



SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

Parecer nº 784/2020-NASSET/ADVOSF

Processo nº 00200.020687/2019-61

Senhor Advogado-Geral Adjunto de Contencioso,

Cuida-se do processo em que o Excelentíssimo Senhor Senador da República MAJOR OLIMPIO apresenta “pedido de impeachment” em face do Ministro do Supremo Tribunal Federal JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI, pela prática de crime de responsabilidade.

Após tecer inúmeras considerações a respeito da separação dos Poderes e sobre o processo do *impeachment*, sob o tópico “DO CABIMENTO DO PEDIDO DE IMPEACHMENT”, o ilustra Senador refere que o Ministro teria cometido crime de responsabilidade, consistente nas seguintes imputações:

- 1) Determinou, dia 14/03/2019, por meio da Portaria GP nº 69, a abertura de inquérito para apurar ‘notícias fraudulentas’, ofensas e ameaças que atinjam o STF, seus ministros e familiares...”;

A irregularidade consistiria no fato da abertura ex officio do expediente violar “o sistema acusatório brasileiro”, além de ter sido adotada medida, em decorrência do inquérito, que consubstanciaria “censura à imprensa”. Narra ainda neste tópico o “afastamento totalmente injustificado de dois auditores da Receita Federal” e a “suspensão de procedimentos

1





SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

investigatórios instaurados no âmbito da Receita Federal envolvendo 133 contribuintes”, fatos estes que o Senador entende de extrema gravidade;

2) Afirma ainda que “o Denunciado, nos autos do Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP... determinou que houvesse a suspensão de todas as investigações em curso no país que tenham como base dados sigilosos compartilhados pelo conselho de Controle de Atividade Financeiras (COAF) e pela Receita Federal, com o Ministério Público, sem prévia autorização judicial”;

Justifica o Requerente que o caso seria de natureza subjetiva, *inter partes*, mas que esta decisão teria ocasionado consequências à diversos outros processos, suspendendo “praticamente todas as investigações em curso que analisam lavagem de dinheiro do Brasil...”, além de ter sido determinada a obrigação de lhe serem fornecidas “cópias de todos os Relatórios de Inteligência Financeiras – Rifs produzidos nos últimos 3 anos...”, decisão esta que teria sido reformada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Com isso, o posicionamento final da Corte foi no sentido de admitir o compartilhamento dos dados com autoridades de investigação sem a necessidade de autorização judicial prévia;

2





SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

Deste modo, refere o Parlamentar que “os fatos narrados são gravíssimos e vão de encontro a diversos princípios constitucionais e legais, sendo uma afronta ao Estado Democrático de Direito e à República”.

Requer, por fim, a “abertura e processamento do procedimento de *impeachment* do Ministro do Supremo Tribunal Federal José Antônio Dias Toffoli”.

É o relatório.

i) Separação de Poderes

Primeiramente, convém registrar e assinalar que, claramente, a Constituição brasileira adota um sistema de repartição de poderes, como muito bem assinalou o ilustre Senador MAJOR OLIMPIO.

Pode-se dizer que é tão célebre quanto atual as lições de Montesquieu sobre sua proposta de divisão de Poderes, de tal forma que ainda hoje é necessário que se crie limites ao homem que detém parcela de poder, sob pena de ocorrerem abusos.

Embora Montesquieu formule sua partilha da soberania sob a ótica das forças sociais então vigentes, em um organograma político-jurídico organizado da atualidade, as lições do mestre assumiram a conotação da





SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

manutenção de independência recíproca das funções básicas e especializadas de Estado (Poderes), pois só um “Poder” pode criar barreiras a outro “Poder”.

O Estado ideal seria aquele em que os Poderes se mantivessem em equivalência. Isto é, predominaria o governo moderado.

Não obstante a neutralidade teórica da formulação “montesquiana”, por razões de representação popular historicamente mais intensa do Parlamento, a “separação dos poderes” sempre teve como ínsita a supremacia do Poder Legislativo.

Essa supremacia foi textualmente afirmada por Locke, conforme se confirma pela seguinte passagem: “Num Estado bem constituído, que subsiste por si mesmo e age de acordo com sua natureza, isto é, para salvaguarda da comunidade, só certamente um poder supremo – o Poder Legislativo”.¹

Podemos dizer, no entanto, que a nossa separação é “montesquiana”, com o aprimoramento fornecido pelo “sistema de freios de contrapesos” elaborado por Madison, Hamilton e Jay, em trabalho elaborado na confecção da Constituição americana.

Neste sistema, os três órgãos de Poder são **interdependentes** (e não independentes) e harmônicos (e não antagônicos), de tal modo como se mostra o caso brasileiro:

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do Processo Legislativo, São Paulo, 2012, 7^a Ed. p. 139;





SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.²

E aqui abre-se pequeno parêntese. É extremamente perturbador qualquer menção ou alusão à possibilidade de o Supremo Tribunal Federal exercer um “Poder Moderador”, conforme irrefletidamente chegou a ser afirmado em momento muito próximo.³

Tal menção remonta ao antigo Poder Moderador adotado pela Constituição do Império no longínquo ano de 1824, sistemática esta que atribuiu poder quase que absoluto ao imperador do Brasil, Dom Pedro I.

Já naquela época não se tem notícia de outro país que tenha adotado tal heterodoxa figura, de forma que, na atualidade, se quisermos ter uma democracia, tais alegações devem ser vistas e entendidas como devaneios pessoais no plano das ideias e prontamente repelidas concretamente.

Como dito anteriormente, se existisse a proeminência de algum dos Poderes, esta deveria ser em relação ao do Poder Legislativo, que histórica e intimamente se funda na ideia de representação ou representatividade (deve-se deixar claro que a proeminência de um dos Poderes não significa subordinação dos demais).

² A interdependência é constatada sistematicamente da Constituição.

³ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=402203>;
<https://exame.abril.com.br/brasil/tambem-e-uma-funcao-do-stf-ser-moderador-diz-toffoli-sobre-pacto-dos-3-poderes/>





SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

Feito o registro, prosseguimos na análise.

Com a chegada do Estado Contemporâneo, passadas as lutas contra o absolutismo monárquico da idade média, prevaleceu os ideais libertários, decorrentes de um intenso movimento liberal, sobretudo a partir da revolução inglesa, a independência americana e a revolução francesa, demonstrando que o Estado deveria ser do povo.

Baseia-se a revolução na ideia ou ideal do Estado Liberal, fundamentada nas exigências de que o monarca ou governante só poderia impor sacrifícios ao povo com o consentimento de seus representantes.

Neste espaço ganha força o Parlamento como forma de representação da vontade dos cidadãos e como meio de controle e fiscalização do regime.

Trata-se da assunção, pelo Parlamento, de uma função autorizativa, que, em última análise, representa a função de controle dos atos do Poder.

Este pequeno histórico se destina a afirmar e enaltecer a função fiscalizatória do Parlamento, que com inteira razão afirmou o digníssimo Senador, embora tenha sido pouco utilizada na atualidade do nosso país.

Note que no continente Europeu, fruto de um longo e consistente amadurecimento histórico, estabeleceu-se raízes profundas do modelo de

6





SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

controle dos Poderes pelo Parlamento, sendo a maior evidência desta constatação a adoção do Parlamentarismo como forma de governo.⁴

A atividade de controle no Continente Europeu, historicamente, foi associada como poder ou faculdade do Legislativo, de modo que é vista como um poder natural, uma atividade ínsita ao poder de legislar ou uma faculdade implícita das Câmaras, razão pela qual muitos países sequer se preocupam em estabelecer tais competências, como é o caso da Inglaterra e o dos Estados Unidos.

Infelizmente no Brasil o poder de controle e fiscalização é intuitivamente visto pela população como uma atribuição do Ministério Público. Na Europa somente muito mais tarde ganha relevo a função de legislar, que, no Brasil, sempre obteve maior preponderância que a função de fiscalizar.

Mas o Poder de Fiscalização deste Senado da República autoriza o *impeachment* de Ministro do Supremo Tribunal sob quais pretextos? Seria um processo político-jurídico, à semelhante com o crime de responsabilidade do Presidente da República?

É este aspecto que será desenvolvido no próximo tópico.

⁴ Aliás, com a adoção do Parlamentarismo no Direito inglês, torna-se de pouca relevância o instituto do *impeachment* e da própria CPI, eis que o descontentamento com a condução do governo conduz à destituição dos responsáveis.





SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

ii) Crime de responsabilidade - Forma de atuação dos Tribunais - Prerrogativas

Antes de se examinar as hipóteses que configuram crime de responsabilidade é necessário realizar breve reflexão sobre a forma e o contexto que foi concebido o Poder Judiciário brasileiro. A partir destes esclarecimentos serão analisadas as imputações constantes da presente denúncia.

3. Primeiramente devemos pontuar que vivemos em um Estado Democrático de Direito. A afirmação é singela, mas de elevado relevo para os cidadãos.

Mas o que significa isto?

O Estado de Direito é uma das grandes conquistas da humanidade. Em um Estado de Direito, o império da lei impõe limitações ao Estado e aos governantes, por meio de regras claras, universais ou universalizáveis (generalidade, abstração e impessoalidade).

8





SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

Sobre alguns temas de grande relevância, a sociedade precisa se posicionar e ela o faz por meio da Lei, oriunda de um processo adequado e democrático, de modo a produzir posições legítimas.⁵

Trata-se de grande evolução da humanidade em relação à tirania, pois o que se quer é o governo das leis e não dos homens.

Leis têm a aptidão de tratar a todos de maneira uniforme e indistintamente, conferindo limitação imposta aos particulares em geral e aos Poderes Constituídos em especial, criando uma conduta obrigatória, com limites claros (segurança jurídica).

Não se ingressará aqui no aspecto evolutivo do tema e suas variantes, de acordo com justiça do ordenamento (Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito, Estado Constitucional de Direito...).

Mas ainda é muito pouco. No Estado Democrático de Direito, a Democracia é o modo de exercício do poder. O poder, neste aspecto, é advindo da vontade popular, deliberadas por seus representantes eleitos de forma livre, periódica, de forma que o próprio povo é destinatário e coautor da ordem jurídica.

⁵ Quanto mais plural for o debate, de modo a que todas as partes se posicionem de maneira neutra, melhor e mais legítimo será o processo de tomada de decisões.





SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

Sendo assim, a maioria da população define os rumos que serão tomados pela sociedade. No entanto, a democracia é uma forma de convivência humana, de modo que não queremos a tirania das maiorias.

Necessário, por isso mesmo, criar mecanismos à observância do respeito à posição e ao direito das minorias.

Mas como fazer respeitar o direito das minorias em uma sociedade que preza pelo governo das maiorias?

Para possibilitar um sistema de Direito, impõe a criação de um órgão técnico e afastado da política, justamente para preservar a aplicação do ordenamento de modo coerente e isento.

Sobreleva, por isso mesmo, a função das Constituições e dos Tribunais Constitucionais, com sua função mais importante, a saber, decisões *contramajoritárias*. Aplica-se a lei, ainda que o linchamento seja o desejo da sociedade.

Desde sempre o povo clama por Justiça. No entanto, a Justiça clamada pelos cidadãos em geral é, e sempre foi, o linchamento público. Na Antiguidade o linchamento físico e na Atualidade o linchamento moral.

Quem não se recorda da passagem Bíblica, em Mateus, do julgamento de Cristo e Barrabás, pelo Tribunal popular.

10





SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

Portanto, o Supremo nasce e tem como função primordial contrariar maiorias.

Se decisões contrárias à maioria é ínsita à Suprema Corte, é extremamente problemático lastrear um pedido de impedimento de um Ministro, com base em condutas impopulares.

Vamos além.

O processo de impeachment normalmente é encarado como um evento catastrófico ou uma ruptura no sistema constitucional democrático. Não o é!

No direito americano, o processo de impeachment foi inserido na Constituição como salvaguarda da democracia. É uma fonte constitucional, ordeira e pacífica de lidar com Presidentes nocivos, na visão da população (daí porque consagrado na doutrina que se trata de um processo político-jurídico).

É uma alternativa à forma como antigamente os governantes eram afastados, ou por assassinato ou por revolução.

O impedimento de um Ministro da Suprema Corte, por outro lado, necessita de processo mais detalhado, eis que sua atividade não é política e não visa agradar maiorias.

Por mais paradoxal que possa parecer, decisões de Ministro pautadas na opinião pública (representativas) volátil podem ser - e

11





SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

normalmente são - muito mais danosas do que decisões *contramajoritárias*, ainda que gerem inconformismo popular momentâneo.

Condutas bem-intencionadas mas que desrespeitam o sistema posto têm se revelado extremamente perversas à democracia e à própria economia, ocasionando efeitos danosos, reflexos e tardio, como é exemplo a declaração de constitucionalidade da cláusula de barreira.

Aliás, já é problemático em si saber se a decisão é, de fato, representativa ou não, pois os Ministros do STF não são submetidos ao processo de sufrágio e nem há um referendo de suas decisões.

Questões que em um primeiro momento possam parecer representativas, na verdade, em um momento posterior, revelam-se contrárias à maioria. Muitas vezes a decisão representativa pode apenas representar subterfúgio para fundamentar decisões de cunho pessoal.

Eventuais condutas nestes moldes podem evidenciar espécie de aristocracia, sob o fundamento de decisão representativa, e, o que é pior, sem o respeito aos direitos das minorias, pois as decisões *contramajoritárias* estariam prejudicadas.

Portanto, o crime de responsabilidade de Ministros do Supremo exige a demonstração de fatos concretos que se revistam de gravíssimos desvios de condutas ou de finalidade, com distanciamento da função exercida no Tribunal.

12





SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

É neste contexto que devem ser examinadas as imputações.

iii) Imputações

De modo muito resumido – como já anteriormente referido – as imputações podem ser divididas em dois tópicos:

- 1) “Portaria GP nº 69, a abertura de inquérito para apurar ‘notícias fraudulentas’, ofensas e ameaças que atinjam o STF, seus ministros e familiares...”;

A irregularidade consiste no fato da abertura de Ofício do expediente violar “o sistema acusatório brasileiro”, além de ter sido adotada medida, em decorrência do inquérito, que consubstanciaria “censura à imprensa”. Narra ainda neste tópico o “afastamento totalmente injustificado de dois Auditores da Receita Federal” e a “suspensão de procedimentos investigatórios instaurados no âmbito da Receita Federal envolvendo 133 contribuintes”, fatos estes que entende de extrema gravidade; e

- 2) Afirma ainda que “o Denunciado, nos autos do Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP... determinou que houvesse a suspensão de todas as investigações em curso no país que tenham como base dados sigilosos compartilhados pelo conselho de Controle de Atividade Financeiras (COAF) e pela Receita Federal, com o Ministério Público, sem prévia autorização judicial”;

Justifica que o caso seria de natureza subjetiva, *inter partes*, mas que esta decisão teria ocasionado consequências à diversos outros processos,

13





SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

suspendendo “praticamente todas as investigações em curso que analisam lavagem de dinheiro do Brasil...”, além de ter sido determinada a obrigação de lhe serem fornecidas “cópias de todos os Relatórios de Inteligência Financeiras – Rifs produzidos nos últimos 3 anos...”, decisão esta que relata ter sido reformada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que, ao contrário da decisão monocrática, admitiu o compartilhamento dos dados com autoridades de investigação sem a necessidade de autorização judicial prévia;

Em relação à primeira imputação, podemos referir de modo muito pontual que a abertura do controverso Inquérito pelo Ministro Presidente do STF assim o foi com base no art. 13, inc. I, do RISTF, *in verbis*.

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal.

É preciso deixar muito claro que “O Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Carta Política de 1969 (art. 119, § 3º, “c”), dispunha de competência normativa primária para, em sede meramente regimental, formular normas de direito processual concernentes ao processo e ao julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Com a superveniência da Constituição de 1988, operou-se a recepção de tais preceitos regimentais, que passaram a

11





SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

ostentar força e eficácia de norma legal (RTJ 147/1010 – RTJ 151/278)” (Ag. Reg. nos Emb. Div. nos Emb. Decl. no Ag. Reg. do ARE 845.201/RS, rel. Min. CELSO DE MELLO, inf. 794).

Vale dizer, o Ministro denunciado instaurou um inquérito com base em dispositivo legal (com a mesma força que uma Lei federal).

Poder-se-ia questionar a interpretação excessivamente ampliativa do dispositivo. Mas aí a questão passa a ter maior subjetividade, pois diz respeito aos parâmetros e critério para interpretação jurídica, questão que não foi ventilada na presente denúncia e que será desenvolvida mais adiante.

Também é importante lembrar que a inconformidade com o conteúdo das decisões adotadas no âmbito de referido expediente não diz respeito ao Ministro denunciado, mas sim ao Ministro Relator designado para condução do Inquérito e a ele deve ser imputado. No entanto, a denúncia somente se insurge contra o Ministro DIAS TOFFOLI.

Por tais razões, tais fatos não parecem ter a consistência necessária para a abertura do drástico processo de impeachment.

Por estas mesmas razões também parece não proceder a imputação em relação à ordem excessivamente ampla adotada monocraticamente pelo Ministro denunciado nos autos do Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP.

15





SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

Como visto, trata-se, também, de interpretação da legislação realizada a partir de um processo judicial, ocasião em que deve ser visto com parcimônia eventual responsabilização por decisão judicial.

É dever do Magistrado extrair opinião jurídica a respeito de determinado processo que esteja sob sua análise. O Direito, por ser fruto da própria vivência social, acaba sofrendo ajustes dentro da legalidade vigente, estando em constante construção e aprimoramento.

A contingência humana, os condicionamentos sociais, culturais, econômicos, políticos, o tempo e o espaço – tudo isto impõe adequações, temperamentos e adaptações na imperfeita aplicação daquela ideia abstrata à realidade que vivemos.

Evidentemente que a decisão judicial deve ter limites e parâmetros a ser seguidos. Mas qual os limites à tomada de decisões dos Juízes?

Este tema é extremamente tormentoso e subjetivo. Poderíamos, por exemplo, nos valer para a diferenciação de Direito como integridade de Ronald Dworkin, que diferencia o raciocínio jurídico (de cunho deontológico) e uma atitude política (movida por interesses), de sorte que o papel do Poder Judiciário pode ser caracterizado como *contramajoritário*, quando as cortes





SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

assumem o dever de invalidar atos governamentais, por mais aplaudidos e bem-intencionados que sejam.⁶

Existem outras interpretações, mas qual seria a mais adequada?

A nosso ver, é dever desta Casa Alta buscar a estabilidade institucional e política, bem como a segurança do ordenamento jurídico à nação.

Recentemente tivemos intenso debate sobre a possibilidade de responsabilização de Magistrado a respeito da interpretação de determinada norma.

Partindo de uma interpretação segura sobre este tema (interpretação autêntica), podemos dizer – pelo menos – como pressupostos à responsabilização do Magistrado, que: i) a mera divergência na interpretação da lei ou na avaliação de fatos e provas não configura crime de responsabilidade; e ii) há a necessidade de demonstrar que o agente pratica o ato com finalidade específica de prejudicar outrem ou de beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal:

Lei 13.869/2019 Lei do Abuso de Autoridade:

Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas

⁶ Em breves linhas, seria jurídicas as decisões que defendem os direitos de determinado cidadão face à coletividade, ainda que universalizável, ao passo que não seria jurídica a decisão que impõe o direito da coletividade em detrimento do cidadão. Isto seria questão política a ser elaborada pelas instâncias políticas.





SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

§ 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade.

Sem estes pressupostos, é de todo temerário macular a independência do Judiciário e a autonomia de seus membros, pois são os pilares que permitem que o Magistrado se mantenha imparcial.

A divergência ou inconformidade com determinada interpretação pode e deve ser sanada pelo meio adequado, que é justamente o recurso ou a impugnação na seara judicial.

No presente caso é exatamente o que ocorreu, pois o plenário da Corte reformou a decisão monocrática adotada, sem que sejam apresentadas outras máculas gravíssimas a respeito do tema.

Assim, com todo o respeito, entendemos que a presente denúncia não se reveste de densidade suficiente - fatos de extrema gravidade - a atrair a mais severa forma de controle e punição política de um Ministro do Supremo Tribunal Federal.





SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

iv) Controle na atividade judicial – Panorama atual

Por fim, gostaríamos de compartilhar algumas inquietações sobre a forma como tem sido interpretado o Direito e possíveis reflexos desta nova fase do Judiciário brasileiro.

Como se sabe, é no Parlamento que encontramos uma representatividade muito semelhante à composição plural da sociedade, ocasião em que as diferentes razões e concepções de mundo são debatidas e definidas. No processo legislativo são estabelecidos determinados consensos, respeitando-se os eventuais dissensos, culminando como produto a lei, que vale para todos indistintamente (governo das leis e não dos homens). É o governo da maioria, respeitando o direito das minorias.

É preciso deixar claro que tanto as leis, como a Constituição não dissipam a existência de discordância moral sobre o tema que abordam. O fato de se ter chegado a determinado resultado não significa um consenso da sociedade sobre determinado assunto. O que se espera dos que saíram vencidos no processo democrático é que respeitem a decisão da maioria, cientes da necessidade de a sociedade se posicionar.

Este problema tem se verificado na prática, pois os Tribunais, não raras vezes, têm se transformado no segundo turno da arena política

A prática tem nos revelado que estamos ingressando em uma nova seara de atuação jurisdicional, de modo que a eloquência, a retórica e

19





SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

determinado ônus argumentativo são suficientes para embasar qualquer decisão dos Tribunais, ainda que enverede, largamente, em questões políticas ou de governo.

Longe de consubstanciar um avanço na interpretação e garantia dos direitos fundamentais, já há algum tempo estas posições têm sido objeto de severas críticas da doutrina, como são exemplos o que se convencionou denominar principiachismo e consequenciachismo⁷, ou particularmente às críticas do Jurista Lênio Streck, a respeito do juiz solipsista.

A crítica doutrinária – absolutamente necessária – não tem contido os avanços dos Tribunais em assumir um papel de maior protagonismo como indutor e – por que não – concretizador das políticas públicas nacional. Pelo contrário, tem crescido no seio da Suprema Corte brasileira, inclusive, uma corrente que sustenta que a Constituição impõe ao Supremo também exercer um papel representativo, de modo a “empurrar a história”.⁸

O fato de os Tribunais se afastarem de sua concepção original, utilizando argumentação com bases políticas, acabam por sujeitar o conteúdo da decisão judicial a intensos debates no seio da comunidade. Afinal, embora grande parte dos cidadãos não tenha qualificação para se posicionar em um complexo debate jurídico, cada qual tem a sua opinião política particular.

⁷ Vide por todos: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vicente-santos-mendonca/em-defesa-do-consequenciachismo>

⁸ <https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/artigo-barroso-defende-papel-iluminista-stf>





SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

A retórica não mais tem conseguido convencer o cidadão dos “argumentos jurídicos” de determinada decisão, de modo que um Tribunal que ingressa largamente em matérias típicas da política, tem como consequência natural sua maior exposição à opinião pública e, com muita razão, deve se sujeitar a um maior controle social de suas atividades. Não há dúvida disto!

O problema é que o sistema jurídico brasileiro foi prodigioso em estipular direitos e prerrogativas destinadas a manutenção da independência do Judiciário e autonomia de seus membros.

Como se observa, a autonomia, nas suas múltiplas dimensões, é condição da independência do Judiciário e da imparcialidade de seus membros, de modo que possam decidir de maneira técnica e imparcial.

No entanto, tais “prerrogativas” não se justificam se a decisão for adotada com fundamentos políticos. Decidir não é um ato de escolha. Decide-se por princípio, de acordo com o Direito! Se assim não ocorre, é de todo democrático e republicano o controle social sobre a decisão, sob pena de nos tornarmos uma aristocracia.

No entanto, a abertura de um maior controle social sobre os Ministros seguramente virá em prejuízo de sua função *contramajoritária*, desvirtuando, por completo, a atuação deste Poder.

21





SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

Estas são reflexões sobre o rume que vem se formando no nosso país.

Também é importante dizer que tal panorama não é de responsabilidade exclusiva do nosso Judiciário.

Longe disto! O voluntarismo judicial não é um fenômeno automático e natural da nossa sociedade. Antes revela um sintoma da disfunção das instâncias política.

Sabe-se que a função de legislar entrou em declínio, sobretudo em razão da constatação de que a intervenção legislativa, por seu caráter mais estanque, perdeu força em um mundo dinâmico, necessitando o regramento social ser mais flexível e célere.

A partir de 1920 a morosidade acabou por retirar do Parlamento muito de sua hegemonia e proeminência, sendo que Estado-Providência incentivou a centralização de poder no Executivo.

Mas não só isso. Com a perda da proeminência do Poder Legislativo na sua função de legislar, o Parlamento acabou por fazer uso recorrente às regras para grupos de pessoas, de maneira particular e efêmera (ou na chamada legislação de exceção), muito recorrente no caso brasileiro.

E mais. Em alguns casos pode ocorrer o processo de tomada de decisões viciado ou voltado para normas de ocasião (*checkboarder legislation*), de

22





SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

conteúdo incompreensível ou misterioso, que revelam um vigoroso estímulo às pessoas se valerem de suas próprias razões ou posições, aumentando a disfunção dos agentes encarregados de aplicá-las, e, mais ainda, aumentando a intenção de discuti-la. Não por outra razão que os Tribunais têm se transformado em segundo turno da arena política

Tal fato contribuiu para o grande número de leis com prejuízo à significância de seu objeto, o particularismo de suas intenções, resultando na sua desvalorização e, por conseguinte, na liberdade com a qual ela é tratada, até mesmo pelos juízes.

Ora, se a “lei é uma regra que se interpreta, pode facilmente transformar-se em uma regra que todos se servem e que todos contornam”⁹, sendo que esta premissa explica em grande parte o ativismo judicial dos Tribunais brasileiros.

Some-se a isto a dificuldade de o Parlamentar se posicionar sobre temas complexos e espinhosos na atualidade, pois está diretamente sujeito à *accountability*, aliado à volumosa judicialização da política levada a cabo pelos próprios Congressistas. Tornando crítico, nossos Constituintes foram extremamente prodigiosos em estabelecer, aumentar e inventar toda a sorte de controle sobre a Constitucionalidade de Leis – sendo possível em qualquer forma e em qualquer instância.

⁹ Burdeau, Essai, Archives cit. 1-2:47, **apud** FERREIRA FILHO, ob. cit. p. 152.





SENADO FEDERAL
Advocacia
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos - NASSET

Atualmente, o Poder Legislativo passa pelo desafio de encontrar caminhos em direção aos anseios da população, o que, na nossa visão, implica no maior uso de sua prerrogativa de direção das políticas públicas a serem concretizadas pelo Poder Executivo (art. 49, inc. IX), bem como no resgate de seu papel essencial, qual seja, conferir maior intensidade no seu caráter fiscalizatório (art. 49, inc. X, da Carta Política).

Conclusão

Diante do exposto, manifestamo-nos **pela rejeição da denúncia e arquivamento da petição**, sugerindo o encaminhamento dos autos ao Excelentíssimo Senhor Presidente do Senado Federal para deliberação.

Brasília, 17 de dezembro de 2020.

(assinatura digital)
FABIO F. MORAES FERNANDEZ
Advogado do Senado Federal

Aprovo. Encaminhe-se à Presidência do Senado Federal.

(assinatura digital)
FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA
Advogado-Geral Adjunto de Contencioso

24

