficou pior e mais confusa, com litígios em todos os níveis. Crises são o grande teste para a Constituição e para as instituições que ela cria. Constituições e instituições existem para nos proteger de vendavais, tempestades e enchentes. Todas as democracias estão sujeitas a intempéries. O que diferencia as grandes nações das republiquetas é o modo como lidam com os infortúnios inevitáveis. Sob esse aspecto, por paradoxal que pareça, foi um ano de grande sucesso. Em outras épocas, tentações golpistas, messiânicas e populistas já teriam aflorado, e a legalidade constitucional teria sucumbido. Isso já não acontece mais! Varremos os aventureiros desastrados para a margem da história. A crise assustadora que nos assombrou em 2015 encontrou um país que amadureceu e superou diversos ciclos do atraso institucional. Na vida sempre há o que comemorar.

É verdade que a economia desandou e a política nos desagregou. Porém, demos o primeiro passo para mudar o patamar ético do país. E o primeiro passo para curar qualquer doença é o diagnóstico certo. Uma combinação lamentável entre mediocridade, esperteza e desrespeito às normas éticas e jurídicas nos trouxe até aqui. Estamos infelizes com o que somos e queremos mudar. É um bom começo, mas não é fácil. Todos acham que quem precisa mudar são os outros. Por isso, continuam a cobrar preços diferentes com nota ou sem nota, colocam valores subfaturados nos imóveis que vendem, deixam os filhos dirigirem sem carteira antes da idade legal e não assinam a carteira da empregada doméstica. Nos debates públicos, não apresentam ideias ou argumentos, mas insultos e provocações. Pior: quando chegam nos cargos de poder, tornam-se as pessoas contra quem nos advertiam. Precisamos mudar na ética pública e na ética privada. Precisamos melhorar como sociedade, como povo, como projeto civilizatório. A verdadeira transformação virá quando introjetarmos um dos melhores *insights* do grande libertador pacifista que foi Mahatma Ghandi: “Seja você a mudança que deseja para o mundo”.

2. Judicialização sem ativismo

Para entender a atuação do Supremo Tribunal Federal no Brasil dos últimos anos, é imperativo compreender a distinção que existe entre judicialização e ativismo judicial. *Judicialização* significa que algumas das grandes questões sociais, políticas e morais da sociedade estão tendo o seu último capítulo (às vezes, até o primeiro) de discussão perante os tribunais. É um fenômeno mundial, em alguma medida, e que no Brasil é potencializado por duas circunstâncias: (i) uma constitucionalização



abrangente e (ii) um sistema de controle de constitucionalidade que permite que quase todas as questões constitucionais sejam levadas ao Judiciário. De fato, constitucionalizar uma matéria significa, de certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o Direito. E a Constituição brasileira assim fez, ao cuidar dos temas mais variados com grande grau de detalhamento. Além disso, um longo elenco de legitimados pode propor ações diretas perante o STF para discutir praticamente qualquer questão. E o Tribunal não pode negar jurisdição e recusar-se a apreciar o processo. Sem surpresa, a vida brasileira se judicializou de fora a fora, do *impeachment* à importação de pneus. A judicialização, portanto, é um *fato*, decorrente do arranjo institucional brasileiro. Quase tudo pode ser judicializado.

Porém, a despeito da judicialização ampla, o STF, como regra geral, não é ativista, mas autocontido. As pessoas nem sempre percebem, mas na grande maioria dos casos, embora a matéria chegue à Corte, ela mantém a decisão política do Legislativo ou do Executivo. Foi assim com pesquisas com células-tronco embrionárias, cotas raciais ou a Lei da Copa, em que se preservou a validade da lei editada; foi assim, igualmente, com a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, quando se validou a portaria do ministro da Justiça, homologada pelo Presidente. A compreensão desta distinção entre judicialização e ativismo, que nem é tão sutil, é indispensável para interpretar adequadamente o que se passa no Brasil.

3. A razão serena

Fizemos muito progresso nesses 30 anos de poder civil e democracia. Mas o terceiro-mundismo e o subdesenvolvimento ainda cobram o seu preço. Um deles se materializa na seguinte atitude: se a lei atender ao meu interesse, ela deve ser cumprida adequadamente e quem a aplica é bom. Se a lei não atender ao meu interesse, ela não precisa ser cumprida e quem a aplica é mau. Ainda precisamos de algum tempo para superar este *déficit* civilizatório e espiritual. Em meio à turbulência das paixões políticas e desatinos verbais que elas deflagram, o Supremo Tribunal Federal contribuiu para manter o domínio da razão e da serenidade.

Quem defendia o *impeachment* queria que o Tribunal mudasse as regras fixadas em 1992, de modo a facilitar a destituição da presidente. Quem defendia a permanência da presidente desejava que o Tribunal criasse novas dificuldades, para inviabilizar o afastamento da presidente. A maioria expressiva dos ministros, no entanto, optou por seguir à risca, sem desviar um milímetro, a jurisprudência e os ritos que valeram para o *impeachment* do presidente Collor. E devolveu o assunto para a política. Regras claras, estáveis e definidas anteriormente aos fatos são componentes essenciais da segurança jurídica e do Estado Democrático de Direito. Sempre lembrando que a Constituição e as leis existem, sobretudo, para proteger os adversários.

Há mais de uma década escrevo esta retrospectiva acerca do ano no direito constitucional e no Supremo Tribunal Federal. A deste ano foi elaborada com a colaboração valiosa de Aline Osório, uma das alunas mais brilhantes que tive ao longo dos anos, e que trabalha como minha assessora no Tribunal. Dividimos o texto em duas partes. A Parte I traz uma reflexão sobre dois temas que assinalaram a atuação do STF este ano: as interações com outros Poderes e a proteção dos direitos fundamentais. A Parte II contém a seleção de alguns dos principais casos julgados pelo Tribunal em 2015, com um breve resumo da hipótese e do que foi decidido. Elas podem ser lidas autonomamente.

Parte I

O STF entre a pauta “quantitativa” e a “qualitativa”



O Supremo Tribunal Federal recebe e julga milhares de processos por ano. Em 2015, os 11 ministros da Corte receberam 93 mil novos processos^[1] e proferiram pouco mais de 116 mil decisões, sendo cerca de 98,3 mil monocráticas e 17,7 mil colegiadas^[2]. Destas, aproximadamente 96,6 mil decisões (84%) se deram no exercício de competência recursal. Os números demonstram que, do ponto de vista estatístico, o STF é um tribunal recursal e monocrático^[3]. Boa parte do tempo e dos recursos escassos dos ministros e de seus gabinetes é gasta para lidar com o “volume”, e isso com pouco proveito para o sistema, já que há dados que indicam que 94,6% das decisões em recursos extraordinários, agravos de instrumento e agravos em recursos extraordinários mantêm as decisões proferidas pelas instâncias inferiores^[4]. Apesar de todo o esforço, a Corte ainda possui um acervo de 54,4 mil processos^[5].

Por trás desta expressiva judicialização “quantitativa”, esconde-se uma judicialização “qualitativa”, relativa ao julgamento dos casos de maior relevância jurídica, moral, política, econômica e social para o país. É esta última que ganha as páginas dos jornais, que toma conta do debate público e que vira assunto nas redes sociais. É sobre ela que tratará a presente retrospectiva, que, com inevitável dose de subjetividade, apresentará a seleção das decisões mais importantes do ano do Supremo Tribunal Federal, acompanhada de breve comentário geral e de resumo delas.

Em um ano de grandes decisões, a pauta “qualitativa” do STF foi marcada por duas temáticas principais. De um lado, por intensas interações — e, por vezes, tensões — com as instâncias representativas tradicionais, em especial o Poder Legislativo. De outro, pela proteção de direitos fundamentais, com destaque para a tentativa de equacionar a crise do sistema prisional e tutelar os direitos das pessoas encarceradas.

I.1) O STF e interações com os demais Poderes

Em relação à primeira temática, o Supremo Tribunal Federal foi instado, com maior frequência, a ocupar a posição de árbitro dos conflitos entre os Poderes Executivo e Legislativo e entre as diferentes correntes partidárias^[6]. Este aumento de “demanda” resultou, em especial, de uma reorganização de forças no quadro político nacional. Neste ano, a fragilidade da Presidente Dilma Rousseff e a ausência de uma sólida base de sustentação do governo foram responsáveis pela desestruturação do modelo de presidencialismo de coalizão^[7]. Sem ampla maioria parlamentar, o Executivo enfrentou dificuldades para governar e os conflitos com o Legislativo tornaram-se mais acirrados. Tal cenário conferiu ao Congresso Nacional um protagonismo e possibilidade de controle da agenda política sem precedentes no pós-Constituição de 1988.

Ao longo de 2015, a Câmara dos Deputados e o Senado foram palco de intensas disputas em meio à crise econômica e à necessidade de promover o ajuste fiscal; aos escândalos de corrupção que vieram à tona com a operação Lava Jato; e à imposição de uma pauta conservadora. Em matéria de direitos fundamentais, por exemplo, estiveram em discussão (i) a redução da maioria penal (PEC 171/1993, já aprovada na Câmara), (ii) o estatuto da família, que define família como a união entre homem e mulher (PL 6.583/2013, também já aprovado na Câmara), (iii) a criação de entraves a novas demarcações indígenas a partir da transferência de competência para o Congresso (PEC 215/2000, aprovada por comissão especial na Câmara), (iv) o restabelecimento do financiamento empresarial de campanhas (PEC 182/2007) e (v) a ampliação da terceirização (PL 4330/2004, aprovada pelo Plenário da Câmara), entre muitas outras. Todas essas proposições normativas ganharam grande cobertura na mídia e nas discussões na sociedade e evidenciam o aumento da influência do Legislativo na vida



nacional.

Porém, o maior espaço ocupado pelo parlamento no debate público não foi acompanhado de uma retração do papel do STF no equacionamento das grandes controvérsias. Muito pelo contrário, a Corte foi constantemente chamada a arbitrar as disputas internas e externas do Congresso, muitas vezes por iniciativa dos próprios atores políticos. A título exemplificativo, foi assim com a tentativa de suspensão da tramitação da PEC que reduz a maioria penal (**MS 33.697**, Rel. Min. Celso de Mello) e do projeto de lei sobre terceirização (**MS 33.557**, Rel. Min. Gilmar Mendes). O mesmo ocorreu com o questionamento da votação das contas presidenciais em sessão separada pela Câmara dos Deputados (**MS 33.729**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso), com as impugnações ao relator de procedimento contra o Presidente da Câmara perante o Conselho de Ética (**MS 33.927**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso; e **MS 33.942**, Rel. Min. Rosa Weber), e com o questionamento da natureza secreta da deliberação sobre a ordem de prisão do Senador Delcídio do Amaral (**MS 33.908**, Rel. Min. Edson Fachin).

De forma ainda mais acentuada, as forças políticas judicializaram diversas etapas do rito do processo de *impeachment* perante a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, incluindo (i) a possibilidade de recurso da negativa de seguimento a denúncias (**MS 33.558**, Rel. Min. Celso de Mello), (ii) a validade do ato do Presidente da Câmara dos Deputados que disciplinou o procedimento naquela Casa (**MS 33.837**, Rel. Min. Teori Zavascki, e **MS 33.838**, Rel. Min. Rosa Weber); (iii) a legitimidade da abertura do processo de impedimento contra a Presidente Dilma Rousseff pelo deputado Eduardo Cunha (**MS 33.920**, Rel. Min. Celso de Mello e **MS 33.921**, Rel. Min. Gilmar Mendes), e (iv) a recepção pela Constituição de 1988 de diversos dispositivos da Lei 1.079/1950, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade (**ADPF 378**, Rel. Min. Edson Fachin).

Como assinalado na Introdução, e diversamente de um certo senso comum que se criou, em boa parte das oportunidades em que foi chamado a *moderar* o jogo político, o Supremo adotou uma postura autocontida, de deferência às escolhas majoritárias, evitando intervenções em procedimentos definidos no interior das Casas Legislativas. Entre todos os casos citados acima, apenas 4 tiveram pedidos de liminar deferidos: o **MS 33.908**, em que se determinou a deliberação por voto aberto sobre a prisão de Senador, os **MS 33.837** e **MS 33.838**, ambos para suspender os efeitos do ato do Presidente da Câmara que disciplinou o procedimento do *impeachment*, e a **ADPF 378**, em que o STF reafirmou as regras aplicadas ao *impeachment* do Presidente Collor, conforme comentário na Parte II, abaixo. No primeiro deles, a intervenção do STF sequer chegou a se concretizar, já que, independentemente da decisão, os próprios senadores deliberaram pelo escrutínio aberto. Nos últimos três, a atuação do Supremo se deu no sentido de garantir o respeito às regras do jogo democrático, em um contexto de manifesta insegurança sobre o rito aplicável ao processo de impedimento do Presidente da República. Todos os demais processos ou tiveram o pedido de liminar negado, ou sequer foram conhecidos pela Corte.

I.2) O STF e os Direitos Fundamentais

Paralelamente à interação com os demais Poderes, em 2015, o Supremo Tribunal Federal voltou a ter uma atuação mais destacada na insubstituível tarefa de defesa dos direitos fundamentais, em especial de minorias impopulares e estigmatizadas. Em relação a esta segunda temática principal, a Corte empreendeu esforços significativos no sentido de conter a crise do sistema carcerário. A agenda do Tribunal nesta seara incluiu: (i) o reconhecimento de que o Poder Judiciário pode determinar aos governos estaduais que realizem obras emergenciais nos presídios, de modo a garantir os direitos



fundamentais dos detentos (**RE 592.581**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski), (ii) a possibilidade de aplicar o princípio da insignificância no caso de reincidência delitiva (**HCs 123734, 123533 e 123108**, Rel. ministro Luís Roberto Barroso), e (iii) a declaração de constitucionalidade de ato que regulamentou as “audiências de custódia”, por constituir direito já assegurado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (**ADI 5.240**, Rel. Min. Luiz Fux).

Além destes casos, o STF iniciou o julgamento da existência do dever de indenizar presos em condições desumanas (**RE 580.252**, Rel. Min. Teori Zavascki), e da possibilidade de cumprimento da pena pelo sentenciado em regime mais benéfico quando não houver vagas no regime adequado (**RE 641.320**, Rel. Min. Gilmar Mendes). Ambos, porém, foram interrompidos por pedidos de vista e encontram-se ainda pendentes de conclusão.

A mais emblemática das decisões sobre o tema foi, sem dúvida, o reconhecimento pelo STF de que as graves disfunções crônicas e estruturais do sistema carcerário brasileiro, decorrentes de um conjunto de ações e omissões dos poderes públicos, configuram um “estado de coisas inconstitucional”, que promove a violação massiva da dignidade humana e demais direitos fundamentais dos presos (**ADPF 347**, Rel. Min. Marco Aurélio)^[8]. Com a “importação” desta categoria, desenvolvida inicialmente pela Corte Constitucional da Colômbia, o STF abre espaço para a adoção de técnicas decisórias mais flexíveis, que permitam o enfrentamento sistêmico de problemas estruturais, por meio de ordens complexas, dirigidas a diferentes órgãos e instâncias de poder, que envolvem a (re)formulação de políticas públicas. Embora a ação ainda se encontre em estágio inicial, o STF já avançou (ainda que de forma tímida) no equacionamento do problema, ao conceder algumas medidas cautelares, conforme será explicitado na Parte II, a seguir.

Os direitos decorrentes da dignidade humana dos presidiários não foram, porém, os únicos tutelados pela Corte no ano. Também ganharam destaque discussões envolvendo os direitos: (i) à *liberdade de expressão*, no caso das biografias não autorizadas (**ADI 4.815**, Rel. Min. Cármen Lúcia); (ii) à *igualdade*, nos julgamentos sobre a recepção do crime militar de pederastia pela Constituição de 1988 (**ADPF 291**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso); sobre o direito de transexuais a serem tratados de acordo com a sua identidade de gênero (**RE 845.779**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, ainda não concluído); e sobre a impossibilidade de paciente do Sistema Único de Saúde pagar para ter acomodações superiores ou médico de sua preferência (**RE 581.488**, Rel. Min. Dias Toffoli); (iii) à *igualdade política*, no caso em que se declarou a inconstitucionalidade das normas que autorizavam doações de empresas a campanhas eleitorais (**ADI 4.650**, Rel. Min. Luiz Fux); e (iv) à *liberdade/autonomia*, na análise da constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal (**RE 635.659**, Rel. Min. Gilmar Mendes, não concluído).

Na quase totalidade desses casos, a decisão da Corte representou a invalidação (ainda que parcial) de leis e atos normativos, emanados tanto do Legislativo quanto do Executivo, promoveu a integração de lacunas normativas ou supriu omissões inconstitucionais, de modo a evidenciar o papel de maior protagonismo da jurisdição constitucional no contexto nacional.

I.3) O STF em 2015 e os papéis das Cortes Constitucionais

Em trabalho acadêmico recente, cujas ideias centrais foram publicadas aqui na Revista Consultor Jurídico, o primeiro autor desta retrospectiva sustentou que as cortes constitucionais desempenham três papéis distintos: contramajoritário, representativo e iluminista^[9]. O conjunto expressivo de decisões



referidas acima nas duas temáticas selecionadas exibe um Supremo Tribunal Federal que atua com maior parcimônia e autocontenção em casos que se limitam a questionar procedimentos internos das Casas Legislativas, mas exercita sem timidez o seu *papel contramajoritário* quando estão em jogo especialmente as necessidades de proteger direitos fundamentais (como no caso dos presos) e de resguardar os pressupostos de funcionamento da democracia e das instituições republicanas (como no caso do rito do processo de *impeachment*).

Ademais, é possível perceber que, simultaneamente ao papel contramajoritário tradicional, em alguns desses casos, o STF desempenhou um *papel representativo*, pelo qual foi capaz de atender demandas sociais relevantes que não foram satisfeitas pelo processo político majoritário. Exemplo emblemático foi a **ADI 4.650**, na qual o Supremo proibiu o financiamento de campanhas por empresas, em linha com o anseio social majoritário de diminuição do peso do dinheiro no processo eleitoral. Ainda, em outros julgados, a decisão espelhou o comprometimento do Tribunal com o avanço social e civilizatório do país e com a proteção de minorias estigmatizadas e excluídas, cujos interesses não encontram eco nem nos parlamentos, nem na maioria da população, desempenhando o *papel iluminista* da jurisdição constitucional. Ilustra o exercício desta função o julgamento da medida cautelar na **ADPF 347**, contra as violações massivas aos direitos dos presos. É também possível que o Supremo venha a exercer este papel no julgamento envolvendo o direito de transexuais serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero, atualmente interrompido por pedido de vista.

No tópico que se segue, faz-se um comentário, o mais objetivo possível, de alguns dos casos mais relevantes julgados pelo Supremo neste ano.

[1] Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>
Atualização em 26.12.2015.

[2] Ver: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesgeral>

[3] Sobre o tema, v. Joaquim Falcão, “Para ser mais, o Supremo tem que ser menos”, in *O Supremo*, 2015; e Joaquim Falcão e Adriana Lacombe, “Big data e a reforma do Supremo”, *Tribuna do Advogado*, n. 244, dez. 2014/jan. 2015: “Primeiro, viu-se que o Supremo é muito mais uma corte recursal do que uma corte constitucional. Isso porque, enquanto os processos de controle abstrato de constitucionalidade – ADIns, ADCs, ADOs – representaram apenas 0,5% dos processos julgados pelo tribunal entre 1988 e 2009, os recursos representavam 91,69% (o restante é representado pela corte ordinária, composta de processos que têm o Supremo como originário, como ações penais com foro privilegiado). Viu-se também que o STF é uma corte monocrática, muito mais do que uma colegiada. Entre 2008 e 2014, por exemplo, mais de 85% das decisões foram proferidas por um só ministro”.

[4] A estatística foi levantada no gabinete do ministro Luís Roberto Barroso com dados de junho de



2013 até setembro de 2015, mas espelha a média geral do Tribunal.

[5] Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>. Atualização em 26.12.2015.

[6] De D. Pedro II a Ruy Barbosa, autores diversos têm se referido a essa atuação como sendo equiparável à de um “poder moderador”. V. Oscar Vilhena Vieira, *Supremocracia*, *Revista de Direito do Estado* 12:55, 2008, p. 60.

[7] ABRANCHES, Sérgio H. H. de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro. vol. 31, n. 1, 1988, pp. 5-34.

[8] A ADPF 347 foi proposta pelo PSOL, a partir de representação da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ.

[9] V. livro no prelo, organizado por Oscar Vilhena Vieira e Luís Roberto Barroso, *A razão sem voto: um diálogo com o pensamento constitucional de Luís Roberto Barroso*. Um resumo das ideias principais foi publicado na *Revista Consultor Jurídico* sob o título “Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas” (<http://s.conjur.com.brhttps://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/notas-palestra-luis-robertobarroso-1.pdf>).

Date Created

28/12/2015