

Palestra Barroso

Luís Roberto Barroso — Prezado presidente Fernando Henrique, meus queridos amigos Joaquim Falcão e Oscar Vilhena Vieira. Meus caros amigos e plateia, ministro José Gregório é um prazer reencontrá-lo. E meus caros amigos, eu tenho muito prazer, muita honra de estar aqui e de compartilhar com todos algumas ideias, algumas introduções sobre Direito, Política, o Supremo Tribunal Federal e as relações do Supremo com os outros Poderes. Eu não poderia deixar de cumprimentar o presidente Fernando Henrique, com admiração e apreço pelos grandes serviços que prestou ao país como intelectual, como presidente da República, e que ainda presta como ex-presidente comentando com posição crítica, sempre de maneira construtiva e serena. Eu gostaria nessa introdução de fazer dois breves comentários. Primeiro deles é que Direito e Política são coisas diferentes e é um dos conceitos essenciais da ideia de democracia e de Estado democrático de Direito e Política. A Política está ligada à soberania popular e ao princípio majoritário, ao passo que o Direito está ligado à alimentação do poder. A Política é o espaço da vontade, da vontade majoritária; o Direito é o espaço da razão, da razão do público. E para não ter o Direito e a Política apartados, a Constituição faz um esforço razoável dando independência aos tribunais, garantias aos juízes, além do que juízes são vinculados a normas, são vinculados a determinados conceitos e categorias típicas na prática jurídica da qual não podem se afastar. Portanto, o Direito deve ter uma rigorosa pretensão de autonomia de uma nação. No entanto, nós que vivemos neste mundo devemos saber que esta autonomia é sempre relativa. A fronteira entre o Direito e a Política, que não é uma fronteira totalmente nítida, e certamente não é uma fronteira fixa, portanto existem áreas de interação, áreas de interpenetração e áreas cinzentas em que é difícil determinar qual é o espaço de quem, esse é precisamente o objeto da nossa conversa de hoje. Feita essa primeira observação de que Direito e Política são coisas diferentes, mas que eventualmente se interpenetram, eu gostaria de gastar dois minutos com uma questão aborrecida que é explicar as competências do Supremo Tribunal Federal, sobretudo para quem não seja diretamente do ramo jurídico. O Supremo desempenha três grandes competências e, para usar uma expressão do professor Joaquim Falcão e do Diego Werneck: "O Supremo na verdade são três cortes distintas". Em primeiro lugar ele é um tribunal de competências ordinárias, o Supremo julga como se fosse um juízo de primeiro grau, embora de única instância um conjunto de processos, inclusive as ações penais contra um grupo de agentes públicos e o chamado foro por prerrogativa de função ou foro

privilegiado. Esta é uma péssima competência do Supremo, eu sou a favor de uma drástica redução, tenho uma proposta concreta nesse sentido, se houver interesse no debate eu posso detalhar. A segunda grande competência do Supremo é como um tribunal recursal, cabe recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal das decisões dos tribunais de Justiça dos estados e das decisões dos tribunais regionais federais. Interessantemente esta é, em termos de volume, a principal competência do Supremo, quase noventa por cento do trabalho dos gabinetes é voltado para o julgamento de recursos extraordinários. Também nessa área é preciso uma mudança drástica, também nessa área eu tenho uma proposta concreta pela qual o Supremo não deve admitir mais recursos extraordinários que seja capaz de julgar em um ano. Tudo o mais transita injulgado, tudo que não tenha sido selecionado transita injulgado como é em toda parte do mundo civilizado. O Supremo atravanca a Justiça e atrasa a prestação jurisdicional porque recebe setenta mil processos e tem que produzir uma decisão inclusive para os casos que não vai admitir ou que não vai julgar, se alguém tiver interesse também detalho essa minha proposta. E por fim o Supremo desempenha o papel de tribunal condicional, ele julga ações diretas de inconstitucionalidade e julga questões condicionais as quais ele próprio deu repercussão geral. Esta é a principal competência do Supremo, esta é a que lhe dá visibilidade e esta é na verdade o objeto da nossa conversa aqui nessa tarde e que, portanto, agora passo, feitas essas duas observações sobre Direito e Política e sobre as competências do Supremo, às três partes da minha exposição e eu pretendo dividir essa exposição em três partes. A primeira delas dedicada à descrição da extensão institucional do Poder Judiciário no mundo, e no Brasil em particular. A segunda parte é dedicada a um fenômeno que eu chamei de "A indeterminação do Direito e o aumento do poder subjetivo dos juizes e tribunais ao decidirem as questões". E a terceira e última parte que é O coração da nossa conversa, que são os limites legítimos da atuação do Supremo Tribunal Federal em termos de legitimidade democrática, essas as nossas três partes. Eu divido, presidente, tudo em três. Eu tenho essa superstição, todas as minhas classificações são tricotômicas desde que eu estudei Direito Tributário, e nós aprendíamos que os tributos eram imposto, taxa e contribuição de melhoria e vivíamos todos felizes. Um dia alguém disse "Empréstimo compulsório também é tributo". Romperam a barreira dos três. Nunca mais houve consenso entre os tributos. E se alguém disser: "Esse sujeito professor de Direito Constitucional, ministro do Supremo cultiva essa superstição", eu gosto de citar Niels Bohr, que foi vencedor do Prêmio Nobel da Física, um físico quântico dinamarquês, e ele tinha na porta do gabinete de trabalho dele uma ferradura. Ele me perguntou

como ele, um agnóstico, um homem da Ciência tinha uma ferradura, e ele respondeu: "É que dizem que dá sorte mesmo pra quem não acredita", um militante dessa crença. Então nossa parte um, a extensão institucional do Poder Judiciário no mundo e no Brasil. Este fenômeno que é a ascensão do Judiciário e algum grau de judicialização é um fenômeno mundial, é um fenômeno que vem do segundo pós-guerra, e a maior parte dos autores converge para três grandes causas para este fenômeno. A primeira é que o mundo saiu da Segunda Guerra convencido de que o Poder Judiciário forte e independente era indispensável para preservação da democracia e dos direitos fundamentais. A segunda causa é que o mundo saiu igualmente da Segunda Guerra e vive nos últimos todos os anos, por sete décadas, vive-se um certo desencantamento com a política majoritária. E em terceiro lugar, e a terceira causa generalizadamente apontada é que em relação a muitas matérias os atores políticos optam por não deliberar pelo custo político de certas decisões, e por isso temas mais controvertidos e 09'02" como um casamento de pessoas do mesmo sexo, descriminalização de drogas, interrupção de gestação, proteção das minorias em geral acaba recaindo sobre o Poder Judiciário, sobre o Supremo, sobre as cortes condicionais, porque o processo político não produz consensos e às vezes não deseja decidir a respeito. Essas são causas mundiais, às quais no Brasil se agrega à circunstância de que temos uma Constituição extremamente abrangente. A Constituição brasileira, que tem servido bem ao país, é produto das circunstâncias daquele momento histórico, que ela cuida mais ou menos de tudo o que se possa imaginar, não apenas de separação de poderes, organização administrativa e direitos fundamentais, mas ela cuida também do sistema tributário, do sistema previdenciário, tem um capítulo para ordem econômica, tem capítulo para ordem social, ela cuida de criança, cuida de adolescente, cuida de idoso, cuida do, Colégio Pedro II, cuida de mundos... E portanto, uma Constituição assim abrangente potencializa a judicialização, porque converter uma questão em norma constitucional é de certa forma tirar a matéria da Política e trazê-la para o Direito, e as pessoas fundamentam pretensões com base nessas normas, e portanto sem surpresa a vida brasileira se judicializou amplamente. No mundo, como disse, essa judicialização é visível e mesmo questões emblemáticas. No Canadá foi a Suprema Corte do Canadá que decidiu se os Estados Unidos podiam fazer testes com mísseis na costa do Canadá. Em Israel foi a Suprema Corte se podia ou não podia construir um muro, em outras partes... Na Turquia, foi o Tribunal Constitucional que fez uma resistência importante à radicalização do fundamentalismo religioso e no Brasil, por essas circunstâncias que observei, a vida é judicializada de ponta a ponta,

desde reforma previdenciária até importação de pneus, passando por abandono afetivo, descriminalização de drogas e uma decisão emblemática do Superior Tribunal de Justiça: O colarinho do chope integra a bebida para fins de medição, por decisão do Superior Tribunal de Justiça que anulou a multa aplicada pelo Inmetro e o sujeito não comutava o colarinho do chope na bebida. Portanto, essa é uma brevíssima descrição, e eu termino a primeira parte, sobre "A Extensão do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais no Mundo e as Suas Causas", e passo para a nossa parte dois: A indeterminação do Direito e o Aumento da Subjetividade dos Juízes", que é um fenômeno diretamente relacionado a essa questão do Direito e da Política, da politização do Direito e da judicialização da Política. E aqui é preciso observar que a ascensão do Poder Judiciário, que eu venho descrevendo, ela foi contemporânea no mundo de uma sociedade que foi se tornando cada vez mais complexa, cada vez mais plural, e cada vez mais marcada pela diversidade. Nós vivemos num mundo de sucessivos conflitos morais, sucessivos desacordos morais razoados, colisões de direitos fundamentais, situações para as quais o Direito não tem uma resposta pré-pronta. A Constituição e as leis não conseguem prever com antecedência toda a riqueza de situações que ocorrem no mundo contemporâneo. Eu selecionei três mais exóticas antes de chegar nas mais comuns, para demonstrar como as decisões judiciais passaram a ser produto da capacidade argumentativa dos juízes de produzir o melhor resultado muitas vezes com referências meramente vagas na legislação. Pergunta número um, caso real: Pode um casal de surdo-mudos pretender por engenharia genética gerar um filho surdo-mudo para que a criança habite o mesmo universo existencial que nem os pais? Segunda: Pode uma mulher pretender engravidar do sêmen do seu marido morto, que deixou o esperma congelado num banco específico e depois da morte dele ela quer ter um filho com ele? Ou uma brasileira: Pode um transexual que não se sujeitar a uma operação de mudança de sexo, mudar, no entanto, seu nome no registro civil? Ou uma outra que está comigo: Pode um transexual pretender usar o banheiro público que corresponde a sua autopercepção diferentemente do seu sexo biológico? Portanto, para essas questões não existe nenhuma solução pré-pronta num ordenamento, o juiz tem que construí-la e construir uma decisão onde não exista uma solução legislativa é evidentemente uma atividade política no sentido que é uma atividade de criação do Direito. Citando as mais óbvias, brasileiras de colisões de normas condicionais, que é um fenômeno típico do mundo contemporâneo. A liberdade de iniciativa entra em rota de colisão com a proteção do consumidor, e surge a pergunta: É legítimo o controle de preço dos planos de saúde? Outra: A liberdade de expressão entra em

rota de colisão com o direito de privacidade. O Supremo julgou a questão das biografias recentemente, e agora há essa questão do direito ao esquecimento. Pode uma pessoa pretender retirar toda a referência que exista num site de buscas a um fato desabonador do qual ela tenha participado no passado? Portanto, também a esta questão existem valores constitucionais relevantes em disputa e isso se torna relativamente corriqueiro. Colisão entre desenvolvimento nacional e proteção do meio ambiente: É possível construir uma usina hidrelétrica na Amazônia com grande impacto ambiental sobre a flora, sobre a fauna, e sobre as populações ribeirinhas? E quais são as alternativas que o país teria se não construísse a hidrelétrica? que a termoelétrica é mais poluente... Portanto, a vida ficou mais complexa, essas questões são judicializadas e não existem respostas pré-prontas em uma prateleira jurídica para o juiz decidi-las e, conseqüentemente, seria ingênuo, quando não insincero, supor que a subjetividade do juiz e a sua visão de mundo não influenciem a solução que ele tem que criar argumentativamente quando não haja uma decisão prévia do legislador e do constituinte. Isso nos leva a duas questões que eu não vou responder, que nós não teremos tempo, mas são duas questões que tem mobilizado os filósofos e os cientistas políticos que discutem o Direito e a complexidade da vida contemporânea. A primeira: Existe uma resposta correta para todo e qualquer problema jurídico que é levado a um tribunal, mesmo nos casos difíceis? Esse é um debate filosófico riquíssimo, extremamente interessante, eu mesmo participei dele com um artigo chamado "A Razão Sem Voto". Segunda pergunta que nós não vamos responder: Se a solução não está toda pronta no direito e o juiz tem que decidir, onde é que ele vai buscar as soluções que não estão no Direito? Na filosofia moral em busca da justiça, na filosofia política em busca da legitimidade democrática, mas a vasta literatura americana sobre isso, presidente, em que eles construíram três modelos para dizer "há três grandes influências numa decisão judicial". Primeiro, o modelo jurídico ou legalista, material jurídico influencia, a lei, os precedentes, a doutrina. Segundo, esta literatura americana é a ideologia do juiz que influencia a sua decisão, não é ideologia no sentido propriamente sendo esquerda ou de direita, é ideologia no sentido da sua ideia do bem, da sua ideia do justo, da sua ideia do legítimo. E em terceiro lugar, a terceira grande influência numa decisão judicial, segundo esta literatura americana, são as relações institucionais, portanto, o juiz e o Judiciário se relaciona com os outros Poderes, com outros atores políticos, com outros atores sociais e isso também tem alguma medida, influencia as decisões. Eu não terei tempo, preciso chegar no coração da nossa discussão para um debate igualmente relevante sobre o papel da opinião pública e o papel da

imprensa hoje nas decisões judiciais, que também não é irrelevante. Eu gosto de dizer que não é errado os juízes olharem pela janela e saber onde está o sentimento social, onde está a vontade majoritária em relação aos casos que ao juiz cabe decidir, porém, o Supremo Tribunal Federal não pode ser, como o Judiciário em geral, mais uma instância da política majoritária. Que a decisão justa, a decisão correta, a decisão legítima, nem sempre é a decisão mais popular e, portanto, um juiz não pode ser subserviente à opinião pública e nem pode ser pautado pela mídia. O populismo judicial é tão ruim quanto qualquer outro, porém ausente essa relação de subordinação, é uma coincidência feliz quando uma decisão judicial vem ao encontro do sentimento social, vem ao encontro da vontade majoritária da população, até porque o Judiciário não tem armas, nem é dono do dinheiro, portanto, a sua autoridade advém basicamente da credibilidade que desfruta em relação à sociedade em geral e da nossa capacidade de convencer que aquela decisão é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional. Mesmo onde não haja uma norma pronta, o juiz não tem o direito de ver as suas preferências no ordenamento jurídico, ele tem que ser capaz de interpretar o sentimento social e o Direito um pouco mais a frente, em alguns casos também com sentido mais geral da história. Incluo aqui as duas primeiras partes da nossa conversa, em que eu procurei descrever a ascensão do Poder Judiciário, de como ele deixou de ser um departamento técnico especializado para se tornar um poder político que disputa espaço com os outros dois Poderes. E em segundo lugar, eu procurei descrever como no mundo contemporâneo, além dessa ascensão, juízes e tribunais passaram a ter um poder advindo da sua própria subjetividade, da sua própria valoração dos fatos e dos valores morais em geral, porque a norma escrita nem sempre consegue alcançar todas as situações que ocorrem na vida real, na vida econômica e na vida social, e na vida política. E agora, presidente, passo para a nossa terceira e última parte. Eu corri muito, ia dizer que nem tratei, ou em algum grau de superficialidade, muito sinteticamente questões de alta complexidade. Sempre que eu faço isso eu me lembro de uma passagem que aconteceu há muitos anos na Inglaterra, em que a professora pediu aos seus alunos que escrevessem uma redação sobre religião, sexo e nobreza. Um aluno com altíssimo poder de síntese lavrou: "Ai, meu Deus, como é bom - disse a princesa ainda ofegante". Eu considero essa uma obra prima, esse é o objetivo da comunicação. Num mundo prolixo, as pessoas amam ouvir a própria voz. Eu passo agora para a nossa terceira parte, que é o coração do nosso debate, que diz respeito aos limites democráticos legítimos da atuação do Supremo Tribunal Federal. E começo com uma nota conceitual sobre judicialização e ativismo judicial, que é uma distinção

relevante de se fazer para os fins da nossa conversa. Como consequência dessa ascensão do Poder Judiciário ocorreu uma notável judicialização da vida, a significar que questões relevantes do ponto de vista moral, do ponto de vista político, do ponto de vista econômico, passaram a ser decididas em última instância pelo Poder Judiciário. O que evidentemente significa uma transferência de poder político das instâncias tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo, para o Poder Judiciário. Como eu procurei demonstrar na primeira parte da minha apresentação, esta judicialização da vida no Brasil é um fato, ela é produto de um arranjo institucional, não é um ato de vontade do Judiciário, há um arranjo institucional que potencializa a judicialização das questões. O ativismo judicial não se confunde com a judicialização, embora eles sejam primos, porque o ativismo judicial não é um fato, é uma atitude, é um modo pró ativo e expansivo de interpretar a Constituição para levar os seus princípios a situações que não foram expressamente previstas nem pelo constituinte, nem pelo legislador, e evidentemente essa é uma atuação que interfere mais intensamente com o espaço dos outros dois Poderes. Isso chega a ser divertido porque sempre que há uma disputa, muitas vezes provocadas por partidos ou por membros do Congresso, o sujeito que ganha, ele sempre diz "Houve uma interpretação adequada da Constituição" e o sujeito que perde diz "O Judiciário está interferindo em questões que ele não deve interferir". Portanto, assim é o que sempre foi em toda a parte, dos Estados Unidos à África do Sul e a gente tem que conviver com a natural irresignação de quem perde, desde que eu virei juiz eu já descobri que a gente consegue no máximo 50% de aprovação. Portanto, eu queria dizer, isso é o ativismo judicial. Eu, doutrinariamente, abandonei um pouco o uso dessa expressão porque ela passou a ser um pouco neoliberalismo, quando alguém quer desqualificar alguma coisa diz-se ativismo judicial, e aí cada um projeta na expressão aquilo que leva dentro de si ou que leva na sua cabeça, e cria-se o que se chama da falácia do espantalho. Você cria alguma coisa cheia de defeitos e você espanta, de modo que talvez fosse mais neutro nós nos referirmos a uma atuação mais expansiva ou mais pró ativa do Judiciário, que é legítima em certos casos e não é legítima em outros casos, portanto, o ativismo judicial em si não é bom e nem ruim, ele depende, mesmo nos Estados Unidos onde está a sua origem, no início ele era um ativismo extremamente conservador ante os direitos sociais e depois passou a ser o ativismo, a partir de 1954, pró direitos fundamentais. De modo que tal como o colesterol, tem o bom e tem o ruim, e portanto a expressão em si é neutra. Antes de demarcar esse espaço em que eu consideraria legítima a atuação do Supremo em relação ao espaço em que ela seria menos legítima, eu gostaria de

fazer um brevíssimo comentário sobre dois papéis que o Supremo Tribunal Federal desempenha. Um papel contra majoritário e um papel representativo, essas são as duas grandes funções dos tribunais constitucionais, que as cortes supremas e muito particularmente o Supremo Tribunal Federal desempenha no Brasil. Essa função contra majoritária, o papel contra majoritário do Supremo se dá naquelas hipóteses em que ele invalida atos do Legislativo ou atos do Executivo, por contrariedade à Constituição. Esse é, provavelmente, o tema mais discutido na teoria constitucional de todo o mundo, que é a resposta à seguinte pergunta: O que é que legitima onze pessoas que não foram eleitas sobrepor a sua valoração, a sua interpretação da Constituição, à vontade política de um presidente eleito com mais de cinquenta milhões de votos ou de um Congresso onde todos os representantes foram eleitos? Por isso é que se chama dificuldade contra majoritária, esta invalidação de atos do Legislativo ou do Executivo pelo Judiciário, e particularmente pelo Supremo. O entendimento que prevaleceu para justificar esta competência em todo o mundo é de que o Supremo Tribunal Federal e as Supremas Cortes podem invalidar atos dos outros dois Poderes para fazerem prevalecer a 'vontade originária da maioria que criou a Constituição, contra as paixões momentâneas das maiorias contemporâneas. E, portanto, a atuação do Supremo para invalidar atos nos dois Poderes se legitima em duas situações destinadas a impedir o abuso das maiorias ou a tirania das maiorias, para usar a expressão corrente, que são "Proteger as regras do jogo democrático para que as maiorias não pretendam se perpetuar no poder, e em segundo lugar assegurar os direitos fundamentais das pessoas, que são uma reserva mínima de injustiça nas sociedades civilizadas. Típicas decisões contra majoritárias, todo mundo está acostumado a ler no jornal, embora elas não sejam tão abundantes assim, são considerar que a cobrança de um determinado tributo é inconstitucional, considerar que a cobrança de uma contribuição previdenciária em determinado caso é inconstitucional, considerar que a proibição de progressão de regime em determinados crimes é inconstitucional, todos esses precedentes que o Supremo tem. Mas o que eu queria destacar aqui, e considero muito importante, é que esta competência contra majoritária do Supremo quando ele sobrepõe a sua vontade a dos outros dois Poderes, é rarissimamente exercitado. As hipóteses são muito reduzidas, eu mesmo fiz num trabalho acadêmico um levantamento, são pouquíssimos os dispositivos de lei federal que nos últimos quase trinta anos de Constituição de 88 foram efetivamente invalidados, embora a população tenha uma percepção diferente, porque e aqui a distinção é importante, não distingue bem a judicialização do ativismo judicial. Há muitas questões controvertidas que são judicializadas, mas as decisões

do Supremo não são ativistas, elas são autocontidas, o contrário de ativismo judicial é a autocontenção judicial. Cito três exemplos, no caso das pesquisas com células tronco embrionárias, o Congresso Nacional aprovou uma lei que permitia as pesquisas, a matéria foi judicializada e o Supremo por seis votos a cinco, é verdade, eu mesmo fui advogado no caso defendendo as pesquisas, o Supremo manteve a lei, manteve a validade da lei, tanto é, essa foi uma decisão de autocontenção, a matéria foi judicializada, mas não foi uma decisão ativista. Outro caso, cotas raciais, uma matéria extremamente controvertida, o Congresso decidiu e a matéria foi judicializada, mas o Supremo decidiu por autocontenção, manteve a decisão do Congresso que admitia as cotas raciais, inclusive no caso do Prouni. Demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, para passarmos para um ato do Poder Executivo, um ato extremamente controvertido, se a demarcação deveria ser em ilhas, ou se deveria ser uma demarcação contínua, o Supremo debateu longamente a questão, mas a decisão foi de autocontenção. O Supremo manteve a portaria do ministro da Justiça, que foi homologada pelo presidente da República, portanto, embora a percepção seja de que o Judiciário está se metendo talvez onde não devesse, a verdade é que o juiz não tem a opção de julgar ou não julgar, uma vez que a matéria chegue a ele, mas essas decisões são exemplos de decisões praticadas com visível autocontenção. Na ordem do dia existem três questões polêmicas que envolvem esta competência contra majoritária: Descriminalização de drogas, ensino religioso confessional em escolas públicas, eu mesmo sou o relator, e o tema mais polêmico, do financiamento eleitoral por empresas, que se houver tempo eu ainda dou uma palavra sobre isso. Passo agora a uma função que é pouco estudada, mas muito importante no Brasil, que é a função representativa do Supremo Tribunal Federal, portanto, ao lado da função contra majoritária, o Supremo no Brasil desempenha também uma função representativa, que corresponde às situações em que o Supremo Tribunal Federal atende a demandas sociais que não foram atendidas pelo processo político majoritário. Quando o Supremo, portanto, torna-se ele próprio representativo do que o Legislativo não conseguiu ser, não pôde, não conseguiu, ou não desejou ser. E aí há precedentes relevantes, um importante foi a proibição do nepotismo, havia uma grande demanda social contra a possibilidade de nomeação de parentes para cargos de livre nomeação, os chamados cargos de comissão, no Poder Judiciário onde isso era abundante, mas também nos outros poderes. Não vinha a lei federal restringir, não vinham as leis estaduais restringir e o Supremo, numa ação declaratória de constitucionalidade proposta pela AMB, eu também atuei nesse caso como advogado, entendeu que embora não houvesse lei, embora o

Congresso não tivesse atuado, decorria do princípio da moralidade e do princípio da impessoalidade, inscritos na Constituição esta vedação de nomear a parentada. E assim foi feito, e o Supremo entendeu que vedava a nomeação de parentes até o terceiro grau nos três Poderes, atendendo a uma demanda social que não havia sido atendida. O caso da liberdade partidária, em que o Supremo por decisão judicial, talvez uma das suas decisões mais ativistas, tenha entendido que perde o mandato o parlamentar, eleito em eleição proporcional, que mude de partido, pela razão singela, o presidente saberá bem disso, que menos de 10% dos deputados federais, por exemplo, são eleitos com votação própria. Eles são eleitos por transferência de votos, com base no consciente partidário, de modo que se ele muda de partido depois que foi eleito, ele falta à vontade de eleitor e conseqüentemente o Supremo entendeu, a meu ver com acerto, que nas eleições proporcionais perde-se o mandato. Depois o TSE estendeu essa perda das eleições majoritárias, a matéria foi levada ao Supremo, eu mesmo fui relator e defendi, e prevaleceu esse entendimento de que esta regra não vale para as eleições majoritárias. Portanto, o Supremo desempenha um papel contra majoritário e desempenha em certas circunstâncias um papel representativo, e muita parcimônia em situações excepcionálíssimas, cortes constitucionais de todo mundo devem desempenhar o papel de vanguarda iluminista, que é fazer empurrar a história em determinadas questões civilizatórias vitais, quando o processo político majoritário não tenha sido capaz de fazê-lo. Foi o que a Suprema Corte Americana fez quando, sem lei nenhuma acabou, com a segregação racial nas escolas públicas. Foi o que a Suprema Corte da África do Sul, o Tribunal Constitucional da África do Sul fez em matéria de pena de morte, que declarou inconstitucional e ponto, a pena de morte sem decisão política, sem decisão legislativa. E eu incluiria neste hall a decisão do Tribunal Constituição Federal validando a criminalização da negação do Holocausto, porque isto era importante para a reabilitação histórica da Alemanha depois daqueles episódios. No Brasil, acho que há dois bons exemplos desse tipo de atuação do Supremo Tribunal Federal, quando estendeu as uniões homoafetivas no mesmo regime jurídico das uniões estáveis, por que é que eu falei vanguarda iluminista e não propriamente representativa? E nada documenta que esse fosse um sentimento majoritário na sociedade brasileira, mas ainda assim era preciso fazer este avanço. E acho que o Supremo fez e abriu o caminho para o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que vale a vida são os nossos afetos e o Estado não tem o direito de impedir que as pessoas coloquem a sua sexualidade, o seu afeto, onde mora o seu desejo e foi isso em última análise que o Supremo decidiu. Um outro exemplo que considero relevante foi o da

validação da interrupção da gestação no caso de fetos anencefálicos, o Estado não tem o direito de obrigar uma mulher a manter uma gestação de um feto inviável por muitos meses. Acho que teria sido mais vanguardista e avançada, se tivesse acolhido a minha tese de que, na verdade, a mulher tinha o direito de interromper a gestação do feto anencefálico porque isto violaria o seu direito fundamental à liberdade reprodutiva, que é uma tese melhor e mais amplas, mas ainda não era a hora e o Supremo não chegou tão longe, mas produziu uma decisão importante. E chego aqui, e por fim, aos limites democráticos à atuação do Supremo Tribunal Federal, que diz respeito à sua relação diretamente com os outros dois Poderes. Dentro de um Estado de Direito Democrático os Poderes são harmônicos, autônomos e eles se controlam mutuamente, mas o ideal democrático do Estado de Direito é que não exista nenhum poder hegemônico, e esta é a observação importante de se fazer aqui, sobretudo porque nós vivemos um momento em que há, no mundo inteiro e no Brasil em particular, uma razoável crise de representatividade e funcionalidade dos parlamentos em geral. E dentro do Brasil a dificuldade que nós assistimos de se fazer uma reforma política, de se fazer uma reforma tributária, de acabar com a guerra fiscal, dificuldades de se produzir em consenso, isso aumenta a pressão sobre o Supremo Tribunal Federal, e o Supremo Tribunal Federal vem bater às suas portas tanto as entidades de classe da sociedade civil, como a OAB, como as confederações sindicais, como os próprios partidos políticos e os próprios agentes políticos veem requerer a intervenção do Poder Judiciário em questões, que por vezes são extremamente politizadas. E evidentemente, o Supremo não pode deixar de decidir, pode decidir de uma maneira pró-ativa ou pode decidir de uma maneira autocontida, mas não pode deixar de decidir e aqui esse limite importante de não tentar impor arrogantemente uma lógica judicial sobre a atividade menos cartesiana e mais complexa que é a política. Portanto, o ponto de equilíbrio aqui é delicado e eu proponho o seguinte critério para demarcar esta linha de maneira adequada: É preciso verificar, aferir a legitimidade ou não da atuação do Supremo, se houve ou não atuação do Legislativo ou do Executivo, quando o Legislativo tenha atuado produzindo uma norma, ou quando o Executivo tenha atuado produzindo um ato normativo ou tomando mesmo uma decisão política, o Supremo Tribunal Federal, como o Judiciário em geral, deve ser deferente para com a decisão política tomada pelo Legislativo ou pelo Executivo. Como regra geral numa democracia decisão política deve ser tomada por quem tem voto, de modo que há uma preferência *prima facie*, em princípio, para o Legislativo e para o Executivo proverem sobre todas as situações relevantes e de interesse da sociedade. E o Supremo só deve interferir

nestes casos se houver uma manifesta contrariedade à Constituição ou se se estiver afetando uma regra do jogo democrático ou um direito fundamental. A questão, no entanto, muda de figura e de cenário nas hipóteses em que os poderes políticos não tenham atuado, onde haja uma decisão de não atuar, ou uma omissão inconstitucional, uma inércia que impede a concretização de alguma situação, de alguma providência exigida pela Constituição. E aí nem sempre é possível consentir que a paralisação no processo político majoritário impeça, interfira com o exercício de um direito e, portanto, nestas situações a atuação expansiva e pró-ativa do Supremo é evidentemente menos passível de questionamento quanto a sua legitimidade. Além destes dois casos que eu citei anteriormente, da anencefalia e das uniões homoafetivas, há um caso relevante em que o Supremo avançou que era a questão da greve no serviço público há mais de vinte anos. A Constituição exigia a regulamentação da greve do serviço público, e não vinha a lei e um certo dia o Supremo disse: "Nós vamos regulamentar uma atuação quase legislativa, mas para sanar omissão inconstitucional do Congresso, e acho que foi uma decisão acertada e legítima. E a mesma coisa o Supremo fez, uma outra previsão constitucional relativa, a indenização por demissão imotivada, em que passados vinte anos sem que fosse regulamentado esse direito, o Supremo disse: "Nós vamos regulamentar". E aí quando... Era uma questão complicada, em que se pediu vista para fazer essa regulamentação, aconteceu que as classes produtoras acorreram ao Congresso e obtiveram rapidamente uma lei no Congresso para sanar a omissão temendo que do Supremo viesse alguma coisa mais favorável aos empregados do que eles poderiam obter, o Congresso pelo menos dessa feita, a minha leitura é política. Portanto, o Supremo desempenha um papel maior quando o Congresso não atua, quando o Congresso atua o Supremo deve ser deferente, portanto, em última análise quem é senhor do maior ou do menor grau de judicialização da vida é o próprio Congresso, porque na medida em que ele atue, o Supremo não vai atuar. Eu, por exemplo, sou relator de uma questão, de uma ação de inconstitucionalidade envolvendo terceirização e sou relator de outra envolvendo critério do reajuste do fundo de garantia do tempo de serviço. As duas matérias estão em discussão no Congresso, esse é o lugar para discutir essas questões, mas evidentemente se passado um tempo o Congresso não decidiu, eu tenho que decidir. Portanto, faz parte do meu trabalho de decidir essas questões, mas pelo maior prazo razoável de deferência, eu estou esperando que o Congresso decida isso, em vez do Supremo. Uma última palavra, para encerrar, sobre uma categoria que eu mesmo tenho explorado no Supremo, ainda sem sucesso, mas persistentemente... o Carlos Drummond de Andrade, presidente, entrou

num sebo e encontrou lá um livro dele com uma dedicatória para um amigo, que ainda estava vivo, diz que ele comprou o livro, mandou para o amigo e escreveu: "Para fulano de tal, insistentemente". Portanto, eu persistentemente tenho tentado plantar um pouco essa ideia que foge à uma prática convencional, mas eu acho que ela pode ser positiva nas circunstâncias brasileiras, que o Supremo, pela Constituição, pode dar a última palavra em tudo que envolva interpretação constitucional. Pode, mas não necessariamente deve ou tem que fazê-lo, eu acho que há algumas matérias em que o Supremo pode e deve devolver a discussão para o Poder Legislativo. E aqui dou alguns exemplos e há duas formas, uma chama-se apelo ao legislador, que é quando uma situação não está da maneira que deveria estar, mas em lugar de avançar o sinal, o Supremo diz ao Congresso que aquilo precisa ser mudado. Em caso concreto específico, envolveu a questão da perda de mandato parlamentar por condenação em crime grave, foi um caso que envolvia um senador da República, era uma ação penal, 565, caso Ivo Cassol, que era o senador. Vinda a condenação a Constituição prevê expressamente que condenado por trânsito in julgado, cabe ao Plenário da Casa Legislativa decidir sobre a perda do mandato. Esta previsão é péssima, é lamentável, porque ela sujeita uma decisão judicial a uma variação política totalmente impertinente, sobretudo no caso dos crimes graves, mas a Constituição é inequívoca nesse sentido. De modo que eu votei para dizer: "É péssimo, não devia ser assim" e aqui cabe fazer um apelo ao Congresso como poder constituinte derivado para mudar o tratamento dessa matéria e efetivamente, não pelo meu apelo que eu não tenho essa pretensão, mas pela racionalidade do argumento, o Senado Federal efetivamente algumas semanas depois aprovou, a matéria entrou na agenda e o Senado aprovou a mudança dessa cláusula e a matéria agora está posta perante a Câmara dos Deputados. E, portanto, havia uma minoria no Supremo, uma minoria expressiva que tentava consertar isso por interpretação constitucional, mas era uma interpretação claramente contra legem, e eu que defendo uma atuação criativa, construtiva e até reparadora do Judiciário em certos casos, mas o limite há de ser os textos normativos, se o texto não servir de limite aí não há mais limite e ninguém deseja que o Judiciário atue sem limite. Dois outros exemplos para encerrar, no caso dos precatórios, o Supremo declarou inconstitucional a emenda constitucional que parcelava o pagamento dos precatórios em quinze anos, eu não estava no Supremo ainda, quando eu entrei a discussão era sobre modulação dos efeitos dessa decisão. Um ministro se propôs modular: "Tem que pagar em cinco anos". Os estados não tem dinheiro a menos que a gente... E o que é que eu propus, propus um modelo de transição. Os precatório deverão ser pagos da seguinte forma, e aí

modelo por acordos da forma tal, por compensação da forma tal, com utilização da dívida ativa da forma tal, e fiz uma proposta e disse o seguinte: "Esta proposta vigorará a partir do próximo exercício fiscal", era quase um ano depois, "A menos que o Congresso decida prover de maneira diferente". Qual foi a lógica da minha decisão? O Congresso por duas vezes tentou resolver o problema dos precatórios, as duas vezes o Supremo declarou inconstitucionais as emendas que tentaram resolver o problema. Eu acho que a gente tem o dever de colocar alguma coisa no lugar e dizer o que é que nós achamos que é razoável, senão fica um vácuo normativo e esse problema persiste imemorialmente. E um outro caso foi o caso da desaposentação, o que é que é a desaposentação? O trabalhador se aposenta por tempo de contribuição, depois ele volta para a iniciativa privada, ele contribui mais dez, quinze anos, e ele quer se aposentar de novo, ele quer renunciar a primeira aposentadoria e obter uma nova aposentadoria. O que é que eu acho que você tem que considerar num caso como esse? Primeiro que ele contribuiu mais quinze anos, portanto, ele tem algum direito, mas segundo, ele já está recebendo do sistema há quinze anos, isso tem que ser compensado de alguma forma, só que não havia lei cuidando disso. E aí eu propus, eu proponho a seguinte fórmula, que era uma fórmula que usava o fator previdenciário, uma das variáveis do fator previdenciário ia ser o momento da aposentadoria dele lá atrás e ele ganhava vantagem da contribuição. Não vou entrar em detalhes, mas o que é que eu propus ao votar: Esta fórmula que eu estou propondo deverá entrar em vigor daqui a cento e oitenta dias, salvo se o Congresso sanar a omissão e dispuser a respeito. Portanto, em lugar de exercitar com a supremacia judicial, exercita-se um diálogo institucional devolvendo a matéria ao Congresso, se o Congresso não quiser, ou não fizer, já tenho uma solução esperando para entrar em vigor. Acho que esse pode ser o caminho de nós, inclusive, estimularmos o Congresso em certas matérias difíceis de atuar e produzir decisões a respeito. E aqui presidente, diz que o George Washington fez o menor discurso de posse na presidência dos Estados Unidos, ele usou cento e trinta e três palavras e William Harrison fez o maior discurso de posse na presidência dos Estados Unidos, com mais de oito mil palavras pronunciadas numa noite fria e tempestuosa em Boston. William Harrison morreu trinta dias depois de uma gripe gravíssima que contraiu naquela noite, e eu considero que essa é a maldição que recai sobre os oradores que falam além do seu tempo. Portanto, eu concluo para dizer que eu penso que o Supremo se consolidou como instituição, tem servido bem ao país e com todas as circunstâncias brasileiras têm podido contribuir para a promoção dos valores republicanos para o aprofundamento democrático e para o avanço social. Formalmente é o

Supremo que dá a última palavra sobre o sentido e o alcance da Constituição, mas ele o faz em interação com as outras instituições e com a sociedade, e eu penso que o Supremo tem conseguido até aqui percorrer um caminho do meio, sem timidez, nem arrogância. Eu acho que na vida institucional, como na vida de uma maneira geral, ninguém é bom demais e, sobretudo, ninguém é bom sozinho. Muito obrigado.

Fernando Henrique Cardoso — A quantidade de palmas já mostra o entusiasmo da plateia diante disso. Eu tive um professor de política, de ciência política que dizia que era muito importante que as pessoas quando fossem escrever um texto que fizessem exposição fossem organizadas, e, como bom francês, em sistema cartesiano e dividir o seu discurso, sua apresentação, você diz o que você vai fazer. Quando você faz analiticamente um A, um B, um C e por aí vai, e a síntese é uma volta ao início, enriquecida por todo esse desenvolvimento. Foi brilhante, foi isso que nós assistimos aqui, uma exposição brilhante de alguém que domina a matéria e que tem bom senso, que é a coisa mais importante para que se possa realmente fazer com que as instituições funcionem, e de fato eu acho que a exposição mostra bem o que tem sido o papel do Supremo Tribunal Federal no Brasil. Eu fui constituinte, mas eu costumava mesmo antes a assistir as sessões do Supremo, naquele tempo eu vi duas correntes, uma do Sepúlveda Pertence e outro era do Moreira Alves, que era um gosto de ver a briga entre esses dois gigantes. Eu por temperamento, naquela altura estava mais Pertence e pela razão mais com Moreira Alves, que era muito bom expositor e debatedor. Passei a respeitar o Supremo e a compreender bem isso que foi dito aqui, a importância de nós termos esses Poderes que são separados, mas que são harmônicos e que não é tão fácil assim de exercer. Me recordo que certa vez, sendo presidente da República, eu resolvi acompanhar a posse na presidência do STF do eminente jurista e meu amigo Celso de Mello, a primeira questão que se punha era a seguinte, não era habitual até então o presidente do Supremo, onde é que sendo presidente da República o presidente do Supremo, a cadeira fica na mesma altura? Pode parecer ridículo, mas não é, o poder ficava à mesma altura, embora eu tivesse o voto e o outro não, mas o poder era assim. Só que o Celso nunca teve gripe e falou uma hora e meia, foi brilhante, mas foi realmente talvez um pouco além do razoável. Mas, o fato é que o Supremo tem procurado esses anos todos desempenhar tudo isso que o ministro mencionou e fez uma alusão a uma expressão que gostei muito, que é o vanguardismo iluminista, que é difícil de se captar, mas é importante e tem que ser feito com autocontenção. Eu também mencionei que fui constituinte, e para dar mais uma vez razão ao que disse o ministro da nossa

Constituição, realmente é a base para tudo. Numa certa ocasião, eu fui procurado por um comitê de senhoras, que queriam discutir a questão das bibliotecárias e vieram reclamar: "Nós não estamos na Constituição". E eu falei: "Por que é que deveriam estar na Constituição?", aí eu tive que dar razão a elas: "Porque todos estão!", e é verdade, todos estavam na Constituição. É um negócio muito difícil, era um momento muito especial da vida brasileira, em que se acreditava pouco no valor da lei. Se a lei não vai valer, quem sabe a Constituição vá valer? Então todo mundo queria escrever o seu direito ou suposto direito na Constituição. A Constituição nossa é, realmente, difícil de manejar, ela é muito minuciosa, mas ela guarda o essencial, o que é fundamental. Os valores da democracia, o modo de funcionar do sistema democrático, e ela desenha uma aspiração muito fácil, que eu não faço referência a partido, social-democrática. Atribui, ao governo, responsabilidades à solução dos problemas sociais. Saúde, educação, acesso à terra etc. etc. Muito se criticou a Constituição, por esse aspecto que é vir de aplicar mais encargos do que meios e muito mais direitos do que obrigações. Mas eu acho que é da natureza das constituições, se me permite o ministro, eu sou um mero sociólogo, que a questão fundamental é, realmente, são os direitos. A Constituição é feita definindo direitos de limitar o abuso dos direitos e dizer de que maneira se faz isso. Então eu acho que a nossa Constituição é, realmente, nesse aspecto, ela foi bem sucedida. É claro que, como ela é minuciosa, para o funcionamento ser fluente, vai depender desse equilíbrio delicado entre o Congresso e o Executivo e o Judiciário. Em uma certa altura, não apenas lá nos debates constitucionais lá, ampliamos muito o acesso ao Supremo, criamos muitas figuras que não eram prevalecentes, a ADI, Ação Direta Inconstitucional, novos atores, sindicatos podem entrar. Naquele tempo, só um Consultor Geral da República tinha acesso. Nós ampliamos o acesso e, portanto, nós abrimos as portas à judicialização. Mas com consciência, vendo discussões com o jurídico, deputado, a respeito disso, "olha, a polícia vai pegar nos tribunais". Bom, depende dos políticos. E eu acho que é uma coisa razoável, se os políticos não se entendem, que termine, pelo menos que termine em um tribunal, é melhor do que terminar violento. E assim foi. E nós criamos, inclusive, uma brecha para esse, até mesmo um punitivismo político, judiciário, que foi o direito de injunção. Na verdade, o Supremo tenta na Constituição a possibilidade de onde não exista a norma, ele ter uma ação normativa. Muita gente reclama e tal, mas nós fizemos isso. E eu acho que é muito importante isso, pela razão já dita aqui, porque também o Congresso sabe disso, então quando veio esse jogo, "olha, se vocês não fizerem, nós fazemos". Eu acho que é um mecanismo muito interessante, muito importante para

que as coisas possam fluir, de modo que é isso que eu fiquei, realmente, deliciado em (...) deputado, não só pela clareza cartesiana da exposição, mas, se tem uma coisa que eu prezo muito no (...), que é a capacidade de, ao mesmo tempo, equilibrar o raciocínio líquido com o sentimento que, no sentido de um. Parabéns.

Mediador — Com a palavra, agora, os visitantes. Visitante é lá. Se não foi para a esquerda, vai para a esquerda.

Oscar Vilhena — Que eu estive à esquerda do Joaquim e do Cardoso, isso não há dúvida, né? Bom, eu queria seguir só nessa mesma toada que o presidente Fernando Henrique colocou, que o mais impressionante da exposição do ministro Barroso, totalmente cartesiana, racional, é em muito o caminho comum, isso é uma coisa fascinante não só, para todos que estão aqui, eu já vim de outras conferências de ministros do Supremo Tribunal aqui, nem todas foram na linguagem comum, que todos nós temos acesso, então eu acho que isso já faz a vida de todos nós algo muito melhor. Eu queria agradecer imensamente o ministro Barroso por ter se disponibilizado a vir fazer essa conferência. Outro dia eu comecei a julgar, um pouco irresponsável, porque eu recebi um e-mail de Viçosa, de uma colega, o ministro Barroso está aqui. Eu falei, “não, agora ele enlouqueceu”. Era só por razão de promessa, mesmo. Mas isso eu quero dizer que o ministro Barroso, ele tem uma peculiaridade muito curiosa, que é esse fato de, muito embora tendo saído da academia e ido para o Supremo Tribunal Federal, ele, em um momento, ele rompeu com esse diálogo que tem sido intenso, que tem sido contínuo e, mais do que tudo, tem sido um diálogo muito generoso por parte dele e franco. Comentávamos um pouco um texto dele que está sendo submetido a uma revisão de jovens acadêmicos e o modo como ele recebeu, uma enorme oportunidade, inclusive, as críticas que lhe foram feitas. Então além de falar português, ele é um ministro que aceita críticas. Então é um negócio fabuloso. Na história do Supremo, eu acho que já pode, na sua biografia, ter esse detalhe. Bom, eu, evidentemente, não gostaria de tomar o tempo daqueles que querem fazer perguntas, mas também seguindo o presidente Cardoso, eu gostaria de dar um dado de sociólogo para a sua colocação. Evidente que quando a Constituição Brasileira chegou, quando ela nasceu, ela foi objeto de muitas críticas pela sua dimensão. E ela, exatamente, (...) todos estão presentes na Constituição Brasileira. Ela é um compromisso maximizador, ela integrou todos os interesses existentes na sociedade brasileira. E é uma Constituição que é um contraposto disso, que é a Constituição Americana, e a história do Jefferson, que não participou da sua feitura,

porque estava em Paris, quando ele volta ele tira satisfação com Madison, “como é que vocês fizeram uma Constituição que sequer tem uma carta de direitos”? Madison dá uma explicação que não ficou muito convencido, disse, “olha, nós não conseguimos um consenso sobre várias questões substantivas e, portanto, deixamos de fora”. Ah, então isso foi (...). Não conseguimos acordar coisas em substantivas, acordamos em procedimento. A Constituição de 88 é o oposto, ela é uma (...). Como não tinha acordo, eu aceito o seu, você aceita o meu, e todos seguimos nesse bonde constitucional. Uma das coisas mais fascinantes que eu presenciei em termos de exposição sobre constituição, é o livro chamado “Inconstitucional Endures”, que faz uma análise quantitativa de todas as constituições do mundo e, por incrível que pareça, as constituições que têm maior durabilidade são aquelas que têm o maior número de palavras e de artigos e de dispositivos. A Constituição Americana é a exceção à regra, ou seja, constituições são fruto de processos democráticos, inclusivos, elas tendem a estabilizar o jogo político, porque todos têm a perder. Cada vez que você coloca a Constituição em risco, todos se arvoram a protegê-la. Por exemplo, vamos fazer uma constituinte exclusiva, em um minuto e meio, toda a sociedade brasileira se apronta em dizer “não, vamos fazer isso”. Agora, isso, sem dúvida nenhuma, gera ao Supremo uma carga de desafios brutal, e o ministro Barroso colocou e aí a minha única pergunta, ministro, evidente que essa carga é descomunal, o número de ações que o Supremo recebe, o ministro (...) diz que toda vez que ele vai em uma conferência fora do Brasil e fala do número, alguém chega pra ele e fala “o senhor deve ter sido mal interpretado, falaram que eram cem mil ações”. Então toma cuidado. Agora, o Supremo tem uma diferença, quando o senhor fala em função representativa. É que todos os outros cumprem função representativa, podem ser sancionados pelo erro das escolhas que fazem. Um presidente da república pode não ser eleito, um deputado pode não ser eleito, presidente pode ser afastado por ter tomado decisões equivocadas. Esse é um problema que não afeta aos ministros do Supremo Tribunal Federal. O erro dele prevalece sem que seja sancionado. Então, como é que o senhor concilia essa noção de função representativa do Supremo com a irresponsabilidade dentro da estrutura republicano democrática a qual o ministro do Supremo está inserido?

Mediador — Ouvimos os dois.

Joaquim Falcão — É, presidente, ministro, Oscar, Ariano Suassuna dizia em algum canto, dizia que sempre que existe essa situação de um colega que dialoga constantemente com o outro tem que fazer alguma

observação crítica, o olhar do Barroso é seguinte: por que que você não me disse isso antes? Mas o... três, né? Três. Um, dois, três. Tem a Constituição ideal, que todos nós temos, ou ideológica, noção de justiça, noção de democracia, tem a Constituição como texto e isso já disse que essa primeira, o ministro, não interfere, nem deve interferir na segunda. Mas tem a Constituição como é no ato, como ela é na prática. Então eu me situo num constitucionalismo de realidade. Quer dizer, nós da FGV também temos nos preocupado em ver como é que o texto entra na vida e ele é praticado. Então é nesse nível que é a minha observação e que é uma extensão da pergunta de Oscar. Oscar disse, quem controla um ministro do Supremo quando erra? Mas aí ele está falando do mérito, não é do juiz, o ministro decide. Bom, eu não chego a tanto. Eu estou preocupado, ministro, de que o Supremo é um colegiado, não é uma atuação individual de ministros. Os números mostram que mais de 90% das decisões são decisões monocráticas, individuais e se você contar com as liminares e a perpetuação das liminares, nós estamos assistindo um certo esgarçamento da noção de colegiado. Dois exemplos, no qual um é claro, quer dizer, as normas administrativas que o Supremo se dá a si próprio, as normas operacionais que os ministros estabelecem para si próprios. Muitas vezes, não são cumpridas. O exemplo mais claro, agora, é o do financiamento de campanha. Onde você pede vista, o ministro Gilmar pede vista, não devolve no prazo regimental do próprio Supremo. Quem controla? E, no fundo, você tem um pedido, é um poder de veto individual. Esfacela a ideia de colegiado. Isso me preocupa. Essa é uma crítica não contra, mas uma crítica com. É uma crítica a favor. Para sessenta mil ações que recebe por ano, em vez de enfrentar uma reforma em que o Supremo fosse menos para ser mais, se faz como? Se fere um direito do cidadão. O direito do cidadão, pela Constituição, não é ser julgado individualmente por um ministro do Supremo, mas pelo colegiado. Ministro, duas hipóteses. Ou a gente atrasa e o senhor responde depois.

Luís Roberto Barroso — Algumas vezes eu participo de sessões extremamente aborrecido. Aqui estou adorando. Adorando. Começo pelo Oscar. Eu me lembro, Oscar, a propósito da quantidade de coisas que tem na Constituição, a minha mulher não é do direito, a minha mulher é desenhista de moda. Tem essa virtude também. E um dia ela entrou. Muitos anos isso, logo depois da Constituinte, entrou no escritório de casa e aí, eu tinha ido a um evento em Vitória, tinha trazido um livro gordo, que estava na estante. E dizia assim: “o Espírito Santo na Constituinte”. Aí ela olhou e disse, “é, você tem razão, puseram de tudo, mesmo”. Oscar, eu talvez pudesse responder a você, que alguém

nessa vida tem que ter o direito de errar por último. E esse direito é do Supremo. Mas não é verdade. Não que o Supremo não erre, porque erra. Para não fazer só elogios, eu acho que errou quando derrubou por inconstitucional a cláusula de barreira. Eu colocaria numa lista das decisões menos felizes do Supremo. E errou em outra dimensão, há muito, quando manteve o monopólio postal na era da internet. O que é até difícil de explicar.

Joaquim Falcão — Sobre esse tema do monopólio postal, um dia me liga o ministro Eros Grau e o ministro Eros Grau, ele me liga e diz, “Joaquim, eu preciso de um favor seu”. Eu disse, “pois não, ministro”. “É que eu preciso publicar um artigo na revista de direito administrativo, que é da FGV”. Eu disse, “pois não, ministro”. “É que eu errei, é que eu fiz um voto errado e quero consertar nesse artigo”. Antes tarde do que nunca. Querido amigo Eros.

Luís Roberto Barroso — Mas a verdade é a seguinte. Primeiro, existem maneiras de se consertarem erros do Supremo e já aconteceu mais de uma vez consertar ou por via de emenda constitucional ou por via legislativa, de modo que o erro do Supremo pode até tirar o Congresso finalmente da inércia, como reação ao Supremo. Num trabalho que o Oscar e eu vamos debater daqui a quinze dias, eu mesmo faço uma lista das vezes em que o Congresso mudou a Constituição ou mudou a legislação, não foram tantas, mas tem pra lá de uma dúzia. Depois, e esse é um conceito, presidente, muito interessante, muito complexo, que é o seguinte. Nessas decisões, que não têm soluções pré prontas, a legitimidade da decisão, ela se transfere para a minha capacidade argumentativa de demonstrar que aquela decisão é incorreta. Porque quando eu estou aplicando uma decisão do legislador, eu não preciso demonstrar a minha legitimidade. Mas quando eu estou construindo uma decisão, eu preciso, argumentativamente, demonstrar porquê que ela é justa, legítima e constitucionalmente adequada. E eu falo para um auditório e o Supremo. O Supremo não é o auditório de si próprio. E, portanto, se eu não for capaz de demonstrar racional e argumentativamente para a sociedade, para a opinião pública e para a imprensa que aquela minha decisão é correta, eu perco a minha credibilidade, o tribunal perde a credibilidade. Portanto, a democracia contemporânea, ela é feita de votos, essa é a sua dimensão representativa, ela é feita de direitos, essa é sua dimensão constitucional, e ela é deliberativa, ela é feita de razões. Ela é feita do debate público, ela é feita da minha capacidade de convencer o público, o auditório do Supremo, que é a sociedade, que aquela decisão é correta. Isso pode parecer pouco, mas é um peso

muito grande. Ninguém gosta de passar por burro, por ignorante, por despreparado, por arbitrário. E essa é uma construção muito grande na atuação do Supremo. Quanto ao Joaquim e à questão da constituição real, você me lembrou, eu vou citar de memória com alguma imprecisão, mas, a Constituição, em espanhol, ele dizia algo mais ou menos assim: (...). Que é uma forma poética de se dizer que nem tudo o que está na Constituição, a Constituição é um projeto de país e acho que nós avançamos. O Brasil, apesar de nós vivermos um momento difícil, nós percorremos um longo caminho, nós andamos na direção certa, não na velocidade desejada, mas na direção certa. Essas miudezas da Constituição, talvez ninguém mais do que o presidente Fernando Henrique tenha sofrido, eu acompanhei todas as emendas constitucionais para retirar da Constituição os empecilhos na ordem econômica, para avançar o país, com restrições a capital estrangeiro, com monopólios estatais, com impedimentos a privatizações. No entanto, essa constitucionalização excessiva, ela tem um custo, que foi, passou praticamente um mandato inteiro para fazer essas mudanças. Mas é um custo de uma sociedade democrática, de um país que está avançando. Às vezes a gente fica impaciente, mas o Brasil só melhorou. Eu vou falar sobre financiamento de campanha. Não vou falar sobre a questão de vista. Eu elegi, logo que eu entrei no Supremo, na primeira semana, um colega deu uma entrevista e, severamente crítica a mim, de uma decisão que eu tinha dado. Naquele momento, eu defini como eu queria a minha vida no Supremo. E aí quando a jornalista veio me perguntar o que eu gostaria de comentar, aliás um bolo de jornalista, eu disse: “não me passaria pela cabeça bater boca publicamente com um colega de tribunal”. Eu nunca vou esquecer disso, uma moça da CBN. Eu disse, “não, eu, o meu papel na vida, eu me esforço por ser um agente civilizatório e para ser um agente civilizatório, eu não posso bater boca”. Ela disse, “que frase boa, o senhor pode dizer isso em nomes?”, eu disse, “não, não posso”. Mas sobre a questão em si, do financiamento eleitoral, é bom, porque a imprensa não captou uma sutileza importante. Há, no Supremo, três posições e não duas. Há uma posição que foi a do ministro Luiz Fux, que votou pela inconstitucionalidade de financiamento eleitoral por empresa, declarada a lei inconstitucional. E disse que empresa não pode participar do financiamento eleitoral. Essa é uma tese. Há a tese oposta, que é a do ministro Teori Zavascki, empresa pode participar do financiamento eleitoral nesse modelo que está aí. Na ocasião, o ministro Gilmar, sem votar, aparentemente aderiu a essa posição, se manifestou nesse sentido. E teve a minha posição, que é coerente com tudo o que eu disse aos senhores aqui, hoje. O que eu acho? Se empresa pode ou não participar do financiamento eleitoral, é uma decisão política

a ser tomada pelo Congresso Nacional. Ideia um. Ideia dois, a Constituição, no entanto, impõe algumas restrições mínimas em nome do princípio republicano e da moralidade administrativa. Eu considero como restrições mínimas, primeira, não é possível uma empresa doar para os três principais candidatos. Por quê? Se ela está doando para os três candidatos, não é um exercício de direito político, para quem acha que empresa tem direito político. Ou ela foi acachada, a empresa, ou ela está comprando favores futuros. Qualquer uma das alternativas é péssima. E depois, a empresa que participou do financiamento eleitoral, se o Congresso entender que pode participar, não pode contratar com a administração pública. Por quê? Senão, o favor privado, que foi financiamento de campanha, vai ser pago com dinheiro público, que é o contrato administrativo. Portanto, o Congresso é que tem que decidir, agora, a lei tem que conter essas restrições mínimas, em nome da decência política que nós precisamos recuperar nesse país. Portanto, o comentário mais difícil que o Joaquim fez, é difícil de responder, porque não há solução. Eu falei, 90% da carga do Supremo são recursos extraordinários que já tiveram dois graus de jurisdição, o que, portanto, eu não deveria nem ser obrigado a ter que produzir uma decisão, mas a gente produz decisão, mantém uma decisão. Eu não posso nem dizer, mantenha a decisão? Eu tenho que dizer porquê que eu mantenho a decisão. Mas se nós fôssemos levar quarenta mil processos ao colegiado, o plenário do Supremo se reúne quarta e quinta, consegue julgar nos bons dias cinco processos. Portanto, a vida, então, a decisão monocrática acaba sendo uma contingência inexorável desse modelo quantitativo que nós temos e que é preciso fazer uma revolução. Agora, eu tenho me empenhado, o Joaquim tem me ajudado, Oscar tem me ajudado, mas, eu mando carta, mando proposta, publico artigo, mas eu chego na roda, nego já espalha. Então, é chato, mas eu preciso fazer.

Mediador — Palavras da franqueada, aqui, querendo fazer algum comentário.

Márcio Chaer — Ministro, posso fazer pergunta? Márcio Chaer.

Mediador — Apresentem-se, por favor, vai registrar. No microfone. Começando aqui desse lado, depois a gente recolhe duas perguntas, uma aqui, duas aí e volta para a mesa. Já fizemos duas aqui. Você está subvertendo a ordem dos poderes. Continua, continua. Vai em frente.

Ronaldo — Ministro, eu me reúno entre aqueles que acharam. É Ronaldo, Ronaldo. Muito prazer em ouvi-lo. Eu queria perguntar, na

verdade, a respeito dessa ideia do avanço, esse momento excepcional do Supremo, de produzir um avanço civilizatório. Por que colocar nesses termos? Quer dizer, termos consequencialistas, seria um momento onde o Supremo teria uma certa liberdade especial não mais de estar, digamos, interpretando o direito no qual temos uma tradição que está enraizada, mas, antes, rompendo, seria, de alguma forma, essa interpretação, que a maneira como o senhor interpreta o próprio caso, o qual, onde, digamos, entender o caso tal como ruptura é tentador, ainda que não seja, digamos, uma interpretação única, muitos, inclusive autores que o senhor admira muito, preferem ver não tanto, digamos, ruptura assim com a letra, com a legalidade, da norma utilizada, mas não necessariamente com direito, com os princípios gerais do direito americano, mas ainda menos evidente é no caso, digamos, da decisão sobre o anencéfalo, ou na decisão sobre o casamento, a união homoafetiva, por que imaginar que seriam, digamos, momentos desse vanguardismo iluminista de ruptura, e não mais propriamente momentos de interpretação dos direitos no sentido forte, ou seja, dos direitos que estão garantidos nos princípios gerais da ordem jurídica a que pertence, digamos, aquela questão? Por que entender isso? A ideia de iluminismo civilizatório é perturbadora e eu não entendi porquê, se isso é um compromisso, digamos, metodológico, da maneira como o senhor vê a própria tarefa, limites e método da hermenêutica constitucional. Eu gostaria de ouvir mais sobre isso.

Luís Roberto Barroso — Uma observação interessante, Ronaldo, e brevemente, é que mesmo o Supremo Tribunal Federal, como a Suprema Corte, quando toma uma decisão que eu não gostaria de chamar de ruptura, eu gostaria de chamar de mudança de paradigma. Se você dá um passo à frente, mesmo nesses casos, você faz isso respaldado. Quer dizer, como disse, o casamento entre pessoas do mesmo sexo não tinha, como não maioria na sociedade, em certos estados, provavelmente se você perguntar, (...), portanto, há matérias em que você não pode se valer de uma lógica da política majoritária. Você precisa se valer de uma lógica, que é a lógica da melhor razão, por isso que eu usei a palavra iluminismo, por associar à ideia de razão. Porém, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, assim como a interrupção da gestação, teve apoio, não tinha apoio majoritário, mas os setores verdadeiramente formadores de opinião na sociedade já apoiavam, assim como nos Estados Unidos, quando eles decidiram, Brown, em acabar com a segregação racial nas escolas públicas, não era maioria. Os estados do sul, então, não conseguiriam nunca. Porém, a parte mais esclarecida da sociedade americana já apoiava aquele movimento, portanto, eu usei iluminista um pouco para valorizar a ideia

de razão e dizer que nem tudo da democracia é centrada no princípio majoritário. Mas eu fui cheio de reservas, com muita parcimônia, em situações excepcionais e eu acho que há mais uma ou outra no Brasil. Mas como tem imprensa aqui, eu não posso falar, porque eu estaria realmente pré julgando alguma coisa. Mas reservadamente eu te dou um exemplo ,que é indispensável o impulso iluminista, porque você não consegue contar com a sociedade e, às vezes, você tem grupos minoritários, seja religiosos ou qualquer outra natureza, bloqueiam a agenda de coisas que precisam avançar. Por isso que eu usei esse conceito, mas usei com toda cautela, com toda parcimônia, existe risco democrático e eu acho que a sua preocupação é fundada. Mas a ideia de iluminismo está associada à ideia de razão, como eu estava sobrepondo a razão à vontade majoritária, eu achei que iluminista era um bom termo.

Mediador — Acho que valeria a pena agora, na segunda rodada, um conjunto de perguntas para a gente, e aí volta à mesa.

[Não identificado] — (...) Prazer, à sua disposição, é uma pergunta curta. Quando a gente fala de direito e política, dos direitos da república, não há como não falar da crise atual. Presidência da República, da maneira como se encontra, o poder legislativo, as duas casas com seus presidentes em situações bastante particulares. O Supremo tem um papel nessa crise, além do papel meramente corporativo que o seu presidente atual evidencia?

Márcio Chaer — Márcio Chaer. Ministro, o senhor disse que o Supremo não pode se omitir. Eu vou falar, perguntar sobre dois casos que estão em pauta. Num deles, três ministros já se deram por impedidos, né? Fux, Carmen e o senhor. E, eventualmente, o ministro Fachin. Como é que vai ser? Precisa de oito votos para uma decisão e o Supremo já estabeleceu que não vai mais convocar gente do STJ. Essa é a primeira pergunta. A segunda, sobre se outra matéria em pauta, se o Supremo pode vir a impor ao poder público, ao executivo, a construção de vagas no sistema penitenciário.

Luís Roberto Barroso — Bom, no primeiro, ah, desculpa.

[Não identificado] — Presidente Fernando Henrique, ministro Barroso, os cumprimentos do Dr. Marcos da Costa, presidente da OAB de São Paulo, a quem eu represento nesse ato. São perguntas muito rápidas. Ministro, como vai ficar a questão da guerra fiscal? O senhor deu um voto brilhante, modulando os efeitos da guerra fiscal e existe uma

preocupação muito grande de alguns estados, no caso o estado de São Paulo é um em especial. Direito político também, como é que o senhor vê a convocação da presidente Dilma para reuniões, jantares no Planalto, se isso é uma atividade normal, faz parte de um encontro normal entre entes do poder ou o senhor vê que, nesse momento, devem se evitar esses encontros para que não haja uma má interpretação.

Luís Roberto Barroso — Eu vou começar pela última. A presidente convidou, no dia da fundação dos cursos jurídicos no Brasil, os presidentes de tribunais e os ministros do Supremo para jantar. Eu achei um gesto cordial, fui com muito prazer, não houve nenhum tema nem de crise, nem de processos do Supremo, uma reunião cordial social, e pra ser honesto e sincero, para eu ser independente como sou, eu não preciso deixar de ser civilizado. Portanto, eu acho que comparecer a um jantar com a presidente da república é um gesto civilizado. Talvez se eu fosse relator de um caso relevante de interesse direto da presidente, talvez não. Mas fora isso, foi uma manifestação de cortesia, quer dizer, isso é um erro que as pessoas às vezes cometem. Deixam eu te dizer, eu, ministro do Supremo, depois de muitos anos como advogado, numa advocacia felizmente bem sucedida, eu era um professor, fiz meu mestrado em Yale, fiz escola em Harvard, estava indo para Berlim, já tinha assinado contrato com o Instituto de Estudos Avançados de Berlim. Quer dizer, a minha vida, eu não dependia disso, mas aí eu fui convidado, eu aceitei com a maior, com muita honra, aceitei feliz da minha vida, de poder servir ao país e retribuir o muito que recebi. Eu estudei em escola pública, a minha vida é boa, eu frequento, como conferencista, universidades do mundo inteiro e eu devo isso ao Brasil. Então eu estou lá para retribuir o que eu recebi. Eu imagino, eu não consigo imaginar, salvo, talvez, as pessoas com menos informação, o risco de que eu fosse trocar o meu currículo pelo do Zé Dirceu. Ou o meu currículo pelo do Valdemar Costa Neto. Ou o meu currículo pela da presidenta Dilma. Não vou. Portanto, só faço o que acho certo e se o Zé Dirceu tiver razão, ele tem razão e eu decido em favor do Zé Dirceu, como decidi em quadrilha ou bando. Quem acompanhou, quem é próximo a mim (...), eu era, sou, absolutamente convencido, como continuo a ser que o crime de quadrilha ou bando estava prescrito, era preciso fazer um malabarismo jurídico de majoração da pena que eu teria vergonha de justificar. A opinião pública cobrava? Cobrava. A imprensa cobrava? Cobrava. A minha sogra cobrava? A minha sogra cobrava. É muito pior do que a imprensa. Mas, mesmo assim, aquilo, para mim, foi tão decisivo, num momento em que eu disse: “eu vou fazer o que é o certo, o que eu estou convencido que

é o certo”. Porque eu também não sou dono da verdade, eu respeito quem pensar diferente. Eu fiz o que era certo e isso Deus, minha mulher e os meus filhos sabem o que nós passamos naquelas semanas que se seguiram. Porém, as coisas ruins só colam em quem podem colar e só a verdade ofende. Então tudo passa. Eu estava dizendo para o presidente Fernando Henrique, que é essa figura exemplar de intelectual e de político. Eu me lembro que eu fazia campanha no parlamentarismo, lá em 93. E aí as pessoas que eu tinha apreço e que tinham chances políticas, não agradava nada, todas elas, embora os programas de seus partidos fossem parlamentaristas, eles defenderam o presidencialismo. O PT defendeu o presidencialismo, porque o Lula era candidato, o PDT defendeu o presidencialismo, porque o Brizola era candidato, o PMDB defendeu o presidencialismo, porque o Quéricia era candidato. Só o PSDB. Já era PSDB nessa época? Defendeu o parlamentarismo. E aí, eu escrevi isso, o grande beneficiário do presidencialismo imperial brasileiro foi Fernando Henrique, que defendeu o parlamentarismo coerentemente com a sua posição. Na vida, não há nada mais seguro do que você defender os seus princípios e se apegar a ele, porque você deve ser bom e correto, mesmo quando ninguém está olhando. Agora, aqui, é como eu julgo, é como eu faço e atravessei a tempestade com muita tranquilidade. Eu posso jantar com a presidente, mas não faria, e eu preciso dizer que eu sou reconhecido a ela, que me escolheu, porque poderia ter escolhido qualquer um e me escolheu, portanto eu quero o bem dela, torço por ela, mas eu não jamais faria uma coisa errada por ela. Nem por outra pessoa, porque eu estaria trocando a minha biografia. Papel do Supremo, Fernando, na crise atual. Eu, quer dizer, o Supremo tem um papel, sobretudo, jurisdicional e, de alguma forma, participa do debate, porque eu não sou a pessoa para fazer declarações políticas nem intervenções políticas, às vezes até tenho vontade, mas essa é uma autocontenção, porque se você quer ocupar um espaço institucional, você não pode participar do varejo da política. Então eu escolhi, para a minha vida, participar de um debate institucional. Os ministros do Supremo são garantidores da Constituição e, portanto, das instituições. O tempo institucional é diferente do tempo da política. Uma democracia como a brasileira, de 30 anos, é uma democracia jovem, claro, se houver alguma coisa que, institucionalmente, permita a mudança, a vida seguirá o seu curso, mas nós precisamos ter um cuidado no Brasil de não trocar o nosso patrimônio institucional para abreviar o tempo de um governo que se tornou impopular. Portanto, o varejo da política não pode derrotar as instituições. Essa, eu diria, é uma declaração que eu posso dar, porque eu me considero uma pessoa que foi escolhida para preservar as instituições. Portanto, eu, por exemplo, defendo, comentava desde

2006, escrevi uma proposta defendendo o semi presidencialismo, que é um modelo em que você, se pratica em Portugal, como se pratica na França, adaptável ao Brasil, que seria a solução para essa crise. Evidentemente que não dá para você implantar um modelo assim, mas eu, certamente, pensaria como uma forma culturalmente melhor nós termos um modelo semi presidencialista daqui a oito anos. Como é em todo mundo. O presidencialismo é um fenômeno americano, só deu certo nos Estados Unidos por razões peculiares, então eu acho que eu, quando escrevi, eu disse, “nós temos que aproveitar a bonança para fazer essa mudança institucional que vai neutralizar as nossas crises futuras”. A pior coisa que existe na vida é você depois que acontecer, “eu falei”, mas eu falei. E planos econômicos, Márcio, eu não participo de planos econômicos, porque na, por duas razões, na semana ou uma ou duas semanas antes da presidenta me convidar, eu recebi o diretor jurídico do Banco do Brasil, Dr. Machado, que disse, “eu estou muito preocupado com o Supremo, eu gostaria de contratar o senhor”. Eu estudei o assunto e propus a ele o que que achava que deveria ser feito, que foi o seguinte. Primeiro, eu preciso despolitizar essa questão, de modo que, disse eu a ele, “eu acho que o senhor deveria pedir a todos os ex-presidentes do Banco do Brasil, voltando para trás, então, Lula, presidente Fernando Henrique, presidente Itamar e todos os presidentes do Banco Central dizerem que eles entendem que não houve ganho indevido dos bancos nem perda ilegítima dos cobradores”. Porque isso despolitiza. Segundo, e ele fez isso, isso foi feito. Portanto, eu participei da estratégia de defesa, não posso julgar. Eu não posso participar desse julgamento. Portanto, esta é a minha razão para não participar dos julgamentos dos planos econômicos. Eu fui consultado como advogado, embora eu não tenho sido contratado, e era um bom contrato, eu me sinto impedido. Na questão do sistema penitenciário, eu já votei.

Márcio Chaer — Mas, faltando quatro votos, como é que vai ficar?

Luís Roberto Barroso — A vontade é do presidente e não sou eu quem preciso decidir isso, mas eu acho que, em outras situações, já se convocaram ministros do Supremo Tribunal de Justiça. Portanto, talvez possa ser a alternativa. Ou então, pior ainda, eu não vou falar isso, que os bancos vão querer me matar, se o Supremo pode julgar, mantém as decisões jurídicas. Mas acho que isso também talvez não seja o melhor caminho, mas esse problema eu não preciso resolver. Agora, o do sistema penitenciário, eu já votei e, portanto, a minha opinião é um dos papéis do judiciário e de um tribunal como o Supremo é de ser um defensor dos direitos das minorias. Sobretudo das minorias invisíveis.

Eu trabalhei, não sei se o senhor sabe disso, eu fui membro do conselho de defesa dos direitos da pessoa humana no seu governo, quando o ministro José Gregório, primeiro era o secretário geral, secretário de direitos humanos e convivemos longamente para a honra, prazer e proveito meu e nós discutíamos, esse país tem, às vezes eu saía de lá com vontade de chorar, de grupos de extermínio, as coisas que nós ouvíamos lá, é, o Brasil tem face triste e negra que nós precisamos superar, mas, no tocante aos presídios, não existe minoria mais invisível e desprezada do que a dos presos. Invisível, inclusive, porque eles não votam, nem saem à luz do dia e, portanto, só existe uma instituição que pode defender o mínimo de dignidade para essas pessoas, que é o Poder Judiciário, porque a política majoritária não se interessa por eles. Não vou dizer compreensivamente, faz parte da lógica, eles não votam. Portanto, um caso que chegou no Supremo, esse foi um dos casos mais difíceis que eu julguei. O sujeito tinha ficado dez anos preso num presídio em Mato Grosso do Sul, mas eu não queria descrever, porque é tão chocante, as pessoas dormem um sobre os outros e sobre fezes, e sobre urina, e com ratos e baratas, e comem de sacos plásticos, comida estragada. Isso é uma coisa tão degradante, tão chocante que eu acho que só o judiciário pode fazer alguma coisa. Aí veio o processo e o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul tinha entendido que aquilo era uma questão de reserva impossível, não tinha dinheiro para aquilo, então não tinha nem direito a indenização nenhuma. Aí o ministro Teori, que era o relator, reformou e condenou o estado de Mato Grosso do Sul a pagar dois mil reais. Dois mil reais? E porque ele manteve a decisão que vinha de primeiro grau. Dois mil reais para um sujeito que ficou dez anos preso? Vão violar a dignidade dele de novo, dizendo que isso vale dois mil reais. Agora, se você paga a indenização adequada para um sujeito que passou dez anos preso nessas condições que eu acabei de descrever, você quebra os estados. Portanto, era uma situação que não tinha para onde correr. E aí eu pesquisei, assim, ideias no mundo inteiro, teve uma pessoa, um assessor, e aí vim com uma ideia que eu acho que era a melhor possível, nas circunstâncias, que era, esse sujeito tem direito à indenização. Mas essa patrimonialização da vida, que é um fenômeno essencialmente americano, não é indispensável para tudo, portanto eu vou pensar outro modo de indenizar esse sujeito. E acho que a indenização de quem esteja preso, em regime degradante, essa foi a minha proposta, é em dias de liberdade, é, em cada semana, a cada sete dias em regime degradante, ele abrevia a pena dele em um dia. Essa a forma que eu propus. Eu sei que é um pouco difícil, ainda mais em um momento em que a sociedade está querendo que o direito penal endureça, mas se a sociedade quer que o direito penal endureça, ela

precisa ter consciência de que tem que botar dinheiro no sistema. Custa caro endurecer o direito penal. Esse debate da maioria penal. Eu acho que, numa democracia, nenhum tema é tabu. Portanto, eu acho que se a sociedade quer fazer o debate, tem que fazer o debate. Eu acho que deve fazer o debate. Não cláusula pétrea isso? Isso é outra questão. Primeiro, eu acho que tem que fazer um debate público, mas um debate público de qualidade, presidente, que é o que tem faltado no Brasil, então vira briga de torcida. Então um debate público de qualidade é: quanto custa um menor no presídio? Quantas vagas eu preciso criar para mudar essa política? A menos que se esteja pensando em botar. Porque eu não acho que seja uma questão moral, um menino de dezessete anos que mata alguém tem consciência, portanto eu não tenho problema moral. O problema é pragmático. É bom? Aí você vai botar esse menino de dezessete anos junto com os líderes das facções. O problema moral é diferente, o problema moral que eu diria é, esse Estado não apareceu para dar creche, para dar pré-escola, para dar ensino fundamental, para amparar um família desestruturada. O Estado aparece só na hora de colocar ele na prisão? Essa é uma questão moral que eu acho que eu discutiria, mas eu acho que um menino de dezessete anos que mata alguém sabe o que está fazendo. Portanto o debate público é um estudo de impacto legislativo, quanto custa tantas vagas, para a sociedade participar disso de uma maneira esclarecida. Então essa questão dos presos eu tenho tentado, o presidente Lewandowski tem tentado, o ministro Gilmar também tem, quer dizer, nós estamos tentando fazer um debate público relevante. Se nós queremos endurecer e eu acho que, em alguns casos, até pode, sobretudo no andar de cima, é preciso melhorar o sistema. Para melhorar o sistema, tem que colocar dinheiro. Para colocar dinheiro, tem que tirar de outro lugar. Portanto são escolhas trágicas que uma sociedade democrática tem que fazer. Mas se o Estado quer conservar o direito de prender uma pessoa, como todo Estado civilizado precisa ter, é preciso dar o mínimo de condições a essas pessoas. É, assim, é um filme de terror, parece que nós estamos, não é nem na Idade Média, é na pré-história, de violências sexuais, de violências físicas, de condições, assim, é quase enojante você narrar o que acontece. Então é preciso fazer alguma coisa. Quem pode fazer é o judiciário. Desculpa eu ter me alongado, mas esse é um assunto terrível.

Mediador — Muito bem, eu acho que a gente não pode abusar, além de certos limites, da paciência e da boa vontade do ministro Barroso. Hoje nós assistimos realmente, aqui, não só uma exposição brilhante, como no debate, uma qualidade argumentativa convincente e isso é um bom exemplo para todos nós. Ministro, eu não tenho outra palavra a

dizer, senão muito obrigado. O senhor honrou o Supremo Tribunal Federal e nos ajudou, a todos nós, a compreender melhor as suas funções magistras.