# O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM 2016:
# O ANO QUE CUSTOU A ACABAR

*Luís Roberto Barroso*[1]

## *SUMÁRIO*

I. INTRODUÇÃO

Parte I

*A VITRINE, AS PEDRAS E O CURSO DA HISTÓRIA*

II. A EXPOSIÇÃO DO TRIBUNAL

III. UM ANO DE DECISÕES IMPORTANTES

IV. ALGUMAS PEDRAS NO CAMINHO

V. AS CRÍTICAS JUSTAS

1. Excesso de decisões monocráticas
2. Excesso de processos
3. "Ativismo extrajudicial"

VI. AS CRÍTICAS INJUSTAS

1. Invasão do espaço do Poder Legislativo
2. Excesso de ativismo judicial

VII. CONCLUSÃO: : EMPURRANDO A HISTÓRIA

Parte II

*OS DEZ TEMAS MAIS IMPORTANTES DO STF EM 2016*

*Luís Roberto Barroso*

*Aline Osorio*

I. O STF E A CRISE POLÍTICA

1. O rito do processo de *Impeachment*
2. Anulação da nomeação de Ministros indicados pela Presidente Dilma Rousseff
3. Afastamento do Presidente da Câmara dos Deputados da presidência e do mandato

---

[1] Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Sou grato a Aline Osorio, Cristina Telles e Renata Saraiva pela leitura cuidadosa e sugestões valiosas à Parte I desta retrospectiva.

4. Possibilidade de réus em ação penal ocuparem cargos na linha de substituição presidencial

II. O STF E A CRISE ECONÔMICA

5. Crise financeira dos Estados: (i) cálculo da dívida; e (ii) repartição da multa da lei de repatriação

III. Direito penal, Direitos fundamentais e outros temas

6. Execução da pena após decisão condenatória de 2º grau
7. Inconstitucionalidade da criminalização do aborto até o terceiro mês da gestação
8. Inconstitucionalidade de lei estadual que regulamentava a *Vaquejada*
9. Judicialização da saúde: (i) lei que autoriza uso da fosfoetanolamina sintética sem testes clínicos e registro na Anvisa; (ii) medicamentos de alto custo e (iii) medicamentos sem registro na Anvisa
10. Desconto em pagamento de servidores público em greve

IV. OUTROS CASOS QUE FICARAM DE FORA

V. CONCLUSÃO

## I. INTRODUÇÃO

Como em anos anteriores, a presente retrospectiva é dividida em duas partes. Na Parte I, faço uma reflexão crítica sobre o ano no Supremo Tribunal Federal, destacando o papel institucional desempenhado pela Corte, sua relação com a sociedade e algumas decisões emblemáticas do período. A Parte II traz uma lista das principais questões decididas pelo Tribunal ao longo do ano. A seleção e o resumo dos casos, constantes da segunda parte, foram feitos com a colaboração preciosa de Aline Osorio, que há tempos me empresta o seu brilho e dedicação como assessora em meu gabinete.

## Parte I

### A VITRINE, AS PEDRAS E O CURSO DA HISTÓRIA

O ano de 2016 foi turbulento em todas as áreas onde a vista alcança. Na *Economia*, o Brasil viveu sua pior recessão desde 1930, com PIB negativo, retração do emprego e desequilíbrio das finanças públicas. Na *Política*, passamos por um longo e traumático processo de *impeachment* da Presidente da República, e a Operação Lava-Jato continua a produzir tremores, choro e ranger de dentes. Até agora, porém, nada mudou em um sistema eleitoral e partidário que vai na contramão do processo civilizatório: reprime o bem e potencializa o mal. Na *Sociedade*, o preocupante repúdio aos políticos em geral, aliado ao temor de retrocesso social, têm desaguado em manifestações públicas de inconformismo e em polêmicas ocupações.

Seria uma ingenuidade supor que o mundo do direito, da Justiça e do *Supremo Tribunal Federal* pudesse ser um lago tranquilo em meio à tempestade. O Judiciário tem problemas. Muitos são antigos e crônicos, como o custo alto e a lentidão. Estes não têm nada a ver com a crise presente. Outros, no entanto, decorrem dos momentos conturbados pelos quais passamos. Exposto em uma vitrine, com cada despacho ou decisão fiscalizados por uma multidão polarizada, quando não vem pedra de um lado, vem do outro. Por exemplo: se o país está dividido em relação ao *impeachment* e o STF é chamado a arbitrar controvérsias em torno dele, não há como escapar do clima de animosidade geral. Algum lado ficará insatisfeito. Se a Câmara dos Deputados reluta em afastar o seu Presidente, a sociedade cobra uma providência moralizadora e o *timing* do Tribunal não atende à ansiedade da maioria, o desgaste é inevitável. Se, diante da polêmica em relação à PEC do limite de gastos, o STF

indefere o pedido de paralisação do processo legislativo, parte do movimento social fica inconformado. Mas se, ao revés, o Tribunal paralisa a tramitação do projeto de lei que desfigurava as medidas anticorrupção, outra parte fica indignada.

Em suma: não há como agradar a todos. Nem este é o papel de uma Suprema Corte. Sempre haverá pessoas cujas visões de mundo serão contrariadas ou que terão interesses pessoais afetados. Mas, apesar da elevação do tom das críticas ao STF no apagar das luzes de 2016, foi um ano de mais acertos do que erros. A seguir, algumas reflexões para compreender um ano que demorou a acabar.

## II. A EXPOSIÇÃO DO TRIBUNAL

Diversos fatores contribuem para o excesso de exposição e visibilidade do Supremo Tribunal Federal. Alguns são conjunturais. Outros decorrem do arranjo institucional adotado no país. Dois fatores conjunturais estão diretamente ligados ao Poder Legislativo. O primeiro envolve uma certa dificuldade de o Congresso legislar sobre temas importantes e divisivos, como desaposentação, terceirização ou greve no setor público. Isso obriga o Tribunal a decidir as questões que lhe são submetidas tendo de produzir as normas faltantes. Portanto, acaba desempenhando uma função legislativa por falta de opção. O segundo fator é que boa parte da chamada "judicialização da política" decorre de ações que são propostas perante o STF por partidos políticos ou por parlamentares. Como é comum nesses casos, os que ficam felizes com a decisão elogiam a boa interpretação constitucional. Os que ficam infelizes, criticam o "ativismo judicial". Assim é porque sempre foi, aqui e alhures, dos Estados Unidos à África do Sul.

Outro fator relevante de exposição do Tribunal, este decorrente do arranjo institucional brasileiro, é o amplo acesso a ele dado pela Constituição. De fato, as ações diretas (com destaque para a ação direta de inconstitucionalidade – ADI e para a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF) podem ser propostas por um longo elenco de legitimados, que inclui os partidos políticos, as entidades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais, além do Procurador Geral da República e todos os Governadores. Este fato, somado a uma Constituição abrangente, que cuida de uma vasta multiplicidade de matérias, faz com que praticamente qualquer questão com um mínimo de relevância possa chegar ao Supremo Tribunal Federal. E, muitas vezes, sem o filtro de decisões das instâncias inferiores. Não há nada comparável no mundo.

Por fim, tem a TV Justiça. À exceção do México, nenhuma outra Suprema Corte julga os casos na frente das câmeras de televisão. Há algumas desvantagens nisso[2]: dificulta a construção deliberativa de decisões, exacerba vaidades e torna os votos mais espichados[3]. As vantagens, todavia, superam essas vicissitudes. A primeira e mais relevante: o Brasil é um país no qual o imaginário social supõe que por trás de cada porta fechada estão ocorrendo tenebrosas transações. A imagem de onze agentes públicos debatendo abertamente a melhor solução para alguns dos grandes problemas nacionais é boa para a Justiça e para sua legitimação. Por outro lado, aumenta o controle social e produz um efeito didático para a comunidade jurídica em geral.

## III. UM ANO DE DECISÕES IMPORTANTES

2016 foi um ano de decisões de grande relevância envolvendo a preservação da democracia, a proteção de direitos fundamentais e o atendimento de demandas significativas vindas da sociedade civil. Algumas delas serão objeto de comentário específico na segunda parte desta retrospectiva. Um dos destaques foi a definição do rito do *impeachment*, julgado no apagar das luzes do ano passado, mas com embargos de declaração e outros desdobramentos apreciados este ano. Um procedimento importante como o afastamento de um Presidente da República não poderia sujeitar-se a uma tramitação errática e voluntarista na Câmara dos Deputados. O Tribunal proporcionou estabilidade e credibilidade ao processo, determinando a aplicação das mesmas regras do *impeachment* do Presidente Collor.

A essa correção de rumo do processo de *impeachment* soma-se a providência, importantíssima para reduzir a seletividade do sistema penal brasileiro, de se permitir a execução das decisões penais condenatórias após o julgamento de segundo grau. A nova orientação é importante para a sociedade, pois torna mais efetivo, entre outros, o

---

[2] Para uma visão crítica quanto ao televisionamento dos julgados, v. Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hubner Mendes, "Entre a transparência e o populismo judicial", in *Folha de São Paulo* 11 mai. 2009. Ambos reiteraram a mesma posição ulteriormente, em trabalhos de maior fôlego acadêmico.

[3] V. Felipe de Melo Fonte, *Jurisdição constitucional e participação popular: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça*, 2016, p. 119-129. O autor constatou, empiricamente, o aumento da extensão dos votos, tendo registrado: "Na era pós-TV Justiça, os acórdãos proferidos em ações diretas de inconstitucionalidade cresceram 58,70% de tamanho".

combate à corrupção e à criminalidade de colarinho branco. É relevante, ainda, para a advocacia, que fica exonerada da sina ingrata de ter que interpor sucessivos recursos descabidos e procrastinatórios. Em outra decisão emblemática, o Tribunal retirou o incentivo às greves no setor público, determinando, como regra, o corte de ponto dos servidores paralisados, a exemplo do que se passa na iniciativa privada. A paralisação desses serviços penaliza, sobretudo, a população mais pobre. A este propósito, a cidade de Buenos Aires, na Argentina, por haver conseguido coibir as greves de professores do ensino básico, teve aumento expressivo na avaliação anual do PISA (Programme for International Student Assessment).[4] O Tribunal também teve papel decisivo ao arbitrar com sucesso o conflito entre Estados e União, decorrente da crise fiscal, tendo contribuído para uma composição razoável entre as partes em litígio. Estes são alguns exemplos de intervenção construtiva do Tribunal na vida nacional, em meio a vários outros discutidos adiante.

## IV. Algumas pedras no caminho

Na vida pública, não importa muito a quantidade de acertos ou de consensos que se consiga produzir. No balanço final, são os desacertos, os desencontros ou, ao menos, as questões controvertidas que ficam registradas com maior destaque na memória. Três dessas questões fizeram manchete em 2016. A primeira delas foi o afastamento do então Presidente da Câmara dos Deputados. Requerido em dezembro de 2015, pelo Procurador-Geral da República, o pedido só veio a ser deferido em 5 de maio de 2016, com a confirmação unânime de liminar concedida pelo Ministro Teori Zavascki na manhã do mesmo dia. As críticas vieram de um lado e do outro: houve os que se queixaram da demora prolongada e os que se insurgiram contra a ingerência em outro Poder.

Já no tocante ao afastamento, não concretizado, do Presidente do Senado Federal, os protestos vieram de todos os lugares e por tantos motivos diversos que chega a ser difícil sistematizá-los. Houve queixas em relação ao pedido de vista de um Ministro, quando já composta a maioria, em processo que discutia, em tese, a compatibilidade entre o exercício do cargo que se situe na linha sucessória da Presidência da República e a condição de réu no Supremo Tribunal Federal. Outras queixas se dirigiram contra a demora

[4] V. "What countries can learn from PISA tests", *The Economist*, 10 dez. 2016, acessível em http://www.economist.com/news/leaders/21711319-latest-survey-international-education-should-spur-politicians-reform-their-countries. A avaliação do PISA, conduzida pela OECD, testa mais de meio milhão de jovens de 15 anos nas seguintes matérias: Matemática, Leitura e Ciências.

do Tribunal em analisar o pedido de abertura de ação penal contra o Presidente do Senado. Quando finalmente instaurado o processo criminal, foi a decisão monocrática do relator da ação de controle abstrato, que determinou o afastamento cautelar do Presidente do Senado, que se tornou alvo de críticas. Dessa vez, o problema teria sido o açodamento. E depois, quando o Plenário deixou de ratificar a cautelar, a acusação foi de contemporização[5].

A terceira pedra no caminho, já quase no apagar das luzes, deu-se em razão da cautelar monocrática que mandou voltar para a Câmara dos Deputados o desfigurado pacote de medidas anticorrupção. De novo, a sociedade dividida: parte indignada com o que considerava um desvio de finalidade perpetrado pela Câmara, que aproveitou o projeto contra a corrupção originário da mobilização popular para inserir medidas punitivas a juízes e membros do Ministério Público. E, de outro lado, os que bradavam contra mais uma intervenção do Supremo no Legislativo.

As pedras no caminho, somadas às que foram arremessadas com estilingues diversos, causaram arranhões e amassados na lataria. Mas, à primeira vista, não parece ter havido dano ao chassi e ao motor. Em favor dos ocupantes do veículo, cabe lembrar que os eventos se deram em momento de chuva torrencial, nevoeiro espesso, pista escorregadia e bandoleiros na estrada.

## V. As críticas justas

### 1. Excesso de decisões monocráticas

A crítica ao excesso de decisões monocráticas é procedente. Do total de decisões proferidas pelo Tribunal em 2016 – incríveis 117 mil –, a imensa maioria foi de natureza monocrática. A explicação é singela: o volume de processos é imenso e o STF realiza cerca de 80 sessões plenárias por ano. Isso significa uma capacidade máxima de julgar cerca de 250 processos anualmente, fazendo o cálculo otimista de três processos por sessão. Como há no estoque do final do ano que se encerrou 61.816 processos pendentes de decisão, só para julgá-los, admitindo-se, contrafactualmente, que não entrasse mais nenhuma causa nova, seriam necessários 247 anos para liquidar o passivo existente. Se contabilizássemos os julgamentos em lista e nas Turmas, esse número diminuiria, mas nada que desfizesse o absurdo. Portanto, resta a alternativa monocrática.

[5] Não participei desse julgamento, em razão de a ação haver sido proposta pelo meu antigo escritório, representando a Rede Sustentabilidade.

Durante a crise, um fenômeno que ganhou destaque foi a "monocratização qualitativa" do STF, isto é, o crescente julgamento de casos de maior relevância política, econômica e social para o país de forma monocrática pelos Ministros do Supremo. A título exemplificativo, neste ano, Ministros, individualmente, determinaram (i) a anulação do ato de nomeação de Ministro Chefe da Casa Civil, (ii) a abertura de processo de *impeachment* contra o então vice-Presidente da República, (iii) o afastamento cautelar do Presidente da Câmara dos Deputados do mandato parlamentar e da função presidencial, (iv) o afastamento cautelar do Presidente do Senado Federal, e (v) a suspensão de atos referentes à tramitação do projeto de lei de iniciativa popular de combate à corrupção. Sem discutir o mérito de nenhuma dessas decisões, o que o Tribunal deveria fazer para reduzir a exposição de sua imagem nesses casos é um pacto para que qualquer questão institucionalmente relevante seja decidida colegiadamente (no Plenário ou na Turma, conforme o caso). Na hipótese de medidas urgentes, elas devem ser levadas à ratificação na primeira sessão subsequente ou mesmo justificar a convocação de sessão extraordinária.

**2. Excesso de processos**

Desde muito antes de entrar para o Tribunal – portanto, como advogado ainda – tenho defendido a redução drástica dos processos admitidos pelo Supremo Tribunal Federal. Pessoalmente, como regra, não seleciono mais do que dois casos por semestre para propor a concessão de repercussão geral ao Plenário Virtual. Diante do estoque existente, que precisará de anos para ser julgado, atravancando, enquanto isso, a Justiça do país, em razão do sobrestamento que o reconhecimento de repercussão geral acarreta, não vejo como agir de outro modo. Minhas posições são conhecidas: a) o Tribunal não deve admitir mais recursos extraordinários para julgamento em Plenário (pelo reconhecimento de repercussão geral) do que seja capaz de julgar em um ano; b) reconhecida a repercussão geral, deve ser marcada a data de julgamento entre 6 meses e um ano após o reconhecimento; c) os processos não selecionados para repercussão geral serão encaminhados da seguinte forma: o relator levará a Plenário Virtual a proposta de não atribuição de repercussão geral ao recurso, com breve justificativa, sem que a decisão produza qualquer efeito para além do caso concreto.

Detalho um pouco mais esta última proposta. Na prática, o que ocorre é o seguinte: o Ministro, com a ajuda dos seus assessores, seleciona, em meio aos milhares de processos que recebe, aqueles poucos que irão ter repercussão geral reconhecida. Todos os

demais ele decide monocraticamente. Trata-se, na verdade, de uma *negativa de repercussão geral oculta*, como apontado pelo juiz auxiliar do meu gabinete Frederico Montedônio, em dissertação de mestrado da qual sou orientador. Os processos não selecionados para repercussão geral, e consequente julgamento em Plenário, são descartados pelos argumentos defensivos tradicionais: matéria infraconstitucional, violação indireta à Constituição, questão de fato, ausência de prequestionamento, deficiência na demonstração da repercussão geral etc. Com isso, os gabinetes têm metade de sua força de trabalho dedicada a processos em que será mantida a decisão da origem, por não conhecimento do recurso extraordinário apresentado. O absurdo é total. Muito melhor e mais transparente seria simplificar esta tarefa, permitindo aos Ministros que simplesmente justifiquem a inadmissibilidade do recurso por falta de repercussão geral do caso – e não necessariamente da questão constitucional nele suscitada –, levando sua decisão ao Plenário Virtual para escrutínio dos demais.

A aceitação de que o Tribunal tem uma capacidade máxima de julgamento será uma decisão corajosa e libertadora, acabando com o tropicalismo equívoco de se admitirem muito mais processos do que a capacidade de julgar com eficiência e presteza comporta. E, após alguns resmungos, todos terminarão por concordar com a obviedade de que o acesso à Justiça e o devido processo legal se realizam, em regra, em dois graus de jurisdição. Tribunais superiores julgam apenas o que identificarem como sendo de interesse transcendente, selecionando os feitos mais importantes da safra. O resto transita em julgado. A cultura que admite como razoável processos que duram 3, 5, 7 ou 10 anos precisa ser derrotada com urgência.

É preciso apontar, ainda, que o problema de excesso de processos se intensificou no ano de 2016. Em meio a diversas investigações criminais de grande porte, o extenso rol de autoridades submetidas à jurisdição do Supremo Tribunal Federal tem produzido uma sobrecarga de trabalho sem precedentes na área penal. São mais de 100 ações cautelares ajuizadas, 16 denúncias e 58 inquéritos instaurados apenas no âmbito da Lava Jato. E a sociedade vem exibindo compreensível intolerância em relação à demora no julgamento das causas criminais, especialmente daquelas envolvendo casos de corrupção. De longa data, tenho sustentado que o foro por prerrogativa de função constitui uma reminiscência aristocrática, sem réplica comparável em outras democracias. O sistema é muito ruim, notadamente por duas razões. Em primeiro lugar, trata-se de uma fórmula não republicana e

anti-isonômica, que garante a determinadas autoridades privilégio injustificável na seara criminal.

Em segundo lugar, porque a Suprema Corte não é vocacionada para funcionar como juízo de primeira instância em matéria penal. A grande quantidade de competências do Tribunal faz com que ele não possa priorizar o processamento de inquéritos e ações penais, sem prejuízo das suas funções principais de guardião de Constituição. Levantamento feito em novembro deste ano pela Assessoria de Gestão Estratégica documentou o seguinte: encontram-se em curso perante o STF 357 inquéritos e 103 ações penais. O tempo médio entre o oferecimento e o recebimento de denúncia é de 565 dias (em primeiro grau, a média é de menos de uma semana). Já ocorreram mais de 60 casos de prescrição. Considerando o que ainda vem por aí, a redução drástica do foro privilegiado no tornou-se urgente. Do contrário, o Supremo Tribunal Federal viverá o imenso desprestígio de não conseguir desincumbir-se a tempo e a hora das dezenas de processos que virão. E ficará associado à crônica impunidade da vida política nacional

**3. "Ativismo extrajudicial"**

Há uma queixa relevante de diversos setores da sociedade contra o que se pode chamar de *ativismo extrajudicial*, isto é, a atuação de juízes constitucionais fora dos autos. A crítica tem sido veiculada na imprensa, na academia e, também, por associações de magistrados Este tipo de conduta se exterioriza sobretudo por via da mídia e envolve: (i) manifestações sobre processos ainda não julgados; e (ii) manifestações críticas sobre decisões de órgãos do Poder Judiciário ou colegas de Tribunal. Em Editorial de 16.12.2016, o jornal *Folha de São Paulo* registrou criticamente:

> *"Mais do que em outras ocasiões, os ministros do STF, neste momento de descrença na classe política, precisam agir com prudência e discrição. Se em vez disso prevalecerem o voluntarismo judicial e a incontinência verbal, logo o órgão que integram deixará de ser ponto de equilíbrio para se transformar em mais um elemento da crise".*

Inegavelmente há problemas nessa área, a exigir autocrítica e comedimento. O ativismo extrajudicial impróprio não se confunde com a possibilidade – por vezes, com o dever – de um Ministro do STF dialogar com a sociedade, justificando posições

assumidas. Ou participar, sem engajamento político, de debates institucionais. Mas juiz não pode ser comentarista político dos fatos do dia.

## VI. AS CRÍTICAS INJUSTAS

### 1. Invasão do espaço do Poder Legislativo

Crítica reiterada que se tem feito ao Tribunal é a de que ele estaria invadindo ilegitimamente o espaço de atuação do Legislativo. Deixo de lado, por ora, a questão das decisões monocráticas recentes, que serão objeto de comentário específico. Em relação às decisões colegiadas do Tribunal, a crítica é improcedente. O STF, como regra, somente tem atuado de modo mais expansivo nas hipóteses de omissão do Congresso Nacional ou quando esteja em jogo um direito fundamental. Confira-se o breve exame de três casos abaixo.

*a) A decisão sobre o aborto proferida pela 1ª Turma*

Tratava-se de um *habeas corpus* no qual se discutia se um médico e seus assistentes deveriam ser mantidos presos pela prática do crime de aborto praticado com o consentimento da gestante. Manter uma pessoa presa preventivamente e em seguida condená-la por fato tipificado na legislação penal é atividade judicial típica. Mas se o juiz está convencido, por fundamentos objetivos, racionais e praticados por todos os países democráticos e desenvolvidos do mundo, que a criminalização da interrupção da gestação durante o primeiro trimestre viola direito fundamental da mulher, o que deve ele fazer? Deve condenar o réu contra a Constituição e contra o mínimo de Iluminismo que deve reger a vida em uma sociedade civilizada, aberta e democrática? Deve brandir o argumento formal de que a competência é do Congresso e abandonar o argumento substantivo de que mulheres não são seres inferiores, que não são um útero a serviço da sociedade e que têm direito a ter vontade própria?

*b) A decisão sobre indenização devida aos Estados em razão da isenção dada pela União Federal de tributos estaduais nas operações de exportação*

Uma lei de 1996 (Lei Kandir) e uma emenda constitucional previram a isenção do imposto estadual do ICMS sobre operações de exportação, visando a fomentar o comércio internacional do país. Previu-se, igualmente, que lei complementar deveria ser

editada para compensar a perda de arrecadação dos Estados. Enquanto não editada a lei, adotar-se-ia um critério temporário para a indenização, considerado, porém, precário e insatisfatório em médio e longo prazo. Passados muitos anos, contudo, a lei não havia sido ainda editada, gerando importante prejuízo para os Estados-membros da Federação. O Supremo, então, declarou a mora do Congresso Nacional e estabeleceu o prazo de um ano para que viesse a purgá-la. Do contrário, caberá ao Tribunal de Contas da União normatizar a compensação, naturalmente sob supervisão do próprio STF. Portanto, fixou-se um prazo para o Legislativo sanar a omissão e já se previu a solução, caso ele permaneça inerte. Adotou-se, aqui, a fórmula de diálogo institucional que eu vinha propondo desde que ingressei no Tribunal: declara-se a omissão, abre-se prazo para o Congresso atuar e já se prevê a solução a ser adotada caso não seja editado o ato normativo necessário, após certo tempo (v., *e.g.*, meus votos na modulação de efeitos nas ações diretas envolvendo precatórios – EC 62 – e no caso da desaposentação, comentado a seguir, cujo julgamento havia se iniciado em data anterior, só tendo sido concluído este ano)[6].

*c) A decisão sobre desaposentação*

Em pelo menos um caso, a crítica que se poderia fazer seria inversa: o excesso de preocupação fiscal inibiu o STF de sanar uma omissão e produzir a solução justa no caso da desaposentação. Para compreender o conceito de "desaposentação", tome-se a seguinte hipótese: um trabalhador da iniciativa privada se aposenta aos 50 anos de idade, por tempo de contribuição. Depois, retorna ao mercado de trabalho, voltando a pagar a contribuição previdenciária mensal. Quinze anos depois, aos 65 anos, ele pretende substituir a primeira aposentadoria por uma nova, que leve em conta sua nova idade e o tempo acrescido de contribuição. A lei não disciplina esta possibilidade.

Diante disso, formaram-se duas opiniões extremas: (i) o segurado tem direito à nova aposentadoria, sem descontar nada do que recebeu do sistema, a título de

[6] No RE 661.256, em que se discutia a possibilidade de desaposentação, ficou assentado na ementa do meu voto: "6. Até que seja editada lei que trate da matéria, será adotado o seguinte critério: no cálculo dos novos proventos, os fatores *idade* e *expectativa de vida* devem ser aferidos com referência ao momento de aquisição da primeira aposentadoria. (...)7. Tal solução destina-se a colmatar uma lacuna existente no sistema jurídico em relação à desaposentação. Por essa razão, somente será aplicada 180 (cento e oitenta) dias após a publicação do presente acórdão. Nesse intervalo, se os Poderes Legislativo e Executivo entenderem que devem prover diferentemente acerca da matéria, observadas as diretrizes constitucionais aqui traçadas, o ato normativo que venham a editar deverá prevalecer".

proventos, nos últimos 15 anos; e (ii) o segurado não tem direito à nova aposentadoria, a despeito de haver pago 15 anos a mais de contribuição previdenciária (que é um tributo vinculado, que não deve estar desatrelado de algum tipo de benefício). Prevaleceu a segunda posição, contra o meu voto (e o dos Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio e Celso de Mello). A solução que propus trilhava o caminho do meio e era a seguinte: fixar o prazo de 180 dias para que o Congresso Nacional provesse a respeito da desaposentação, sanando a omissão. Caso a omissão persistisse, a nova aposentadoria seria calculada por uma fórmula que levaria em conta os 15 anos que contribuiu a mais e os 15 anos em que sacou do sistema. Uma singela combinação entre a Constituição e a Matemática para fazer justiça. A crise fiscal deve ser levada em conta pelo Supremo Tribunal Federal, mas não deve servir de fundamento para permitir que o Estado seja incorreto.

## 2. Excesso de ativismo judicial

Impõe-se aqui retomar a distinção, que já fiz neste mesmo espaço há muitos anos: judicialização é diferente de ativismo[7]. Que tampouco se confunde com voluntarismo monocrático. A *judicialização* decorre, entre outros fatores, da constitucionalização abrangente verificada no Brasil, bem como do fácil acesso ao Judiciário e ao Supremo Tribunal Federal. Trata-se de um *fato*. O *ativismo judicial*, por sua vez, envolve uma atuação proativa do Judiciário, para levar princípios e regras da Constituição a situações que não foram expressamente previstas pelo legislador. Trata-se de uma *atitude*. A expressão ativismo judicial adquiriu nos últimos tempos uma conotação negativa de extrapolação do próprio papel pelo Judiciário. Na verdade, há situações que legitimam uma atuação mais expansiva de juízes e tribunais, ainda que excepcionalmente, com destaque para a promoção dos direitos fundamentais e a proteção das regras do jogo democrático.

Seja como for, a verdade é que o STF se move, como regra, pela autocontenção.[8] Para citar dois exemplos deste ano, o Tribunal deixou de interferir no mérito do processo de *impeachment*, assim como se absteve de interromper a tramitação da PEC do limite de gastos. Em anos anteriores, também em linha de deferência institucional para com os outros Poderes, e para citar casos de mais visibilidade, o Tribunal validou leis como a que

---

[7] Luís Roberto Barroso, "Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática", in http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica.

[8] Há até quem o critique por excesso de preocupação com a governabilidade. V. Felipe Recondo, "O Supremo e a vanguarda governista", in http://jota.info/artigos/supremo-vanguarda-governista-28102016.

disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias, a que instituiu cotas em universidades públicas e a que previu o regime diferenciado de licitação para obras da Copa do Mundo. Todas versavam temas polêmicos, mas foi respeitada a deliberação do Congresso e a sanção presidencial.

A queixa que pode ser legítima diz respeito a alguns casos de voluntarismo monocrático, circunstância que não se confunde com o ativismo. O problema aqui seria de falta de *deferência intra-institucional*, para que, em temas relevantes e sensíveis, o Supremo Tribunal Federal falasse com uma só voz, e não com onze vozes isoladas e, por vezes, dissonantes. Recai-se, aqui, no compromisso proposto no item V.1: nas matérias institucionalmente relevantes e sensíveis, o relator, mesmo tendo competência monocrática, deve compartilhar sua decisão com o colegiado próprio, seja o Plenário, seja a Turma. Isso é fácil de fazer. Basta querer.

## VII. CONCLUSÃO: : EMPURRANDO A HISTÓRIA

O momento brasileiro é grave, mas pode ser promissor. O cerco contra a corrupção e desmandos variados se intensificou, assim como as reações a ele. Há os que acreditam, como o autor deste texto, que não se deve perder a oportunidade, neste momento devastador, de mudar o patamar ético do país. Há os que só pensam em livrar a própria pele. E há os que gostariam que tudo permanecesse como sempre foi. Os dois últimos grupos se aliaram na "Operação Abafa", que tem militantes onde menos seria de se esperar. Gente que acha que corrupção ruim é a dos outros, a dos adversários. Se for dos aliados, não tem problema.

Não há como minimizar o que aconteceu no Brasil: desonestidade generalizada, degeneração difusa das práticas e costumes, no varejo e no atacado. Não foram condutas isoladas ou desvios pontuais, mas mecanismos profissionais e institucionalizados de se desviarem recursos, parte para o financiamento eleitoral, parte para o próprio bolso. Corrupção multipartidária e democraticamente repartida. Com absoluta certeza de impunidade. A ausência de um direito penal minimamente eficiente, capaz de funcionar como prevenção geral, criou um país povoado de agentes públicos e privados desonestos, repleto de ricos delinquentes. Onde se destampa há coisas erradas: Petrobras, Fundos de Pensão, BNDES, Caixa Econômica, aprovação de medidas provisórias.

O combate a este estado de coisas inconstitucional – quem diria que a expressão se prestasse a este uso? – deve se dar dentro da Constituição e das leis, com respeito ao direito de defesa e às outras prerrogativas processuais dos acusados. Mas não dentro de um sistema de faz-de-conta como sempre foi, em que os processos não terminavam nunca e no qual qualquer pessoa que ganhasse mais do que dez salários mínimos jamais era punida efetivamente. Ninguém deseja ou pode aceitar um Estado policial. No entanto, o Estado que pune o empresário que ganha a licitação porque pagou propina, que pune o banqueiro que teve ganhos diferenciados no mercado financeiro em razão de informações privilegiadas, e o dirigente de Fundo de Pensão que faz um investimento ruinoso para os segurados porque recebeu uma vantagem indevida não é um Estado policial. É um Estado de justiça. Tampouco se pode desejar ou aceitar um Estado de vale-tudo, em que cada um só é honesto se quiser. O Estado democrático de direito deve ser um Estado de justiça, com proporcionalidade e devido processo legal.

Com as dificuldades e circunstâncias de um momento complexo, o Supremo Tribunal Federal tem sido, em momentos cruciais, um agente do progresso civilizatório brasileiro. Sempre tendo em conta que na vida institucional, como na vida em geral, ninguém acerta todas, ninguém é bom demais e, sobretudo, ninguém é bom sozinho. Além disso, nem sempre se consegue avançar no ritmo desejado. Porém, a direção certa é mais importante do que a velocidade. Com uma correção de rumo aqui e outra ali, temos avançado. A história, por vezes, caminha devagar; e, outras vezes, se move rapidamente. É difícil adivinhar quando será de um jeito ou de outro. Mas, a despeito disso, o nosso papel é empurrá-la. É esta a nossa missão, como cidadãos, como intelectuais e como agentes do progresso social: empurrar a história.

Parte II

*OS DEZ TEMAS MAIS IMPORTANTES DO STF EM 2016*

*Luís Roberto Barroso*[9]

*Aline Osorio*[10]

Na Parte I desta retrospectiva de 2016, discutiu-se o papel institucional do Supremo Tribunal Federal, sua relação com a sociedade, o excesso de processos e de competências, bem como as críticas vindas de diferentes atores sociais. Para bem e para mal, nenhum outro Tribunal do mundo trabalha com grau equiparável de exposição pública e transparência da Suprema Corte brasileira. Passa-se, agora, à apresentação de dez dos principais temas enfrentados pela Corte em 2016, com um breve resumo dos casos respectivos e do que foi decidido. A retrospectiva evidencia a predominância de assuntos relacionados à crise política e à crise econômica na pauta do STF, bem como o seu papel destacado na defesa de direitos fundamentais.

## I. O STF E A CRISE POLÍTICA

### 1. O rito do processo de *Impeachment* (ADPF 378 ED, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgamento em 16.03.2016; ADI 5.498, MS 34.127, MS 34.128, MS 34.130, MS 34.131, julgamento conjunto em 14.04.2016)

Logo no início do ano, o Supremo Tribunal Federal julgou os embargos de declaração opostos pela Câmara dos Deputados em face da decisão do STF na **ADPF 378**. A ADPF, ajuizada pelo PCdoB, objetivava a realização de uma *filtragem constitucional* da Lei n. 1.079/1950, que define os crimes de responsabilidade e disciplina o processo de julgamento de tais delitos, de modo a tornar claro e estreme de dúvida o rito aplicável ao processo de *impeachment* do Presidente da República. Mantendo o mesmo rito seguido em 1992 no caso Collor, a Corte, por maioria e nos termos do voto do Min. Luís Roberto Barroso, decidiu 3 questões principais: (i) impediu a apresentação de candidaturas ou chapas avulsas para a formação da comissão especial, (ii) definiu que a votação para a formação de tal comissão somente pode se dar por voto aberto, e (iii) afirmou a competência do Senado para deliberar sobre a instauração ou não do processo, em votação do Plenário, por maioria

---

[9] Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

[10] Mestre em Direito Público pela UERJ. Professora de Direito Constitucional do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

simples de votos. No julgamento dos embargos, em 16.03.2016, o STF, por maioria, vencidos os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, rejeitou o recurso, apontando a inexistência de omissão, contradição ou obscuridade no acórdão de julgamento da ADPF. Com isso, o processo voltou à estaca zero e a Câmara dos Deputados teve que realizar nova eleição para a comissão especial do *impeachment*, seguindo as determinações do Supremo. Já no dia seguinte, a comissão especial foi instalada e o processo de impedimento teve seu início.

Em 14.04.2016, na véspera do início da sessão do Plenário da Câmara dos Deputados para decidir sobre a autorização da instauração do processo, o STF realizou uma sessão extraordinária para julgar cinco ações, protocoladas naquele mesmo dia, que discutiam aspectos pontuais do rito do *impeachment* (**ADI 5.498**, **MS 34.127**, **MS 34.128**, **MS 34.130** e **MS 34.131**). Na sessão, que durou mais de 7 horas e adentrou a madrugada, o STF, por maioria, indeferiu os pedidos de medida cautelar formulados em todas as ações. Em síntese, o Tribunal considerou que os questionamentos quanto ao procedimento de votação envolviam matéria *interna corporis*; e reiterou que o papel da Câmara dos Deputados é apenas o de autorizar ou não a instauração do processo contra o Presidente da República. Sendo assim, as garantias de ampla defesa e contraditório são mitigadas nesse momento, devendo ser plenamente exercidas no Senado, quando o processo está efetivamente instaurado.

## 2. Anulação da nomeação de Ministros nomeados pela Presidente Dilma Rousseff (ADPF 388, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 09.03.2016; e MS 34.070 e MS 34.071, Rel. Min. Gilmar Mendes, liminar deferida monocraticamente em 18.03.2016)

A **ADPF 388** foi ajuizada para questionar o decreto da Presidência da República, de 02.03.2016, que nomeou o procurador de Justiça do Estado da Bahia Wellington César Lima e Silva para o cargo de Ministro de Estado da Justiça. O pedido inicial foi, ainda, aditado para requerer a declaração de inconstitucionalidade de Resolução do CNMP que revogou norma que vedava o exercício de qualquer outra função pública por membro do MP, salvo cargo de professor e funções de magistério. No julgamento de 09.03.2016, o STF, por maioria, declarou inconstitucional a nomeação de membros do Ministério Público para o exercício de cargos que não tenham relação com as atividades da instituição, bem como a Resolução do CNMP, estabelecendo o prazo de 20 dias para a exoneração dos membros do MP que estejam nessa situação. A Corte entendeu que a interpretação correta do art. 128, §5º, II, d, da Constituição é no sentido de equiparar o

dispositivo ao art. 95, parágrafo único, I, relativo ao regime de vedações dos magistrados, de modo a impedir o exercício de qualquer outro cargo ou função pública por membros do Ministério Público. Para a maioria do STF, entendimento diverso violaria a autonomia do MP, decorrente do princípio da separação de Poderes, bem como a forma federativa de Estado. Como resultado da decisão, além de a Presidente Dilma ter que nomear novo Ministro da Justiça, mais de 20 membros do MP que exerciam função no Executivo, federal, estadual ou municipal, deixaram suas pastas.

Já os **MS 34.070** e **MS 34.071** questionaram o ato de nomeação do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, datado de 16.03.2016. O relator das ações, o Ministro Gilmar Mendes, deferiu, monocraticamente, as medidas liminares pleiteadas para suspender a eficácia da nomeação, por entender que foi efetivada com a finalidade de atribuir foro privilegiado ao ex-Presidente, configurando desvio de finalidade e, por consequência, tornando nulo o ato. O Ministro determinou, ainda, a manutenção da competência da justiça em Primeira Instância dos procedimentos criminais em desfavor de Luiz Inácio Lula da Silva. Posteriormente, o Ministro Relator liberou os mandados de segurança para a pauta, para serem apreciados em Plenário. No entanto, na sessão de 20.04.2016, a Corte, por maioria, deliberou adiar o julgamento dos MS para que fossem julgados em conjunto com agravos regimentais interpostos nas ADPF 390 e ADPF 391, com objeto semelhante, que foram indeferidas liminarmente pelo Rel. Min. Teori Zavascki, por ausência de subsidiariedade. Pouco tempo depois, com a publicação da exoneração do Ministro de Estado chefe da Casa Civil, o Min. Gilmar Mendes julgou prejudicados os mandados de segurança e o Plenário do STF não se manifestou sobre o mérito da decisão tomada pelo Ministro.

## 3. Afastamento do Presidente da Câmara dos Deputados da presidência e do mandato (AC 4.070, Rel. Min. Teori Zavascki, liminar concedida em 05.05.2016 e referendada pelo Tribunal Pleno no mesmo dia; ADPF 402, Rel. Min. Marco Aurélio, com deliberação sobre a cautelar prejudicada pelo afastamento do Presidente da Câmara pela liminar anteriormente referida)

Na **AC 4.070**, ajuizada no apagar das luzes de 2015, em 16.12, o Procurador-Geral da República formulou requerimento, no âmbito de inquéritos já instaurados (Inq 3.983 e Inq 4.146), de afastamento cautelar do então Presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha do cargo de Deputado Federal e da função de Presidente da Casa. Como fundamento, apontou a existência de indícios de que o parlamentar estaria utilizando o

cargo e a função para "*evitar que as investigações contra si tenham curso e cheguem a bom termo, bem como [para] reiterar as práticas delitivas, com o intuito de obter vantagens indevidas*". O pedido ficou em aberto, sem manifestação do relator. Em 3.05.2016, a Rede Sustentabilidade ajuizou a ADPF 402, na qual pedia que fosse reconhecido pelo Tribunal que parlamentar que tivesse denúncia criminal recebida contra si não poderia permanecer na presidência de casa legislativa, por estar na linha sucessória do Presidente da República. Ao final da sessão plenária de 4.05.2016, o Presidente do STF, Ricardo Lewandowski anunciou que na sessão do dia seguinte seria apreciada, a pedido do relator da ADPF 402, Min. Marco Aurelio, a medida cautelar pleiteada.

Porém, na manhã do dia 5.05.2016, o Ministro Teori Zavascki deferiu a medida de afastamento requerida. Entendeu haver uma situação excepcional em que presentes fortes indícios de que o Presidente da Câmara estava efetivamente valendo-se do cargo e do mandato parlamentar para interferir no processo penal a que respondia e para a prática de infrações penais, com riscos para a efetividade da jurisdição criminal e para a dignidade da própria casa legislativa. Em relação ao exercício da presidência da Câmara, o Ministro Teori apontou, como argumento adicional, a circunstância de o requerido figurar como réu em ação penal por crime comum, com denúncia recebida pelo STF (Inq 3.983, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 03.03.2016), o que constituiria causa inibitória ao exercício da Presidência da República. À tarde, na sessão plenária, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, referendou o deferimento da medida requerida.

## 4. Possibilidade de réus em ação penal ocuparem cargos na linha de substituição presidencial (ADPF 402, Rel. Min. Marco Aurélio, início do julgamento de mérito em 03.11.2016, julgamento do referendo da cautelar em 07.12.2016)

Na **ADPF 402**, proposta pela Rede Sustentabilidade em 03.05.2016, sustenta-se a tese de que pessoas com denúncia recebida pela Corte Suprema não podem exercer funções na linha constitucional de substituição presidencial, sob pena de lesão aos princípios da separação de poderes e republicano. Para a requerente, se, de acordo com o art. 86, §1º, I, da Constituição, o Presidente da República, titular do mandato eleito pelo povo, é suspenso de suas funções em caso de recebimento de denúncia pelo STF, pelo mesmo fundamento, não se poderia admitir que pessoas que respondam a ação penal instaurada pelo STF ocupem cargos em cujas atribuições constitucionais figure a substituição do Presidente da República. O Supremo Tribunal Federal iniciou a apreciação da ADPF na sessão de 03.11.2016, quando o Ministro Marco Aurélio (Relator), acompanhado pelos Ministros Edson

Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux e Celso de Mello, julgaram procedente a arguição, no mérito, para assentar o entendimento segundo o qual aqueles que figurem como réus em processo-crime no Supremo não podem ocupar cargo cujas atribuições constitucionais incluam a substituição do Presidente da República. O julgamento não foi, todavia, concluído, em razão do pedido de vista apresentado pelo Ministro Dias Toffoli.

A ação, porém, voltou mais uma vez à pauta do STF, dessa vez motivada pelo recebimento em parte da denúncia contra o Presidente do Senado Federal Renan Calheiros pelo Plenário da Corte, no âmbito do **Inquérito 2.593**, em 01.12.2016. Após esse fato superveniente, a Rede Sustentabilidade apresentou petição em que reiterou o pedido de concessão de medida cautelar. Com fundamento na maioria absoluta de votos já formada no Pleno e no risco de lesão grave pela manutenção de réu na linha de substituição presidencial, o Ministro Marco Aurélio determinou monocraticamente o afastamento cautelar imediato do Presidente do Senado Federal. A decisão não foi cumprida pelo Senado, cuja Mesa Diretora afirmou que só a obedeceria se e quando confirmada pelo Plenário do Supremo. Então, na sessão do dia 6.12, o Tribunal, por maioria, referendou apenas parcialmente a liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio. Nos termos da manifestação do Ministro Celso de Mello, que reajustou voto anteriormente proferido na ADPF, os réus criminais perante o STF que estejam na linha sucessória apenas não podem substituir o Presidente da República, mas podem permanecer nos cargos que ocupam. Assim, o afastamento imediato do Presidente do Senado não foi referendado. Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin e Rosa Weber, que referendavam integralmente a liminar concedida[11].

## II. O STF E A CRISE ECONÔMICA

### 5. Crise financeira dos Estados: (i) cálculo da dívida (MS 34023, MS 34110 e MS 34122, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 27.04.2016; liminares deferidas nos MSs 34123, 34132, 34137, 34141, 34143, 34151, 34154, 34168, 34186, ACO 2925, Pet 6398); e (ii) repartição da multa da lei de repatriação (ACOs 2934, 2935, 2936, 2938, 2940, 2941 e 2942, Rel. Min. Rosa Weber, liminares concedidas em 11.11.2016)

O ano de 2016 foi marcado pelo agravamento da crise financeira dos Estados-membros: a forte recessão econômica acarretou queda na arrecadação, agravada por problemas crônicos de má-gestão administrativa (*i.e.*, inchaço do quadro de pessoal, leniência

[11] Como assinalado na Parte I desta Retrospectiva, o Min. Luís Roberto Barroso considerou-se impedido e não participou do julgamento.

fiscal, inobservância do teto e atuação em setores não prioritários) e pela centralização tributária na União. O desajuste fiscal dos Estados tornou-se dramático, sendo que muitos deles não têm receitas suficientes para pagar a folha de servidores. Nesse contexto, diversos Estados bateram às portas do Supremo Tribunal Federal com duas ordens de pretensões.

No primeiro conjunto de demandas – os MS 34023, MS 34110 e MS 34.122 –, os Estados pediam que a correção de suas dívidas passasse a ser realizada pela incidência de juros simples, e não de juros compostos como vinha ocorrendo. Liminares foram concedidas em favor de onze Estados-membros impedindo a aplicação de sanções pela União até que a questão fosse solucionada definitivamente pela Corte. Em 27.04.2016, no julgamento conjunto dos mandados de segurança, o Plenário do Tribunal, acolhendo proposta do Ministro Luís Roberto Barroso, suspendeu os processos pelo prazo de 60 dias, a fim de permitir que a União e os Estados chegassem a um acordo sobre o tema. Na sequência, o acordo veio a ser efetivamente firmado, com alongamento do prazo da dívida e concessão de carência de 4 anos em relação ao valor principal da dívida.

No segundo semestre, a disputa por recursos entre Estados-membros e União se renovou com a controvérsia, também submetida ao STF, sobre se a multa incidente sobre o imposto de renda arrecadado em razão da adesão à Lei de Repatriação (Lei 13.254/2016) entraria ou não na composição dos Fundos de Participação. A Ministra Rosa Weber deferiu liminares em ações cíveis originárias (**ACOs 2934, 2935, 2936, 2938, 2940, 2941 e 2942**) em favor de 23 Estados-membros e o DF, determinando que a União depositasse em uma conta judicial o valor correspondente à cota-parte dos Estados no montante arrecadado com a repatriação de recursos do exterior. Novamente, depois da intervenção cautelar do STF, União e Estados-membros chegaram a um acordo e o Presidente da República editou a Medida Provisória n. 753, reconhecendo a participação dos Estados no produto da arrecadação das multas incidentes sobre os recursos repatriados.

## III. Direito penal, Direitos fundamentais e outros temas

### 6. Execução da pena após decisão condenatória de 2º grau (HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento concluído em 17.02.2016; ADCs 43 e 44 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento da cautelar em 05.10.2016; ARE 964.246 RG, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento pelo plenário virtual concluído em 11.11.2016)

No **HC 126.292** (Rel. Min. Teori Zavascki), julgado logo no início do ano, em 17.02.2016, o Supremo Tribunal Federal, pela maioria de 7 votos, entendeu que a Constituição admite a prisão do condenado após a decisão em segundo grau – vale dizer, após

a condenação por Tribunal de Justiça ou por Tribunal Regional Federal –, independentemente do trânsito em julgado da decisão, isto é, enquanto ainda cabíveis recursos especial e extraordinário. Ficaram vencidos na ocasião os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Tratou-se de importante virada jurisprudencial, já que desde 2009, após o julgamento do HC 84.078, vigia na Corte o entendimento de que o art. 5º, LVII, da Constituição, que consagra o princípio da presunção de inocência, impedia a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau.

Ao apreciar o HC 126.292, a Corte retomou a jurisprudência que vigorou desde a promulgação da Constituição até 2009 no sentido de que a execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado não ofende o princípio da presunção de inocência. Como destacado no voto do Min. Luís Roberto Barroso, após a condenação em segundo grau, o peso deste princípio é superado pela necessidade de efetividade da persecução penal, que protege bens jurídicos valiosos para o ordenamento constitucional, como a vida, a propriedade, a integridade física das pessoas e a probidade administrativa. Foi realçado pela corrente majoritária, igualmente, a circunstância de que, nos tribunais superiores, como regra, não se discute autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas.

Pouco tempo depois, o Partido Ecológico Nacional - PEN e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados – OAB ajuizaram as **ADCs 43 e 44**, alegando que a decisão do Supremo Tribunal Federal teria deixado de se pronunciar sobre o art. 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, que ao ver dos autores limitaria a prisão às hipóteses de trânsito em julgado, prisão temporária ou prisão preventiva. O Tribunal, no entanto, por maioria, conferiu interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP para se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado e indeferiu a cautelar. Na sequência, ao julgar em Plenário Virtual o **ARE 964246**, o Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão e reafirmou a jurisprudência da Corte, fixando a tese de que "*a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal*".

7. **Inconstitucionalidade do crime de aborto até o terceiro mês da gestação (HC 124.306, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, julgamento concluído em 29.11.2016)**

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) deferiu a ordem de *habeas corpus* de ofício, para afastar a prisão preventiva de médico e outros funcionários de clínica de aborto, presos preventivamente pela suposta prática do crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha. De acordo com o voto do ministro Luís Roberto Barroso, que alcançou a maioria, além de não estarem presentes no caso os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre é inconstitucional, por violar diversos direitos fundamentais da mulher, como os direitos sexuais e reprodutivos, a autonomia, a integridade física e psíquica e a igualdade, bem como o princípio da proporcionalidade.

Conforme assentado no voto condutor, a criminalização constitui medida de duvidosa adequação para proteger a vida do nascituro, por não ser capaz de reduzir o número de abortos praticados no país, além de gerar custos sociais elevados, como automutilação, lesões graves e óbitos, sobretudo de mulheres pobres. O acórdão consignou, ainda, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. Acompanharam a posição vencedora os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber. Muito embora a decisão não tenha efeito vinculante, ela sinaliza o entendimento de alguns Ministros do STF sobre o tema.

8. **Vaquejada (ADI 4.983, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento concluído em 06.10.2016)**

Na **ADI 4.983**, o Plenário do STF, pela maioria apertada de seis votos contra cinco, considerou inconstitucional lei do Estado do Ceará que regulamentava a vaquejada – competição em que os participantes (vaqueiros), montados em cavalos distintos, devem derrubar o boi, tracionando-o pelo rabo dentro de uma área demarcada – como prática desportiva e cultural, julgando procedente a ação. Para a corrente majoritária, que aderiu ao voto do Ministro Relator, Marco Aurélio, a lei cearense, ao regulamentar a vaquejada, afrontou a regra constitucional que veda a imposição de tratamento cruel contra os animais (CF/1988, art. 225, § 1º, VII). O voto do Ministro Marco Aurélio, baseado em laudos técnicos, concluiu que a manifestação cultural da vaquejada implicava "inequívoco

envolvimento de práticas cruéis contra bovinos". Embora o Tribunal não tenha reconhecido explicitamente que os animais são titulares de direitos fundamentais, certamente lhes atribuiu "peculiar dignidade" na medida em que não podem ser reduzidos à condição de mera coisa, possuindo, no mínimo, "o direito moral de não serem submetidos à crueldade", conforme o voto do Ministro Luís Roberto Barroso. A corrente vencida, formada pelos votos dos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Luiz Fux, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, defendeu a tese de que a vaquejada consubstancia manifestação cultural protegida constitucionalmente e que não necessariamente imporia tratamento cruel ao boi.

A decisão do STF provocou intensa reação de setores que defendem a legitimidade da vaquejada. Duas propostas de emenda à Constituição passaram a tramitar no Congresso Nacional com o objetivo de reverter a orientação firmada pelo STF nesse julgamento (PEC 50/2106 do Senado Federal e PEC 270/16 da Câmara Federal). Além disso, o Congresso Nacional aprovou, em novembro deste ano, a Lei n. 13.364, que eleva a vaqueja à condição de manifestação da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial. No mesmo mês, o Ministro Luiz Fux negou liminar no MS 35.418, impetrado por parlamentar contra a tramitação da PEC 50/2016, por entender inviável impedir a discussão do tema pelo Congresso Nacional. Já no mês de dezembro, o Ministro Teori Zavascki negou seguimento à Reclamação n. 25.869, contra decisão da Justiça piauiense que autorizou a realização de vaquejada naquele Estado, por entender que a decisão dotada de eficácia vinculante limitou-se à declaração de inconstitucionalidade da lei cearense.

## 9. Judicialização da saúde: (i) lei que autoriza uso da fosfoetanolamina sintética sem testes clínicos e registro na Anvisa (ADI 5501 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, liminar deferida em 19.05.2016); (ii) medicamentos de alto custo (RE 566471 RG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento iniciado em 28.09.2016) e (iii) medicamentos sem registro na Anvisa (RE 657718 RG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento iniciado em 28.09.2016)

A judicialização da saúde foi outro tema relevante recorrente na pauta do Supremo Tribunal Federal durante 2016. No julgamento da **ADI 5.501**, o Plenário do STF discutiu a constitucionalidade de lei que autorizou o uso da substância fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com câncer, a despeito da falta de testes clínicos que comprovem a sua segurança e eficácia, e da ausência de registro sanitário perante a Agência competente. O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a liminar para

suspender a eficácia da Lei até o julgamento final desta ação, por violação ao direito à saúde e à reserva de administração, que decorre do princípio da separação de Poderes.

Além disso, tiveram seus julgamentos iniciados pelo Plenário, conjuntamente, os **RE 566.471** e **RE 657.718**, ambos com repercussão geral. O primeiro discute a possibilidade de o Estado ser compelido a fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para custeá-lo, à luz do direito fundamental à saúde. Já o segundo recurso discute a possibilidade de o Estado ser compelido a fornecer gratuitamente medicamento não registrado na Anvisa. O relator, ministro Marco Aurélio, entendeu, de um lado, que o Estado pode ser obrigado a fornecer medicamento de alto custo não disponível no SUS, desde que comprovadas a imprescindibilidade do medicamento e a incapacidade do paciente e de sua família para custeá-lo, e, de outro, que o Estado não pode ser obrigado a fornecer fármacos não registrados na agência reguladora. Em seguida, a análise dos recursos foi suspensa por um pedido de vista do ministro Luís Roberto Barroso.

Em seu voto-vista no caso de medicamentos de alto custo, o Ministro Barroso demonstrou preocupação com o atual modelo de judicialização excessiva e com as injustiças na distribuição, pela via judicial, de medicamentos. Como apontou, "não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas". Como saída, propôs critérios que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de prestação de saúde, de modo a racionalizar, tanto quanto possível, a judicialização da saúde, bem como prestigiar as decisões dos órgãos técnicos, conferindo caráter excepcional à dispensação de medicamentos não incluídos na política pública. No que se refere ao RE sobre medicamentos não registrados na Anvisa, o Ministro defendeu que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da Agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), preenchidos ainda outros requisitos. Em seguida, votou o ministro Edson Fachin, que também apresentou diversos parâmetros para a concessão judicial de medicamentos de alto custo ou não registrados na Anvisa. O julgamento encontra-se atualmente suspenso, em razão de pedido de vista do Ministro Teori Zavascki.

**10. Desconto em pagamento de servidores público em greve (RE 693456 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.10.2016)**

No julgamento do **RE 693.456**, o Plenário do STF discutiu a possibilidade de corte de ponto de servidores públicos que aderem à greve. Para a maioria do Tribunal, nos termos do voto do relator Ministro Dias Toffoli, somente quando o poder público praticar ilegalidade (*e.g.*, falta de pagamento dos salários) motivadora do movimento grevista é que não haverá desconto dos dias parados. Caso contrário, a Administração Pública está obrigada a proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos. Nesse ponto, a corrente vencida entendia que o Poder Público não poderia cortar o ponto dos servidores antes que o Judiciário afirmasse a ilegalidade ou abusividade do movimento grevista. Também ficou decidido, nesse julgamento, que o corte de ponto pode ser substituído, em caso de acordo, pela compensação de jornada de trabalho. A corrente majoritária firmou a compreensão de que a compensação – ou mesmo o parcelamento dos descontos – poderão ser objeto de negociação, na medida em que se encontram dentro da esfera de discricionariedade da Administração Pública.

## IV. Outros casos que ficaram de fora

Qualquer seleção de processos mais marcantes tem uma boa dose de subjetividade. Diversas outras questões poderiam figurar na lista do ano de 2016. Temas envolvendo sigilo e fiscalização tributária (**ADIs 2390, 2386, 2397 e 2859**), aprovação de contas de Prefeitos Municipais (**RE 848.826**), aplicação à mãe adotante do mesmo prazo de licença da mãe natural (**RE 778.889**), a natureza não hedionda do crime de tráfico privilegiado (**HC 118.533**), ou falta de vagas no sistema penitenciário (**RE 641.320**). Houve, ainda, um caso delicado, envolvendo o direito internacional dos direitos humanos, em que o Tribunal, por maioria apertada, deixou de acolher a tese de que os crimes contra a humanidade são imprescritíveis (**Ext 1.362**). O caso envolvia participante de um grupo de extermínio argentino, que praticava ações de homicídio e violência contra opositores do regime militar. Votaram vencidos os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Carmen Lúcia e Ricardo Lewandowski.

## V. Conclusão

Não foi um ano fácil para o país. Tampouco foi um ano fácil para o Supremo Tribunal Federal. Crise política, crise econômica, crise fiscal, insatisfação generalizada da população, ânimos exaltados, políticos acuados. Tempestade perfeita, para

usar o jargão da moda. Nenhuma instituição ficou imune ao contágio de tantas circunstâncias e vicissitudes. Porém, na vida institucional, como na vida pessoal, passa-se pelo que se tem que passar, e tudo faz parte de um processo de aprimoramento e evolução. O que significa que, apesar de tudo, a gente sai das provações melhor do que entrou. O ano de 2017 não promete ser muito mais fácil. Mas podemos enfrentá-lo com o que já aprendemos em 2016. Por coincidência, o primeiro autor leu em diferentes lugares do mundo, ao longo do ano – e fotografou para mostrar à segunda autora –, um cartaz cuja inscrição revela uma boa atitude para atravessar momentos difíceis: "Viver não é esperar a tempestade passar. É aprender a dançar na chuva"[12]. Até a próxima.

[12] No original: *"Life is not about waiting for the storm to pass. It is about learning to dance in the rain"*. A autoria da frase é disputada.