# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

**CLAUDIA MARIA BARBOSA**

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente –** Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

**Conselho Fiscal:**
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P769
Política judiciária, gestão e administração da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadora: Claudia Maria Barbosa – Florianópolis: CONPEDI, 2016.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-350-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Política Judiciária. 3. Gestão da Justiça. 4. Administração da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

---

## Apresentação

A constitucionalização das relações sociais que marcou o início dos anos 2000 no Brasil, e o papel do Judiciário na consagração de direitos sociais constitucionalmente estabelecidos, legitimaram um certo ativismo judicial que já foi inapropriadamente chamado de ativismo "do bem".

Infelizmente não demorou para que tal ativismo fosse travestido da pura e nefasta politização, evidenciada tanto na ação quanto na omissão do Judiciário em questões que envolveram o processo de impeachment da Presidente eleita Dilma Roussef em agosto deste ano, e a chamada oparação Lava-jato, ainda em curso.

O século XXI vinha evidenciando um protagonismo político do Judiciário que foi exacerbado em 2016 e despertou a sociedade para a necessidade de discutir outros desenhos institucionais que possibilitem a convivência harmônica entre os Poderes da República – não apenas os três tradicionais, executivo, legislativo e judiciário, mas agora quatro Poderes, dado o protagonismo do Ministério Público assumido em todo o processo de julgamento da Presidente.

Tradicionalmente o poder menos perigoso, como afirmou em 1963 o jurista norte-americano Alexander Bickel, o Judiciário brasileiro assumiu sem pudor um protagonismo que lhe era inédito e que encontrou no Brasil uma confluência de fatores que lhe propiciaram tornar-se um superpoder: constitucionalização de direitos e políticas públicas insuficientes ou ineficazes para realiza-los, fragilidade da democracia representativa e descrédito da classe política, corrupção de setores da política e do empresariado, entre outras.

Montesquieu em seu "O Espírito das Leis" advertiu para a necessidade de garantir o equilíbrio entre os poderes e frear o detentor de poder político porque, adverte, “quem tem o poder tende a dele abusar”. Ante o protagonismo político exercido pelo Judiciário, são necessários mecanismos eficazes de controle da sociedade, capazes de assegurar a liberdade no julgar e coibir eventuais abusos, para assegurar a legitimidade da Justiça, sem a qual toda a estrutura em que está erigido o Estado de Direito (e nem se está falando do democrático), torna-se despicienda.

Tal controle funda o que a doutrina vem chamando accountability judicial, a qual pressupõe transparência e responsabilização dos agentes de Estado pelas maus-feitos decorrentes do exercício abusivo da autoridade.

A accountability judicial é corolário da democratização do judiciário, e esta é condição necessária para legitimar sua autoridade republicana, temas sobre os quais há infindáveis discussões que precisam ser levadas à sério.

Mas para além de problemas de desenho institucional, os desafios impostos hoje ao Judiciário são hercúleos, na medida em que repousa sobre seus ombros a solução pacífica de um número cada vez maior de conflitos de diferentes matizes, cuja solução ultrapassam muitas vezes a capacidade da Justiça.

Protagonismo Político, democratização, accountability, eficiência e eficácia são os temas em torno dos quais giram os artigos apresentados e discutidos no grupo "Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça" reunidos nesta obra que tenho a honra de apresentar. Esperamos com isso fomentar e incrementar a discussão, com vistas a influenciar políticas públicas de Estado que tenham por objeto o sistema de justiça, com o intuito de melhorá-lo e torna-lo cada vez mais acessível e legítimo a todo cidadão brasileiro.

Profa. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR

# SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DECISÕES EXTRACONSTITUCIONAIS: (FALTA DE) PARÂMETROS E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252/MS

# SUPREME COURT OF BRAZIL AND EXTRACONSTITUCIONAL DECISIONS: (LACK OF) PARAMETERS AND EXTRAORDINARY APPEAL N. 580.252/MS

**Antoine Youssef Kamel** [1]

**Resumo**

Este trabalho trata do Supremo Tribunal Federal enquanto esfera de tomada de decisões casuísticas, trazendo alguns exemplos. Demonstra-se a enorme quantidade de casos submetidos ao Supremo e por ele julgados, atribuindo-lhe, ao lado do papel de corte constitucional, outros papéis que sobejam. Destaca-se o voto do Ministro Barroso no Recurso Extraordinário 580.252/MS, no qual pretende calcular remição de pena em situação prisional de indignidade extrema. Conclui-se que, ao transbordar limites constitucionais e não impor a si mesmo qualquer parâmetro de atuação, o Supremo Tribunal Federal corre o sério risco de perder a sua legitimidade perante a academia e a sociedade.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial, Supremo tribunal federal, Recurso extraordinário 580.252 /ms, Corte constitucional

**Abstract/Resumen/Résumé**

This work deals with the Supreme Court of Brazil as sphere of case by case decisions. It demonstrates the enormous amount of cases tried by the Supreme, giving it, beyond the role of constitutional court, other roles that inflate its activities. It is shown the vote of Minister Barroso in Extraordinary Appeal n. 580252/MS, in which he intends to assign effect of penalty redemption to prison in undignified conditions. It's concluded that, once going over constitutional limits and does not imposing itself parameters of action, the Federal Supreme Court runs the risk of losing its academic and social legitimacy.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Judicial activism, Supreme court of brazil, Extraordinary appeal n. 580252/ms, Constitutional court

---

[1] Advogado, mestrando em Direito pelo Centro Universitário Internacional UNINTER na área de concentração "Estado, Poder e Jurisdição", linha de pesquisa "Jurisdição e Processo na Contemporaneidade".

## 1 Introdução

Este trabalho visa a estudar o Poder Judiciário enquanto ator no papel político da nação brasileira. Nesse viés, o Supremo Tribunal Federal é identificado como importante esfera de decisões políticas e extraconstitucionais,[1] e nesse ponto ele precisa ser visto, estudado — em especial para demonstrar suas vulnerabilidades — e revisto — para direcioná-las e corrigi-las.

Assim, em um primeiro momento, atém-se ao decisionismo, a postura, pode-se dizer, invasiva, do Supremo Tribunal Federal, a qual o coloca como um tribunal ativista, imiscuindo-se nas mais diversas áreas.[2] Além disso, ao colher exemplos, mostra-se um tribunal que decide sob uma grande variedade de fundamentos, não só constitucionais; argumentos escolhidos caso a caso, sem atenção a precedentes.

No segundo tópico, foca-se na atuação política do Supremo, com visão crítica acerca da quantidade de casos julgados não só como tribunal constitucional, mas como instância recursal privilegiada, abarrotando-o de casos. Aponta-se aqui a necessidade de uma reforma institucional que privilegie seu papel de guardião de Constituição.

Por fim, dá-se atenção ao voto do Ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 580.252/MS, no qual um preso requer indenização pelas condições indignas que enfrenta na prisão. O voto do ministro é, ao que se mostra, uma criação que foge de parâmetros razoáveis de atuação, sendo nada mais que uma criação mirabolante que traz o vislumbre de um presente transviado em termos de decisões judiciais na esfera do Supremo.

## 2 Decisionismo: A Postura Contemporânea do Supremo Tribunal Federal

Contemporaneamente, o Supremo Tribunal Federal é aquele órgão que tem visões claras sobre um papel de interferência insofismável na arena política, se tal for necessário para garantir a Constituição. Não é surpresa que o Supremo demonstra estar pronto para enfrentar qualquer questão que lhe seja submetida, com maior ou menor respaldo do texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal surgiu na Constituição Provisória publicada com o Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890. A Constituição promulgada em 24 de fevereiro de

---

[1] Extraconstitucionais: neologismo para designar decisões do tribunal constitucional sem fulcro diretamente constitucional.

[2] Entendido o ativismo judicial como uma postura ativa do tribunal a ponto de, uma vez que lhe é submetido um caso, decidi-lo no mérito sempre que possível, ainda que sem todo o amparo constitucional de fundamentação — imiscuindo-se assim, mais ou menos veladamente, em questões morais, religiosas e políticas. (VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, 2008, p. 441-464. p. 453.)

1891, que instituiu o controle da constitucionalidade das leis, dedicou ao Supremo Tribunal Federal 5 artigos — a Constituição vigente, de 1988 lhe dedica 3 artigos, do art. 101 ao art. 103 (BRASIL, 2016d). Já Rui Barbosa (1849–1923) disse: "O Supremo Tribunal Federal está de vela na cúpula do estado." (VIEIRA, 2008, p. 441.)

O Supremo vem formando precedentes de intromissão acentuada em assuntos políticos, com argumentos também de origem política. Apenas a título exemplificativo de discussão recente:

a) A possibilidade de cumprimento de pena enquanto pende julgamento de Recurso Extraordinário: deixando de lado toda a jurisprudência do Tribunal até então, o Supremo decidiu, em decisão proferida no *Habeas Corpus* 126.292–SP, que o cumprimento de pena a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator, ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que definiram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena. O argumento do relator, proferido em 17 de fevereiro de 2016, foi:

> Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias. (BRASIL, 2016c, p. 18.)[3]

Quase exatamente um ano antes, em 05 de fevereiro de 2015, o mesmo ministro deferiu medida cautelar no mesmo *Habeas Corpus*, discorrendo que "a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar, ou seja, é imperiosa a indicação concreta e objetiva de que os pressupostos descritos no art. 312 do Código de

[3] Tal decisão contraria a interpretação da presunção de inocência até então e ignora completamente norma infraconstitucional de 2011, válida e vigente, que determinou redação ao art. 283 do Código de Processo Penal: "Art. 283. **Ninguém poderá ser preso senão** em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, **em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva." (Destacou-se.)

Processo Penal incidem na espécie, o que não ocorreu no caso." (BRASIL, 2016e.) A liminar aí concedida foi, claro, revogada na decisão final supramencionada.

b) O afastamento de Eduardo Cunha da Câmera dos Deputados por via liminar em 04 de maio de 2016, com um argumento reconhecidamente pontual (justificando-se por não seguir precedentes e nem se obrigando a utilizá-lo como um) e reconhecidamente sem "previsão específica, com assento constitucional". Assim foi a decisão do ministro Teori Zavascki na Ação Cautelar 4.070/DF, entre 73 páginas:

> Decide-se aqui uma situação extraordinária, excepcional e, por isso, pontual e individualizada. A sintaxe do direito nunca estará completa na solidão dos textos, nem jamais poderá ser negativada pela imprevisão dos fatos. Pelo contrário, o imponderável é que legitima os avanços civilizatórios endossados pelas mãos da justiça. Mesmo que não haja previsão específica, com assento constitucional, a respeito do afastamento, pela jurisdição criminal, de parlamentares do exercício de seu mandato, ou a imposição de afastamento do Presidente da Câmara dos Deputados quando o seu ocupante venha a ser processado criminalmente, está demonstrado que, no caso, ambas se fazem claramente devidas. A medida postulada é, portanto, necessária, adequada e suficiente para neutralizar os riscos descritos pelo Procurador-Geral da República. (BRASIL, 2016b, p. 72-73.)

Nesse caso, foi negada a própria eficácia e suficiência da Constituição, em uma decisão que não se valeu de critério objetivo, nem sequer se valeu do texto constitucional — em uma corte que se diz constitucional. Não é por menos que Oscar Vieira Vilhena aponta que não só o Poder Judiciário vem assumindo papel político, quanto que o Supremo Tribunal Federal vem sendo um protagonista na esfera política. (VIEIRA, 2008, p. 442.)

Não se pretende valer de uma análise exaustiva de cada uma das decisões mencionadas. Importou aqui demonstrar, em alguns casos, como o STF não tem tido qualquer limitação em se valer de argumentos políticos (impunidade; situação excepcional sem assento constitucional) para construir precedentes temerários, frágeis, facilmente mutáveis. Isso, por si só, não é desprestígio:

> Esta abertura à sociedade civil, bem como uma deliberada exposição a discursos de natureza científica, religiosa, econômica, etc., não podem ser vistos como algo necessariamente negativo. Ao contrário, demonstram a necessidade do Supremo em buscar ampliar a sua base de legitimidade, em face dos desafios de tomar decisões com impacto fortemente político. (VIEIRA, 2008, p. 453.)

Passa a se tornar preocupante o ativismo quando não há balizas de atuação:

> Uma corte ativista, com enorme exposição pública e responsabilidade por tomar decisões de grande magnitude, fica submetida a distintos padrões de escrutínio, que já vêm expondo suas tensões internas e potenciais fragilidades. Ao tomar decisões de natureza política, e não apenas exercer a autoridade de preservar regras, o Supremo passará a ser cobrado pelas conseqüências de seus atos [...]. (VIEIRA, 2008, p. 453.)

O novo Código de Processo Civil, estabelece no art. 926 que "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.". Mas, ao falar-se do Supremo Tribunal Federal, pode-se falar apenas em "precedentes", e sem qualquer força de obrigatoriedade ou vinculação. Torna-se difícil utilizar o termo "jurisprudência", porque não parecer haver um caminho trilhado, um rumo certo, mas encruzilhadas para que se escolha, caso a caso, aonde ir. Nos casos observados, entre outros que se vivenciam no Judiciário brasileiro, não é o que ocorre. Mesmo com o CPC/2015, que exige obediência aos precedentes até na menor instância, ainda assim, o próprio Supremo Tribunal Federal não tem uma raciocinada pautada em jurisprudência e precedentes.

Ao tratarem da judicialização da política, Luiz Werneck Vianna e outros demonstram que o Supremo Tribunal Federal, tanto quanto guardião da Constituição, firmou-se como arena de combate entre os atores políticos, em especial com o uso das Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Dispõem que:

> A percepção mais geral que se impõe é a de que as Adins já fazem parte do cotidiano da moderna democracia brasileira, afirmando, ao longo de quase duas décadas, em sucessivos e diferentes governos, a sua presença institucional, e mais fortemente ainda no atual governo Lula, em que funciona como escoadouro dos conflitos entre sociedade e Estado, e dos que surgem no interior da própria administração pública e da federação. Assim, além de ser instrumento da defesa de minorias, sua origem constitucional clássica, a pesquisa revela que a Adin também é recurso institucional estratégico de governo [...].(VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 84.)

Sustentando o argumento de utilização do Poder Judiciário para fins políticos, em representação gráfica o autor comprova o uso maior de Adins no primeiro período Lula, que gerou certa insegurança política:

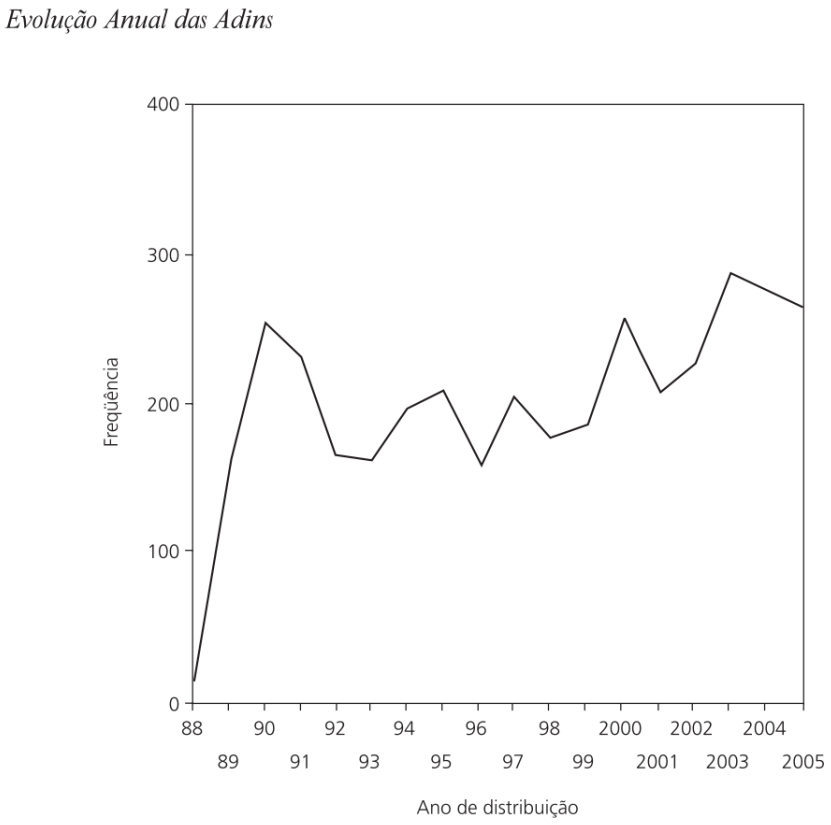


*Figura 1 —Evolução anual das Adins no período estudado pelos autores (1988–2005). (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 46.)*

Usa-se essa estatística, entre tantas outras possíveis para demonstrar o efeito, apenas para enfatizar que, se o Judiciário age tanto, no caso específico o Supremo Tribunal Federal, é porque é tanto provocado; o que naturalmente se infere pela razão. O diferencial de um tribunal ativista é o fato de não rejeitar as questões, por mais que não sejam estritamente de sua competência.

Em vista da linha demonstrada de atuação agressiva do Supremo, a Câmara dos Deputados propôs a PEC 3/2001 com o fito de conferir ao Congresso Nacional o poder de, conforme a ementa, "sustar os atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa". Segundo a justificativa da proposta, de duas páginas, com isso garantir-se-ia "o funcionamento harmônico e independente dos poderes", "evitando que ocorram, com frequência [*sic*], conflitos de competência entre os mesmos e o conseqüente desgaste de suas imagens perante a opinião pública." (BRASIL, 2016a). O projeto de Emenda Constiticional, em tramitação, deixa transparecer a preocupação do Congresso com a intromissão do poder judiciário na esfera de atuação do poder legislativo.

Somada aos exemplos *supra*, no último capítulo passar-se-á ao estudo de elaboração imaginativa do ministro Luís Roberto Barroso para solução do caso de um preso que clama por condições melhores de prisão — e indenização. Por agora, discutem-se os parâmetros balizadores da atuação política do Supremo Tribunal Federal.

## 3 Críticas à Ampla Atuação do Tribunal Constitucional

O direito brasileiro, por ser constitucionalizado,[4] necessita de um guardião para esse importante documento. A partir da constitucionalização do direito, o poder judiciário assumiu um papel de maior relevo, pois, como intérprete oficial da Carta, passou a analisar e a demarcar os direitos fundamentais na forma como devem ser aplicados e, consequentemente, a influir em toda espécie de decisão, inclusive política, a permear a Constituição.

Sendo a Constituição a norma regente maior do país, com observância geral obrigatória, é facilmente aplicável quando diz, por exemplo, em seu art. 13, "A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil." Por outro lado, não é tão fechada em sua interpretação quando diz, no art. 1º, que "[a] República Federativa do Brasil [...] tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana". A aplicação é, destarte, de campo muito mais aberto. A realidade dos fatos em cada época se intromete na estrutura normativa constitucional, criando interpretações que se modificam com o passar dos séculos, das décadas, quando não dos anos ou meses — conforme se observou nos exemplos tratados acima.

É desse modo que se pode dizer que questões constitucionais são, também, questões políticas (BARBOZA, 2005, p. 174; HESSE, 1991, p. 9). E questões constitucionais têm a última palavra dada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, *caput* da própria Constituição. Assim é que, nesse prisma de questões jurídico-político-constitucionais, sendo a Constituição Federal de 1988 uma Constituição aberta (BARBOZA, 2005, p. 18), deve-se pensar no norte de atuação do STF para que, de Tribunal Constitucional, não se torne Supremo Tribunal Político.

---

[4] "A constitucionalização do direito pode ser conceituada [...] como um processo de transformação em que o ordenamento jurídico é totalmente impregnado pelas normas constitucionais, capazes de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, os atores políticos e a sociedade." No direito constitucionalizado, também se propugna a proteção de direitos fundamentais (SANTOS, 2014, p. 27).

Um parâmetro claro a reger a atuação do STF é seu próprio papel no formato democrático eleito pelo Poder Constituinte originário na Constituição de 1988.

Estefânia Maria de Queiroz Barboza aduz que, "em uma Constituição democrática como a brasileira, o papel da jurisdição constitucional é o de proteger as minorias, enquanto grupos vulneráveis, e de lhes assegurar a realização de seus direitos fundamentais." (BARBOZA, 2005, p. 176). Se o papel do Tribunal Constitucional é proteger a Constituição, garantindo também os direitos fundamentos ali previstos, também os limites de atuação jurisdicional se encontram no mesmo documento-mor. Assim Mauro Capelletti: "discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos". Adiante, diz: "criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente 'direito livre", no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o juiz". (CAPELLETI, 1999, p. 26-27). Barboza (2005, p. 164) complementa o raciocínio do jurista italiano: para o Legislativo, o Executivo e o Judiciário brasileiros, há limites claros, estabelecidos na Constituição.

Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 457) aponta determinadas linhas que deveriam ser seguidas para evitarmos a produção de aberrações na esfera de decisão do Supremo. Diz o autor que algumas mudanças de natureza institucional são indispensáveis para que se possa reduzir o mal-estar supremocrático detectado. Em primeiro lugar, seria a redistribuição das competências do Supremo. Ele não pode continuar atuando como (1) corte constitucional, (2) tribunal de última instância e (3) foro especializado. Esse acúmulo de tarefas, que, na prática, apenas se tornou factível graças à crescente ampliação das decisões monocráticas, coloca o Supremo e seus Ministros em uma posição muito vulnerável. Portanto, é fundamental que o Supremo seja liberado de um grande número de tarefas secundárias, para exercer a sua função precípua de jurisdição constitucional.

O Supremo vem criando normas e decidindo casos apenas interpartes em número assombroso. Apenas para citar um exemplo, destaca-se o fato jurídico de que a decisão de tribunais superiores (Tribunal Superior Eleitoral e Supremo Tribunal Federal) criou uma nova categoria de perda de mandado parlamentar, distinta daquelas hipóteses previstas no artigo 55, da Constituição Federal, que, como o próprio Ministro Celso de Mello reconheceu, constituem *numerus clausus* — mudança de partido após pleito eleitoral. E aqui é relevante trazer as palavras do autor:

> O fato de se estar estabelecendo mais uma hipótese de perda de mandado parlamentar, evidentemente, cria um problema institucional sério: a decisão tomada pelos dois tribunais é decorrência de um processo de interpretação constitucional ou tem ela caráter legislativo (no caso específico: de natureza constitucional)? O próprio Ministro Celso de Mello enfrentou esta questão ao dizer que a Constituição conferiu ao Supremo "o monopólio da última palavra em temas de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental", o que pode ser interpretado como uma leitura fiel do artigo 102 da Constituição. O ministro, no entanto, foi além ao adotar em seu voto as seguintes palavras de Francisco Campos: "A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la [...]. Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte". (VIEIRA, 2008, p. 455.)

Faz-se oportuno destacar a ausência de parâmetros legais e doutrinários ao exercício do que se pode chamar de jurisdição política, o que tem levado ao desprestígio de regras democraticamente promulgadas em favor de princípios nitidamente moldados às impressões pessoais dos julgadores.

Se, por um lado, a liberdade com que o Supremo vem resolvendo sobre matérias tão relevantes demonstra a grande fortaleza que esta instituição adquiriu nas duas últimas décadas, contribuindo para o fortalecimento do Estado de Direito e do próprio constitucionalismo, por outro, é sintoma da fragilidade do sistema representativo em responder as expectativas sobre ele colocadas. Em um sistema em que os poderes políticos parecem ter perdido a cerimônia com a Constituição, nada pode parecer mais positivo do que o seu legítimo guardião exercer a sua função precípua de preservá-la. Porém, ainda que isso possa a ser visto como desejável, sabemos todos que esta é uma tarefa cheia de percalços. Não há consenso entre os juristas sobre como melhor interpretar a Constituição, nem tampouco em como solucionar as inúmeras colisões entre seus princípios. E tudo aporta no Supremo Tribunal Federal, (e é por ele aceito no mérito e ali mesmo decidido). Como aponta o próprio Ministro Celso de Mello, em uma república, nenhuma esfera de poder pode ficar imune a controles. Assim, há que se lutar pela "progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder". (VIEIRA, 2008, p. 457.)

Assim, se "[o] operador do Direito passa a mudar seu papel de mero aplicador formal da lei e da Constituição, assumindo uma ideologia política estabelecida na própria Carta Constitucional, de modo a interpretar o Direito de acordo com a realidade social de sua época" (BARBOZA, 2005, p. 175), não se quer significar que o casuísmo possa imperar ao se tratar do Poder Judiciário. Espera-se, em primeiro lugar, racionalidade na aplicação das decisões. Não uma racionalidade instantaneamente construída para o caso concreto, mas uma que privilegie a

segurança jurídica; que leve em conte os precedentes (mesmo que seja para bem justificar sua superação) e que se fundamente, sem óbice, na interpretação da realidade da época de sua aplicação,[5] porém, desde que à constante luz da Constituição.

Se Dworkin defende "o direito como integridade [...] como uma forma de garantir uma coerência no direito e nas decisões judiciais" (BARBOZA, 2016), a não integridade das decisões no STF pode ser vista, em última análise, até mesmo como antijurídica, mas não como sempre inoportuna. Sob o argumento da racionalidade das decisões, impende que não se fique apenas na crítica, uma vez que há, de certo, exemplos positivos do decisionismo no Supremo brasileiro, do qual apenas um se cita, como contraponto ao apresentado até aqui: o da prisão de depositário infiel.

Mesmo após a ratificação em 1992, pelo Brasil, do Pacto de São José da Costa Rica, não se teve imediata aplicação da impossibilidade da prisão civil fora o devedor alimentício. Foi em julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP (julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566)[6], sob relatoria do Ministro Cézar Peluso, pela impossibilidade de prisão do depositário infiel, em 2008. A decisão foi precedente representativo para edição da súmula vinculante nº 25, aprovada em Sessão Plenária de 16 de dezembro de 2009: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito."[7]

Portanto, alguns casos se traduzem em exemplos de proatividade e inovação que merecem ser repercutidos em casos futuros — se é que se pode prever o pensamento dos ministros.

Sugere-se (VIEIRA, 2008), para organização e segurança jurídica do Supremo Tribunal Federal, a seleção de casos importantes, tanto de controle difuso quanto de controle concentrado; a realização de audiências públicas, agora previstas no Código de Processo Civil, no § 1º do art. 983; uma deliberação mais consistente, a fim de se chegar a um ponto comum, ou alguns, e não onze votos distintos; e a declaração apenas dos votos importantes, a fim de

---

[5] Nesse sentido, citando Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Estefânia Barboza aduz: "[...] mudanças também são refletidas no Judiciário; o juiz começa a mudar seu papel de mero aplicador formal da lei e da Constituição e passa a interpretar o Direito de acordo com a realidade social de sua época, a fim de 'trabalhar ativamente para consolidar um novo ideal de justiça, qual seja, o da justiça social distributiva.'" (BARBOZA, 2005, p. 121.)

[6] A decisão pode ser consultada em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 25 jul. 2016.

[7] A referida súmula e relação de "precedentes representativos" (como se somente alguns precedentes do Supremo o fossem) disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>. Acesso em: 25 jul. 2016.

ajudar o jurisdicionado a compreender, e não o confundir pela multiplicidade de argumentos. De tal forma, seria mais fácil estabilizar a jurisprudência não só no próprio Supremo, mas nas instâncias inferiores. Por certo que a redução das competências e a qualificação do processo de deliberação não irão, por si, resolver as dificuldades do Supremo Tribunal Federal, mas poderão dar mais integridade às suas decisões, reduzindo arestas que, em última instância, vulneram sua própria legitimidade enquanto Corte maior do país.

Passa-se, assim, a um exemplo, ocorrido no Recurso Extraordinário 580.252/MS, com o voto do ministro Luís Roberto Barroso.

## 4 O Voto de Barroso no Recurso Extraordinário 580.252/MS

É ponto forte que a jurisdição constitucional exerce força, contramajoritária se necessária, na defesa de direitos e garantias fundamentais, conforme os argumentos tecidos acima nas palavras de Estefânia Barboza. Por outro lado, no caso que ora se analisa, mostra-se a solução proposta por um ministro do Supremo que, pensa-se, não pode sequer almejar *status* constitucional.

A situação levada a juízo, conforme relatório, se expressa da seguinte maneira:

> Discute-se no presente processo o direito de presos submetidos a condições desumanas ou degradantes de encarceramento à obtenção de indenização do Poder Público a título de danos morais. [...]
> O presente voto cuida, essencialmente, do problema da reparação de danos. Porém, por inevitável, os argumentos aqui expostos procuram lidar com o sistema carcerário como um todo [...].
> 6. O presente recurso extraordinário discute a existência de responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados aos presos em decorrência da superlotação e do encarceramento em condições desumanas e degradantes. Em 17.02.2011, esta Corte reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada, nos seguintes termos: "[p]*ossui repercussão geral a questão constitucional atinente à contraposição entre a chamada cláusula da reserva financeira do possível e a pretensão de obter indenização por dano moral decorrente da excessiva população carcerária*".
> 7. O caso concreto subjacente envolve ação ordinária de reparação de danos morais ajuizada pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, em favor do recorrente, que, condenado a 20 anos de reclusão, cumpria pena no estabelecimento penal de Corumbá (MS). A Defensoria alegou, em síntese, que o preso teria direito a indenização, por estar submetido a tratamento degradante, decorrente da excessiva população carcerária e de problemas estruturais do presídio, como condições precárias de habitabilidade, insalubridade e ausência de espaço físico mínimo nas celas. Com base nisso, pleiteou a condenação do Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de um salário mínimo mensal ao recorrente, enquanto perdurasse o tratamento degradante e a superlotação.
> 8. A decisão recorrida, proferida em sede de embargos infringentes, reformou o acórdão da apelação para julgar o pedido improcedente. Na apelação, o Tribunal de

> Justiça local, por maioria, havia condenado o Estado a pagar ao recorrente a quantia de R$ 2 mil a título de indenização por danos morais. A decisão dos embargos infringentes afastou, porém, o dever de reparação. Embora tenha reconhecido a "*superlotação carcerária e as precárias condições a que são submetidos os reclusos*", o Tribunal concluiu pela aplicação da "reserva do possível", sob o argumento de que "*para cessar o dano causado e repará-lo, é necessário (...) realizar a implementação de políticas públicas", o que exigiria "disposição de verba orçamentária*". (BRASIL, 2015, p. 3–6.)

Sendo levado o caso ao Supremo Tribunal Federal, a ideia do ministro, levada como solução em seu voto-vista, se resume nas seguintes palavras:

> 4. Diante do caráter estrutural e sistêmico das graves disfunções verificadas no sistema prisional brasileiro, a entrega de uma indenização em dinheiro confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos detentos, além de drenar recursos escassos que poderiam ser empregados na melhoria das condições de encarceramento. 5. É preciso, assim, adotar um mecanismo de reparação alternativo, que confira primazia ao ressarcimento in natura ou na forma específica dos danos, por meio da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal. [...] (BRASIL, 2015, p. 1–2.)

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 580.252/MS, no qual pretende atribuir efeito de remição de pena a uma situação prisional de extrema indignidade, é ele mesmo uma negação da própria dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da Constituição). Como ele mesmo pontua, tem-se uma questão estrutural (um sistema prisional debilitado) levado à discussão na esfera específica de um processo judicial individual. Pode-se decidir alguma coisa nesse contexto? Para uma corte ativista, sim.

O voto continua nas seguintes nuances de cálculo:

> Em consonância com o raciocínio desenvolvida acima, a tese a ser fixada, com os efeitos inerentes ao instituto da repercussão geral, é a seguinte: "*O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente". (BRASIL, 2015, p. 61–62.)*

O caso ainda não foi julgado pelo Supremo, porém, ao que este texto indica, não há de ser pela via proposta pelo ministro Barroso.

Permitir um estado de coisas indigno a pretexto de compensar a vítima que teve seu direito violado — seja em pecúnia, seja em remição de pena — não traz em si fundamento constitucional ou senso de justiça. Trata-se de decisão que leva em conta o que é visto como impossibilidade prática em face de situação inconstitucional e, em vez de determinar o cumprimento da Constituição, molda-a aos contornos da realidade. Detalhe: sequer foi um pedido do preso ou do Estado esse modo de solver a questão.

Decidindo com racionalidade moldada caso a caso, como demonstrado, o Supremo Tribunal Federal tem demonstrado racionalidade nenhuma. Pode vir a tomar — se já não tomou — dimensões maiores do que guardião da Constituição (art. 102, *caput* da CF), ao ter a palavra final naquilo em que convier, como se fosse não Tribunal Constitucional, mas Supremo Tribunal Extraconstitucional, Supraconstitucional ou, mesmo, Inconstitucional.

## 5 Considerações Finais

Ainda que com a importante função de garantir direitos fundamentais, uma corte constitucional ativista, que decide no mérito grande quantidade dos casos submetidos a ela, pelos mais diversos fundamentos além da própria Constituição, corre o sério risco de tomar decisões consideradas juridicamente erradas, disparatadas. Mesmo porque é humanamente impossível que 11 ministros profiram tantas decisões em curto período de tempo. Considerando apenas um único ano, 2015, o Supremo Tribunal Federal publicou, entre decisões em recurso interno, decisões finais, liminares etc., 17.482 acórdãos.[8] Para efeito de cálculo: se apenas um ministro tivesse proferido cada acórdão (o que não é o caso, pois foram consideradas apenas decisões colegiadas), cada um teria que tomar anualmente 1.589 decisões. Isso daria mais de 4 decisões por dia, sem considerar férias, recesso ou finais de semana, e desconsiderando, ainda, as decisões monocráticas.

Com números tão altos, a probabilidade de cometer erros é grande. Com base nas mesmas estatísticas desse mesmo ano, descobrimos que, de todos eles, somente 116 foram para atribuir repercussão geral a determinados casos. E por isso é de se considerar, mais uma vez, uma reforma institucional, que realce o papel do Supremo enquanto corte constitucional, dele se desachegando a visão de terceira instância de recurso, de foro especializado para debate e

[8] Dado de 2015, conforme estatística oficial do Supremo Tribunal Federal disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesinicio>. Acesso em: 9 jun. 2016.

decisão de questões olvidadas pelo Legislativo. Por que não decidir, com qualidade, apenas os 116 casos, com precedentes bem formados para orientar toda uma gama de casos submetidos às instâncias ordinárias?

Na análise do voto considerado em maior destaque neste trabalho, com uma proposta de solução judicial aberrante, conclui-se que o STF, guardião da Constituição, não se tem atribuído a posição constitucional que lhe é de direito. Parece que, ao contrário de se satisfazer com a atribuição de realizar a Constituição, quer fazer "justiça" — a qualquer custo. Ao transbordar limites constitucionais e não impor a si mesmo qualquer parâmetro de atuação, corre o sério risco de ser não mais considerado simplesmente uma corte constitucional, mas uma corte constitucional inconstitucional.

Não se quer dizer que a jurisdição constitucional não tenha ou não possa ter lugar. Otto Pfersmann (2014, p. 94) identifica o Estado de Direito com a possibilidade desse controle, ao afirmar que "o imperativo do Estado de Direito exige que toda norma possa ser controlada antes e/ou depois [de] sua entrada em vigor por órgãos especializados, distintos daqueles que editaram e independentes em relação a estes." Esse poder de controle judicial é altamente positivo em casos que podem ser citados, como o da impossibilidade de prisão civil do depositário infiel pela aplicação do Pacto de São José da Costa Rica.

Assim, é possível concluir que o Supremo anda em veredas incertas — e carece de uma reforma institucional, ao menos para decidir que casos irá julgar, o que impactará também na qualidade dos precedentes —, mas escolhas ruins não são regra; conforme se exemplificou, o entendimento do sistema normativo brasileiro foi positivamente impactado, em prol de direitos humanos, graças ao ativismo judicial que caracteriza o Supremo Tribunal brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal,é um órgão especializado, distinto do poder criador de normas positivas, logo, legitimado é no Estado de Direito brasileiro, segundo Pfersmann, a efetuar o controle normativo com base em sua especialidade — a Constituição. O obstáculo há em que o controle não se tem efetuado com rigor constitucional, isto é, não um controle com jurídico fundamento na constituição, mas um controle político que é, em maior ou menor grau, discricionário.

## 6 Referências

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Fundamentais Sociais**. 184 f. Dissertação (mestrado em Direito Econômico e Social) — Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2005.

_____. Precedentes judiciais e segurança jurídica. **Gazeta do Povo**, 2013. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/artigos/precedentes-judiciais-e-seguranca-juridica-5ihhnkclvj9jmg81v3eydpugv>. Acesso em: 25 jul. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 3/2011**. Estabelece a competência do Congresso Nacional para sustar os atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>. Acesso em: 25 set. 2016a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar 4.070 — Distrito Federal**. Decisão do Min. Teori Zavascki. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AC4070.pdf>. Acesso em: 07 maio 2016b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas corpus* nº. 126.292/SP**. Possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>. Acesso em: 20 set. 2016c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Histórico**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>. Acesso em: 9 jun. 2016d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Liminar no *Habeas corpus* nº. 126.292/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 05 fev. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126292%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 20 set. 2016e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.252 — Mato Grosso do Sul**. Voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2015.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Rio Grande do Sul: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

PFERSMANN, Otto. Prolegômenos para uma Teoria Normativista do “Estado de Direito”. In: _____. **Positivismo Jurídico e Justiça Constitucional no Século XXI**. Tradução, organização e introdução de Alexandre Coutinho Pagliarini, prefácio de Jorge Miranda, apresentação de Francisco Rezek. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 64–99.

SANTOS, Douglas Henrique Marin dos Santos. **Judicialização da política**: desafios contemporâneos à teoria da decisão judicial. Curitiba: Juruá, 2014.

SULTANY, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification. **Harv. C.R.-C.L. L. Rev.**, v. 47, n. 1848, p. 371, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, v. 19, n. 2, p. 39–85, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441–464, 2008.