

DEMOCRACIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E PAPEIS DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

UFMG, 23.03.2017

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO

Parte I

OS CONCEITOS BÁSICOS

II. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

III. DIREITOS FUNDAMENTAIS

IV. PAPEIS DAS SUPREMAS CORTES E TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

Parte II

ALGUMAS QUESTÕES DA ATUALIDADE INSTITUCIONAL BRASILEIRA

I. COMBATE À CORRUPÇÃO

II. FORO PRIVILEGIADO

III. REFORMA POLÍTICA

IV. DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA

V. DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

CONCLUSÃO

I. INTRODUÇÃO

Parte I

OS CONCEITOS BÁSICOS

II. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

1. O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. Nele convergem ideias que percorreram trajetórias históricas diferentes, mas encontraram-se para formar o arranjo institucional contemporâneo. Constitucionalismo significa Estado de direito, direitos fundamentais, limitação do poder. Suas origens estão no iluminismo, no contratualismo e nas revoluções liberais.

2. Democracia significa soberania popular, autogoverno do povo, governo da maioria. É um fenômeno do século XX, com o fim do voto censitário, das limitações raciais e a incorporação das mulheres à cidadania plena.

3. Para assegurar que as majorias respeitem o Estado de direito, não abusem do poder e resguardem os direitos fundamentais, a maior parte das democracias instituem supremas cortes ou tribunais constitucionais. Na defesa da Constituição e da democracia, estas cortes podem sobrepor a sua vontade – na verdade, a sua interpretação da Constituição – à que é feita pelos outros Poderes, que representam (ao menos em tese) as majorias políticas.

⇒ A democracia, portanto, é o governo da maioria, respeitadas as regras do Estado de direito e os direitos fundamentais de todos, inclusive das minorias. Se houver 8 cristãos e dois muçulmanos em uma sala, a maioria católica não pode deliberar jogar os dois muçulmanos pela janela. A democracia é um equilíbrio permanente entre vontade da maioria e preservação de valores fundamentais. Cortes constitucionais existem para assegurar este equilíbrio, assim como o respeito às regras do jogo.

III. DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. A democracia pressupõe que as pessoas sejam livres, iguais e tenham satisfeitas as suas necessidades básicas, o seu mínimo existencial. Isto é, que tenham uma vida digna.

2. Os direitos fundamentais constituem uma reserva mínima de dignidade e justiça a que todos têm direito. Eles incluem:

(i) os direitos *individuais*, como liberdade de expressão, de associação, de não ser preso arbitrariamente;

(ii) os direitos *políticos*, que são os direitos de participação na condução do governo, votando ou sendo votado;

(iii) os direitos *sociais*, que envolvem o acesso à educação, à saúde, à seguridade social etc.

IV. PAPEIS DAS SUPREMAS CORTES

1. Supremas cortes existem para proteger os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, inclusive contra as maiorias. Elas desempenham três grandes papéis:

(i) *Contramajoritário*: quando invalidam atos dos outros Poderes, como na declaração de inconstitucionalidade de uma lei;

(ii) *Representativo*: quando atendem demandas sociais não satisfeitas pelo processo político majoritário, como a derrubada do modelo imoral de financiamento eleitoral ou quando regulamenta a greve no serviço público, diante da omissão legislativa;

(iii) *Iluminista*: quando promove certos avanços sociais, mesmo contra o sentimento majoritário, em casos como o das uniões homoafetivas.

2. Vistos os conceitos básicos, vamos ver como eles se aplicam na realidade brasileira. Nós vamos falar sobre cinco temas: combate à corrupção, foro privilegiado, reforma política, descriminalização da maconha e descriminalização da interrupção da gestação.

Parte II

ALGUMAS QUESTÕES DA ATUALIDADE INSTITUCIONAL BRASILEIRA

I. COMBATE À CORRUPÇÃO

⇒ **A corrupção favorece os piores. É a prevalência dos espertos e a derrota dos bons.**

1. Corrupção significa levar vantagem indevida para fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Ela se disseminou no Brasil em níveis espantosos, endêmicos. Não foram falhas pontuais, individuais. Foi um fenômeno generalizado e sistêmico. Tornou-se o modo natural de se fazerem negócios e de se fazer política no país. Onde você destampa tem coisa errada: Petrobras, Fundos de Pensão, Caixa Econômica Federal, BNDES. É impossível não sentir vergonha do que aconteceu.

2. Não se muda o mundo com direito penal e prisões. Muda-se o mundo com educação, distribuição justa de renda e liberdades públicas. Mas um direito penal seletivo e absolutamente ineficiente em relação à criminalidade de colarinho branco criou um país de ricos delinquentes. O país da fraude em licitações, da corrupção ativa, da corrupção passiva, do peculato, da lavagem de dinheiro sujo. O direito penal deixou de cumprir o seu papel principal que é o de funcionar como *prevenção geral*: é o temor da punição que inibe os comportamentos criminosos. No atual estágio da condição humana o bem nem sempre consegue se impor por si próprio. A ética, o ideal de vida boa precisa de um impulso externo também.

3. Ninguém deseja um Estado policial, uma sociedade punitiva, um direito penal onipresente. É preciso assegurar o direito de defesa e o devido processo legal. Mas não um sistema em que processos nunca chegam ao fim e ninguém que ganhe mais do que 5 salários mínimos jamais é punido. Nós queremos uma sociedade justa. Mas uma sociedade justa não pode conviver com a empresa que ganha a licitação porque deu propina para o administrador que conduzia o certame. Ou com o banqueiro que ganha no mercado financeiro porque tem *inside information*. Ou com o fundo de pensão de empresa

estatal que torra o dinheiro dos seus segurados em projetos inviáveis, porque o dirigente recebeu uma vantagem. Este não é um país justo. Este é um país triste e desonesto.

⇒ A corrupção é fomentada: (i) pela impunidade e (ii) pelo sistema político. Sem enfrentar esses dois problemas, não haverá salvação. Uma das causas da impunidade é o foro por prerrogativa de função, nome pomposo para uma anomalia aristocrática que é o foro privilegiado. Já o sistema político precisa, desesperadamente, de uma reforma. Estes os nossos próximos dois tópicos.

⇒ É preciso enfrentar o tropicalismo equívoco de parte da elite brasileira que acha que corrupção só é ruim se for dos outros, de quem a gente não gosta. Gente que acredita que a corrupção dos amigos, dos parceiros de mesa, essa merece tolerância. Os que frequentam os mesmos banquetes não se punem entre si.

II. FORO PRIVILEGIADO

⇒ **O poder, inclusive o poder de julgar, tem de ser um instrumento do bem e da justiça. Não pode ser um mecanismo para proteger os amigos e perseguir os inimigos.**

1. Uma das causas da impunidade é o chamado foro privilegiado, isto é, o fato de que um conjunto muito amplo de autoridades não é julgado pelo juiz natural de todos os demais cidadãos. Alguns dados relacionados ao foro privilegiado no STF merecem destaque aqui:

a) Existem cerca de 500 processos, entre inquéritos e ações penais, em curso no Tribunal. Isso antes da delação premiada dos executivos da Odebrecht. Todos eles são contra parlamentares;

b) O STF leva 565 dias para receber uma denúncia e instaurar ação penal. Um juiz de primeiro grau leva menos de uma semana. Geralmente, 48 horas. O procedimento no STF é muito mais complexo;

c) desde que o STF começou a julgar efetivamente ações penais (a partir da EC 35/2001, que deixou de condicionar ações contra parlamentares à autorização da casa legislativa), já ocorreram mais de 60 casos de prescrição, entre inquéritos e ações penais.

2. O ideal aqui, portanto, é o Congresso Nacional, mediante emenda constitucional, produzir uma drástica redução do foro, limitando-o aos chefes de Poder e aos Ministros do STF. Só incluo Ministros do STF porque haveria um problema estrutural de o Ministro do STF ser julgado pelo juiz cujas decisões revê. Enquanto não sobrevier a mudança da Constituição pelo Congresso, eu propus, em um caso que ainda será submetido ao Plenário, que se faça uma interpretação restrita da competência do STF, para limitá-la aos atos que o parlamentar tenha praticado no cargo e em razão do cargo. Se o fato foi praticado antes de ele ser parlamentar – quando ele era prefeito, por exemplo –, a competência não será do STF. Se o fato não tiver relação com o mandato – por exemplo, cometeu falsidade ideológica na venda de um imóvel –, tampouco a competência será do STF. Segundo levantamento da FGV, essa minha proposta daria cabo de 93% dos casos que atualmente se encontram no STF.

3. Porém, se prevalecer a sugestão de drástica redução do foro, por meio de emenda constitucional, será preciso decidir o que se vai colocar no lugar. Uma ideia seria aplicar-se a regra geral: processos penais, em geral, são da competência da Justiça Estadual. Esta solução livra o Supremo do desprestígio de uma competência que não consegue exercer bem. Porém, não enfrenta adequadamente o problema da impunidade. Na Justiça dos Estados, parlamentares podem ser protegidos ou perseguidos, pela existência de um inevitável grau de ingerência política na atuação da Justiça estadual.

⇒ Por isso, propus a alternativa de se criar uma Vara Federal especializada em Brasília (na verdade, duas: uma para julgar ações penais; e outra para julgar ações de improbidade administrativa). O juiz titular seria escolhido pelo STF e teria um mandato de 4 (quatro) anos, ao final dos quais seria automaticamente promovido para o 2º grau. Teria tantos juízes auxiliares quantos necessários, mas seria um único titular para dar unidade aos critérios de decisão. De suas sentenças caberia recurso para o STF ou para o STJ, conforme a autoridade. Uma terceira ideia seria fixar a competência, nos casos que

hoje são de foro privilegiado, na Justiça Federal. Embora a Justiça Federal atue nos próprios Estados, ela é (um pouco) menos sujeita a ingerências políticas. Mas não totalmente, na medida em que as indicações para o STJ costumam vir com apoio de parlamentares locais. Parodiando o antigo líder soviético Mickail Gorbachov, às vezes o problema não é matar o elefante, mas sim enterrar o cadáver.

III. REFORMA POLÍTICA

⇒ Todas as pessoas trazem em si o bem e o mal. O processo civilizatório existe para potencializar o bem e reprimir o mal. O sistema político brasileiro faz exatamente o contrário.

1. O sistema político envolve o sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo), o sistema eleitoral (proporcional, majoritário ou misto) e o sistema partidário. Temos problemas nos três. Como sistema de governo, eu proponho a atenuação do hiperpresidencialismo brasileiro com um modelo semipresidencialista, inspirado pelo que existe na França e em Portugal. Vou falar aqui sobre os outros dois: sistema eleitoral e sistema partidário.

2. O grande problema do sistema político brasileiro está no sistema eleitoral. Particularmente, no modelo de eleição para a Câmara dos Deputados, que adota o sistema proporcional com lista aberta. Além de ser caríssimo, pois todos os candidatos fazem campanha no Estado inteiro, ele apresenta um gravíssimo problema de legitimidade democrática. É que, na prática, só 10% dos Deputados são eleitos com votação própria; 90% são eleitos pela transferência de votos feita pelo partido. Tem-se, assim, uma fórmula em que o eleitor não sabe exatamente quem elegeu e o candidato não sabe exatamente a quem prestar contas. Não tem como funcionar. Vai se consolidando a ideia de que a melhor alternativa é a do sistema alemão, com voto distrital conjugado com o voto no partido. Ou seja: uma combinação entre sistema proporcional e majoritário. Vale a pena testar a ideia.

3. Além disso, as regras sobre o sistema partidário fomentam a multiplicação de partidos e a criação de legendas de aluguel. A política deixa de ser a disputa pela melhor forma de realizar o interesse público e o bem comum, e passa a ser um negócio privado, voltada para o

acesso ao fundo partidário, ao tempo de televisão e à venda de apoio. Para coibir partidos que têm donos e que se locupletam de dinheiro público, o caminho óbvio é proibirem-se as coligações em eleições proporcionais e instituir-se cláusula de barreira. A matéria já foi aprovada no Senado e depende apenas da Câmara dos Deputados.

IV. DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA

⇒ **O único resultado efetivo que a criminalização das drogas produz é assegurar o monopólio dos traficantes.**

Quando se vai definir uma determinada política pública, convém ter em mente, de maneira clara, quais são as premissas, os fins e os meios que serão utilizados. As premissas identificam os pressupostos fáticos e filosóficos que motivam a decisão a ser tomada. Os fins são os resultados visados, o impacto que se deseja produzir na realidade. E os meios são os instrumentos a serem utilizados para a produção dos resultados desejados.

IV. 1. Premissas

1. O consumo de drogas ilícitas, sobretudo daquelas consideradas pesadas, é uma coisa ruim. Por isso, o papel do Estado e da sociedade deve ser o de: a) desincentivar o consumo; b) tratar os dependentes; e c) combater o tráfico. A minha posição em favor da descriminalização e da legalização não representa um incentivo ao consumo. Pelo contrário: eu acho que essas são formas mais eficazes de lidar com o problema. Minha mulher e eu educamos nossos filhos numa cultura de não consumirem drogas.

2. A guerra às drogas fracassou. Desde o início da década de 70, sob a liderança do Presidente Nixon, dos Estados Unidos, adotou-se uma política de dura repressão à cadeia de produção, distribuição e fornecimento de drogas ilícitas, assim como ao consumo. A verdade, porém, a triste verdade, é que passados mais de 40 anos, a realidade com a qual convivemos é a de que o consumo só cresceu. Insistir no que não funciona, depois de tantas décadas, é uma forma de fugir da realidade. Não dá para fazer a

mesma coisa repetidamente e esperar resultados diferentes. É preciso ceder aos fatos. As certezas equivocadas foram bem retratadas em um belo poema de Bertold Brecht, intitulado “Louvor à dúvida”:

“Não crêem nos fatos, crêem em si mesmos.

Diante da realidade, são os fatos que devem neles acreditar”.

IV. 2. Fins

1. Quebrar o poder do tráfico. O tráfico exerce o poder político e econômico nas comunidades pobres, oprimindo-as. No primeiro mundo, a grande preocupação é com o usuário e os efeitos da droga sobre ele. Não me é indiferente a sorte do integrante da juventude dourada da zona sul que consome drogas. Mas ele não é a minha maior preocupação. Esse escolheu um caminho. O meu foco está na dramática violação de direitos humanos que o tráfico impõe nas comunidades que domina, impedindo que um pai ou uma mãe de família criem os seus filhos em uma cultura de honestidade e decência. O tráfico exerce uma concorrência desleal, os ameaça ou coopta.

2. Evitar que vidas se destruam vidas e prisões fiquem superlotadas com consequências para a sociedade mais graves do que o consumo de drogas. As prisões estão entupidas de jovens primários de bons antecedentes condenados por delitos associados ao tráfico. Pouco tempo depois, um ano mais ou menos, ao deixarem a prisão, já se tornaram perigosos e filiados a uma facção criminosa. Além disso, cada vaga na penitenciária custou R\$ 40 mil para ser criada e a manutenção de um preso custa R\$ 2 mil por mês. E mais: no dia seguinte, o “avião” que foi preso já foi repostado. Em suma: destroem-se vidas, onera-se a sociedade e não se produz qualquer impacto sobre o tráfico.

IV.3. Meios

O meio proposto é a legalização da produção, distribuição e consumo. É a ilegalidade que dá poder ao tráfico. O melhor caminho é tratar a maconha como se trata o cigarro, que nas últimas duas décadas viu o consumo na população adulta cair de 35% para 14%. O enfrentamento com ideias, informação e contrapropaganda produziu resultado muito melhor do que criminalização e repressão. Portanto: proíbe-se a

publicidade, a venda a menores, tributa-se adequadamente (mas não desproporcionalmente), regula-se e fiscaliza-se o mercado. Acho que deve ser uma atividade privada, embora estritamente regulada. (Devo dizer que, vez por outra, eu tenho a fantasia de que se se criar a Drogabras, o produto logo, logo ficaria desmoralizado).

Não tenho certeza se funcionará. Se não funcionar, volta-se atrás. Se funcionar, anda-se para frente e se estuda a possibilidade de fazer o mesmo com a cocaína. Não pode ser oba, oba: tem que ser pensado, planejado, implementado paulatinamente e monitorado.

V. DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

Aplico aqui lógica semelhante quanto às premissas, meios e fins.

V.1. Premissas

1. O aborto não é uma coisa boa e deve ser evitado, de preferência com educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho.

2. Estatísticas da OMS demonstram que a criminalização não produz qualquer impacto relevante sobre o número de abortos. E, de fato, anualmente, são realizados cerca de 500 mil abortos no Brasil, com cerca de 150 mil intercorrências, que vão da morte a auto-lesões de gravidade variável. A interrupção da gestação é uma realidade inexorável.

3. A criminalização penaliza as mulheres pobres, que não têm acesso a informação adequada, medicamentos e clínicas privadas.

V.2. Fins: fazer com que o aborto seja raro e seguro.

V.3. Meio: descriminalização. Acompanhada de campanhas de esclarecimento e acesso à rede pública de saúde.

⇒ É sempre delicado falar desse tema, à vista de convicções religiosas arraigadas na matéria. Mas, na verdade, não há um problema aqui. É que ninguém é a favor do aborto. Portanto, qualquer pessoa pode pregar contra a sua realização. Ser contra não quer dizer criminalizar. Legalizar é uma forma melhor de enfrentar o problema.

Nenhum país desenvolvido e democrático criminaliza o aborto: nem Estados Unidos, nem Reino Unido

CONCLUSÃO

I. ATUAÇÃO DO STF EM RELAÇÃO AOS TEMAS AQUI DEBATIDOS

⇒ Em desfecho da nossa conversa, vejam algumas das atuações do STF em relação aos cinco temas aqui trazidos:

1. Combate à corrupção: o Supremo Tribunal Federal mudou a jurisprudência para passar a permitir o cumprimento da condenação penal após a decisão de segundo grau. Fechou-se a porta por onde escapavam os criminosos de colarinho branco em geral, que procrastinavam indefinidamente seus processos, até obterem prescrição;
2. Foro privilegiado: há uma proposta minha, pendente de julgamento pelo Plenário, de que o foro ser restrinja aos atos praticados no cargo de parlamentar e em razão do cargo. Se prevalecer esta interpretação, haverá redução drástica do problema;
3. Reforma política: embora ela dependa predominantemente do Congresso, o STF conseguiu por fim ao financiamento eleitoral por empresas dentro de um modelo que violava a decência política e a moralidade administrativa, como os fatos sobejamente comprovaram;
4. Legalização da maconha: esta é uma providência que depende de deliberação do Poder Legislativo. Porém, o STF, em julgamento já iniciado e suspenso por pedido de vista, contabiliza três votos a favor da descriminalização do porte para consumo pessoal;
5. Descriminalização do aborto: decisão da 1ª Turma considerou que a criminalização da interrupção da gestação até o terceiro mês de gestação viola direitos fundamentais da mulher. Não há manifestação do Plenário sobre o tema até agora.

II. ENCERRAMENTO

Caros amigos: falamos aqui de alguns dos conceitos centrais do constitucionalismo democrático contemporâneo e de algumas questões centrais da agenda institucional brasileira. Eu não falo de política, do varejo da vida. Não é próprio para um Ministro do Supremo. Mas vivo de pensar, aprimorar e proteger as instituições. Este é o meu papel, como cidadão e como juiz constitucional.

Aos Calouros: vocês começam a trilhar um caminho profissional capaz de proporcionar muitas realizações. O país precisa de cabeças brilhantes, idealistas, comprometidas com a causa da humanidade. Sejam o melhor que puderem, desfrutem do sucesso merecido, mas tenham o coração e a mente no país e nas pessoas. A igualdade de oportunidade para todos – que é a igualdade mais verdadeira de todas – é a causa inacabada da nossa geração. O sucesso e a realização pessoais não são incompatíveis com solidariedade social, empatia e engajamento pelo bem comum. É justamente o contrário. Na frase feliz de Nelson Mandela, “É a diferença que fazemos nas vidas dos outros que determinará a importância da vida que levamos”.

Quando eu entrei para a Faculdade, em 1976, eu me alinhei aos que pretendiam o fim do regime militar. Em 1977, eu participei do movimento pela anistia. Em 1978, teve início o movimento pela elaboração de uma nova Constituição. Pois bem: o fim do regime militar veio em 1985. A anistia veio em 1979. E a Constituição veio em 1988. Como se constata, a história às vezes anda devagar. Outras vezes, ela anda rápido. É difícil prever quando será um caso e quando será o outro. Mas não importa. O nosso papel é empurrar a história. Este o nosso papel como intelectuais, empresários, trabalhadores, como pessoas socialmente engajadas, a serviço da causa da humanidade. O meu *slogan* pessoal, nos bons e nos maus momentos, é o mesmo: *Não importa o que esteja acontecendo à sua volta. Faça o melhor papel que puder. Com um complemento: seja bom e correto, mesmo quando ninguém esteja olhando.*