

CRÔNICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO EM 2011

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO*

SUMÁRIO

1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.—2. O ESTADO-ADMINISTRAÇÃO PODE REVER OS SEUS ATOS, MAS DEVE RESPEITAR DIREITO DE DEFESA.—3. ESTRANGEIRO E TITULARIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.—4. UNIÃO DE HOMOSEXUAIS.—5. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. MÍNIMO EXISTENCIAL. DIREITO DAS CRIANÇAS – CRECHE. ATIVISMO.—6. IMPORTÂNCIA POLÍTICA PRÁTICA DAS DECISÕES DO STF EM CONTROLE POR OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.—7. DIREITOS SOCIAIS – MODO DE FIXAÇÃO DE SALÁRIO-MÍNIMO.—8. A IMPORTÂNCIA DAS CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.—9. FICHA LIMPA E SEGURANÇA JURÍDICA.—10. CONCURSO PÚBLICO E DIREITOS DOS APROVADOS.—11. LIBERDADE DE PROFISSÃO E EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO EM AUTARQUIA DESTINADA A FISCALIZAR A ADVOCACIA.—12. LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL- MÚSICO E OBRIGAÇÃO DE REGISTRO EM ENTIDADE DE CLASSE.—13. DIREITO DE SE ASSOCIAR E DIREITO DE NÃO SE ASSOCIAR – EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL.—14. LIBERDADE DE IMPRENSA E DE INFORMAÇÃO.—15. ISONOMIA ENTRE HOMEM E MULHER.—16. MACHA DA MACONHA.—17. DECISÕES DE DESTAQUE NO PLANO INSTITUCIONAL - PRIVILEGIOS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA E AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA.—18. INCONSTITUCIONALIDADE DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO.—19. PODER DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.—20. CONCLUSÃO.

* Doutor em Direito (Universidade de Brasília. Mestre em Direitos Humanos Internacionais (University of Essex). Coordenador do Mestrado em Direito do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Membro do Ministério Público Federal.

O ano de 2011 foi repleto de decisões que reafirmam o papel de crescente interesse desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal - STF na vida pública nacional. Até o início do milênio, pode-se dizer que o STF era pouco conhecido da população em geral, buscando conter-se nas suas críticas sobre os outros poderes, apoiado em regras processuais, que escanteavam o enfrentamento de questões mais palpitantes.

Até recentemente, outro fator de contenção da Suprema Corte vinha sendo o excesso de processos distribuídos e aguardando julgamento. Uma verdadeira crise de volume de trabalho, muitas vezes repetitivo e envolvendo assuntos de importância marginal, ameaçou seriamente o papel de autêntica Corte Constitucional que o STF vem, agora, desempenhando com desenvoltura.

A crise de excesso de ações em curso no STF atingiu, em 2006, um ponto insustentável. Naquele ano, a estatística da Corte indicara alarmantes 127.535 processos aportando aos seus 11 ministros. Foram, então, julgados mais de 110 mil processos. É claro que não poderia haver mais de 110 mil questões novas e de interesse capital surgindo naquele ano. Estava evidente que o modelo de acesso ao STF franqueava a trivialização do seu papel. O STF via desfigurada a sua vocação típica de Corte Constitucional em favor de uma conformação mais aproximada a uma última instância ordinária. Novidades processuais foram sendo criadas e implementadas, tanto pelo legislador constitucional como pelo legislador ordinário, na busca da recuperação da viabilidade numérica da Corte, favorecendo a atribuição de efeitos além-partes e obrigatórios de julgados produzidos no Tribunal. Buscava-se conciliar a missão de tutelar o entendimento formado nos vários tribunais brasileiros em torno da Constituição, e nessa medida assegurando justiça material aos litigantes, com o imperativo de racionalidade no desempenho dessa missão.

Entre esses mecanismos inovadores, sobressaem-se as chamadas «súmulas vinculantes», que resumem fundamentos de julgados do Tribunal sobre questões constitucionais e que se impõem à observância, não apenas de todos os demais órgãos jurisdicionais brasileiros, como, igualmente, à Administração Pública de todas as esferas da Federação. Os recursos extraordinários - instrumentos pelos quais a parte sucumbente em um processo apreciado em última instância ordinária pode-se insurgir contra o resultado, apontando que viola algum dispositivo constitucional - receberam um filtro de admissibilidade, ao estilo, ainda que remoto, do *writ of certiorari* norte-americano. No sistema brasileiro, o recurso pode ser rejeitado, sem o seu exame, se a maioria do Tribunal entender que a controvérsia de que trata não se apresenta como socialmente relevante, nem envolve questão jurídica que exija a atenção da Corte pelo interesse da segurança jurídica. A decisão do Supremo Tribunal, ainda, aplica-se a to-

dos os demais recursos idênticos, sem que o Tribunal, ele mesmo, tenha que rever tais processos.

Os resultados numéricos foram sensíveis. Os mais de 120 mil processos enviados ao STF em 2006, foram reduzidos praticamente pela metade, chegando a 64.018 em 2011, cifra que também computa recursos internos do próprio Tribunal. Ainda assim, trata-se de três vezes o número de processos que a Corte, com o mesmo número de integrantes, recebeu no ano em que promulgada a Constituição, 1988.

Dado sugestivo refere-se à quantidade de *habeas corpus* julgados em 2011: 5.779. O STF tem competência nessa área quando o ato coator provém de tribunais superiores ou de altas autoridades públicas federais. Em menos de 10% desses casos houve concessão parcial ou total da ordem. A estatística impressiona, considerando-se contra quem os *habeas corpus* são impetrados. Na realidade, o STF mostra-se bastante atento à defesa dos direitos fundamentais processuais e materiais penais, adotando linha de marcada deferência para com o princípio da presunção de inocência e para com derivações práticas do princípio do Estado de Direito Democrático e do devido processo legal. O Tribunal continuou a ecoar o que o Ministro Gilmar Mendes apontou em clássico julgamento:

«A boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual, principalmente a proteção judicial efetiva, permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial»¹.

No campo do controle abstrato de inconstitucionalidade, foram 320 os julgados proferidos em 2011 (297 ações direta de inconstitucionalidade, 3 ações declaratórias de constitucionalidade e 20 arguições de descumprimento de preceito fundamental). Algumas dessas decisões provocaram sensação e aferventaram o ambiente político.

1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana está entronizado no art. 1º, III, da Constituição, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Tem sido arguido, com crescente frequência, quer como argumento de reforço, quer como razão suficiente, para a solução de controvérsias. A sua elástica dimensão semiológica não vem encontrando redimensionamento capaz de propiciar segurança quanto às possibilidades da sua invocação, quer por parte da doutrina, quer por parte da jurisprudência mesma. Daí que, não raro, é esgrimido como argumento por autor e réu, recorrente e recorrido numa só causa.

¹ HC 91.524, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 25.8.2008.

A situação já levou um Ministro ao desabafo formal, no curso de voto no RE 363.889 (DJe 16.12.2011). O relator, Ministro Dias Toffoli, lançou esta advertência:

«(...) Considero haver certo abuso retórico em sua [dignidade humana] invocação nas decisões pretorianas, o que influencia certa doutrina, especialmente de Direito Privado, transformando a conspícua dignidade humana, esse conceito tão tributário das Encíclicas papais e do Concílio Vaticano II, em verdadeira panacéia de todos os males. Dito de outro modo, se para tudo se há de fazer emprego desse princípio, em última análise, ele para nada servirá».

O voto transcreve, em tom de abono, a crítica ácida de um dos mais conceituados civilistas brasileiros, João Batista Villela, à invocação sem rigor metódico do princípio da dignidade humana, que passou a «servir a tudo». Villela registra que o princípio vem sendo «usado onde cabe com acerto pleno, onde convém com adequação discutível e onde definitivamente não é o seu lugar». Descobre, com veia irônica que o princípio da dignidade «empobreceu-se. Esvaziou-se. Tornou-se um tropo oratório que tende à flacidez absoluta. Alguém acha que deve ter melhores salários? Pois que se elevem: uma simples questão de dignidade da pessoa humana. Faltam às estradas condições ideais de tráfego? É a própria dignidade da pessoa humana que exige sua melhoria. O semáforo desregulou-se em consequência de chuvas inesperadas? Ora, substituam-no imediatamente. A dignidade da pessoa humana não pode esperar».

O caso, em si mesmo, era do maior interesse. Estava em discussão aferir se era legítima a reapresentação de ação de investigação de paternidade, que não prosperara por falta de prova. Já havia sido formado a coisa julgada e o prazo para eventual ação rescisória já estava esgotado quando o autor retomou o assunto. A ação voltou a ser proposta, porque o Distrito Federal passou a custear o exame de DNA, que, à época da primeira ação, não era pago pelo Estado e representava despesa que o autor não via como assumir. A pretensão do autor esbarrava na garantia constitucional da coisa julgada, que serve a outro valor constitucional, a segurança jurídica, como reconhecido nas discussões travadas. A Corte, porém, entendeu prevalecer o que denominou de direito fundamental à informação genética. Embora o relator tenha buscado situar o conflito em torno de princípios constitucionais de contornos mais definidos, o Tribunal não deixou de assinalar a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana para resolver o conflito. A ementa do julgamento, formada por maioria de votos, resumiu assim a posição vencedora:

«(...) Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a

efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.

Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável».

2. O ESTADO-ADMINISTRAÇÃO PODE REVER OS SEUS ATOS, MAS DEVE RESPEITAR DIREITO DE DEFESA

Em processo submetido ao rito da repercussão geral, tendo, portanto, efeitos além-partes, o Supremo Tribunal Federal julgou o RE 594.296 (rel. o Ministro Dias Toffoli), em que se discutia se o Estado, passados anos depois de deferida certa vantagem financeira a servidor público, pode, sem mais, suprimi-la, por estimá-la ilegal.

Uma servidora pediu a averbação de tempo de serviço junto à repartição pública em que estava lotada e, com isso, passara a receber acréscimos remuneratórios correspondentes a tais períodos. Mais adiante, a Administração entendeu que o tempo não poderia ser computado, nem o adicional pago. Suspendeu o pagamento e exigiu a devolução do que entendera ser remuneração imprópria.

A Administração defendeu-se, perante o STF, alegando que agira em conformidade com a Súmula 473 da Corte, que cristaliza o seguinte ponto jurídico: «A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial».

O Tribunal lembrou, porém, que a Súmula datava de 1969, anterior, portanto, à Constituição em vigor. Ressaltou que, a partir de 1988, «foi erigido à condição de garantia constitucional do cidadão, quer se encontre na posição de litigante, num processo judicial, quer seja um mero interessado, em um processo administrativo, o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes». Concluiu o relator, com o apoio unânime dos seus pares no Plenário do STF:

«Ou seja, a partir de então [1988], qualquer ato da Administração Pública que tiver o condão de repercutir sobre a esfera de interesses do cidadão deverá ser precedido de prévio procedimento em que se

assegure ao interessado o efetivo exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa. Mostra-se, então, necessário, proceder-se à compatibilização entre o comando exarado pela aludida súmula e o direito ao exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, garantidos ao cidadão pela norma do art. 5º, inciso LV, de nossa vigente Constituição Federal».

3. ESTRANGEIRO E TITULARIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O compromisso da ordem constitucional com a preservação da dignidade da pessoa humana assistiu à solução de outra controvérsia, em contexto que se amolda, seguramente, àqueles em que se justifica a sua incidência.

A Constituição de 1988, seguindo uma redação tradicional dos diplomas máximos republicanos brasileiros, no artigo 5º em que enumera direitos e garantias fundamentais², alude, como destinatários da sua proteção, os brasileiros e os estrangeiros residentes no país. Em algumas circunstâncias, isso já provocou algumas dúvidas, como a de definir se o estrangeiro não residente se aproveita de algumas regalias penais. Em 6 de setembro de 2011, o STF apreciou o HC 94.477, relator o Ministro Gilmar Mendes. Discutiu-se se o estrangeiro sem visto de permanência no país poderia se beneficiar da substituição da pena privativa de liberdade pela sanção restritiva de direitos. O relator advertiu contra uma interpretação exclusivamente literal do *caput* do art. 5º da Carta, que poderia levar ao entendimento equivocado de que «o estrangeiro não residente no país estaria à margem do princípio da igualdade, sem qualquer garantia de inviolabilidade dos seus direitos fundamentais». No próprio STF, já se teve ocasião de salientar que não é assim que o dispositivo deve ser compreendido. No HC 97.147 (DJe 12.12.2010), o STF explicitara que a norma não poderia ficar amputada do seu sentido mais abrangente por força de «qualificação subjetiva puramente circunstancial», acrescentando que «tampouco se compreende que, sem razão perceptível, o Estado deixe de resguardar direitos inerentes à dignidade humana das pessoas que, suposto estrangeiras sem residência no país, se encontrem sob o império de sua soberania».

O Ministro Gilmar Mendes reportou-se a obra doutrinária sua com outro autor em que foi recordado que «a declaração de direitos fundamentais da Constituição abrange diversos direitos que radicam diretamente no

² O art. 5º tem esta redação: «Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)». Seguem-se 78 incisos definidores de direitos e garantias.

princípio da dignidade do homem. (...) Há direitos que se asseguram a todos, independentemente da nacionalidade do indivíduo, porquanto são considerados emanações necessárias do princípio da dignidade da pessoa humana. Alguns direitos, porém, são dirigidos ao indivíduo enquanto cidadão, tendo em conta a situação peculiar que o liga ao País. Assim, os direitos políticos pressupõem exatamente a nacionalidade brasileira. (...) É no âmbito dos direitos chamados individuais que os direitos do estrangeiro não residente ganham maior significado».

A ordem foi concedida para que fosse superado o obstáculo à substituição de pena entrevisto no tribunal de segunda instância.

Para se aquilatar a que ponto se leva o princípio da dignidade da pessoa humana na análise de questões jurídicas, cabe a referência, a seguir, a um dos julgamentos mais polêmicos do ano. Na ADPF 132 e na ADPF 4.277, decididas simultaneamente em 5 de maio de 2011, estava em debate saber se as uniões homossexuais recebem da ordem jurídica o mesmo tratamento das uniões estáveis heterossexuais.

4. UNIÃO DE HOMOSSEXUAIS

O Código Civil brasileiro, uma lei de 2002, somente previu expressamente como entidade familiar a união estável entre homem e mulher — dela decorrendo uma série de consequências jurídicas. A Constituição em vigor tampouco se refere a união de pessoas do mesmo sexo. Dispõe que a família, sendo a base da sociedade, deve receber a especial proteção do Estado (art. 226, *caput*), especificando, no § 3º, que «para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento». O pressuposto da heterossexualidade tem a evidência da literalidade. Os §§ 4º e 5º igualmente situam a família num contexto heterossexual, assegurando que a falta de um dos pais não desfaz a entidade familiar formada pelo vínculo social mantido por qualquer deles e seus descendentes. Mais uma vez, no § 5º, a Carta proclama que os «direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher». Esse dispositivo, por si, é bastante para assegurar a igualdade de homens e mulheres no casamento, superando em definitivo situação que se prolongou no século passado, em que o marido era legalmente considerado o chefe da entidade familiar. Enfatiza, simultaneamente, que a ideia de entidade familiar do constituinte pressupõe uma base formada por um casal de sexos diferentes.

Está visto, da mesma forma, que a Constituição de 1988 foi editada num período, em que em todo mundo, a tolerância com opções sexuais

diferenciadas já era comum. A realidade da coabitação de parceiros homossexuais não era causa de escândalo para a assembleia constituinte que redigiu a Constituição em vigor. Mas tampouco pareceu ser motivo de valoração especial. Por isso mesmo, quando o texto constitucional se referiu a entidade familiar a partir da união de um homem e uma mulher permitiu ao intérprete que considerasse haver o constituinte optado por diferenciar, quanto à proteção e ao estímulo que concebeu, as parcerias homossexuais das heterossexuais, até por suas características distintas e por seus efeitos inconfundíveis no que tange ao plano da reprodução humana.

No direito brasileiro, há muito — e mesmo antes da Constituição em vigor —, que se reconhecem direitos surgidos da convivência homoafetiva, especialmente de ordem patrimonial. De um modo geral, admitia-se a existência de uma sociedade de fato nesses casos, a que não seria justo deixar de reconhecer consequências jurídicas. Não se cogitava, contudo, de equiparar a proteção que a Constituição determina que se conceda às uniões heterossexuais às uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Por isso mesmo, houve considerável reação à decisão tomada pelo STF, nos casos apreciados, de equiparar as duas espécies de parcerias afetivas como entidades familiares indiferenciáveis. Da mesma forma, a decisão suscitou reações contra a deliberação tomada, vista por muitos como invasiva do campo próprio dos representantes políticos do povo. Embora com fundamentação divergente, prevaleceu o voto do relator, Ministro Ayres Britto, no sentido de que «a Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo». Entendeu ele que isso decorria do juízo de que «não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*». Afirmou que tampouco existe «direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos».

Foi observado, em crítica ao acórdão, que antes da decisão tomada, não se proibia a união homossexual, apenas ela não era igualada juridicamente à união estável entre homem e mulher e ao casamento. Objetou-se, também, que a equiparação às uniões entre homem e mulher não lhes era acordada, não por respeito a algum direito dos heterossexuais em sentido contrário, mas apenas por se ter presente que elementos essenciais distinguem ambas as espécies de parcerias.

Nessa decisão também foram agitados os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa como fundamento de decidir.

5. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. MÍNIMO EXISTENCIAL. DIREITO DAS CRIANÇAS – CRECHE. ATIVISMO.

A dignidade da pessoa humana foi novamente trazida à argumentação, quando o STF decidiu que as promessas constitucionais relativas ao mínimo existencial não podem ser postergadas pelos poderes públicos e estão aptas a ter o seu cumprimento exigido judicialmente.

No AgR RE 639.337, a 2ª Turma do STF confirmou, em 23.8.2011, decisão que obrigara o Município de São Paulo a matricular crianças de até 5 anos de idade em pré-escolas e creches «próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida».

O precedente é importante também por responder a uma comum crítica a decisões que determinam a assunção de comportamento ativo por parte dos Poderes Públicos. Costuma-se associar esses comandos a posturas indevidamente ativistas. O STF, pela voz do seu decano, o Ministro Celso de Mello, reafirmou o papel constitucional do Judiciário de intervir «em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na Constituição». Nisso não há, afirmou, transgressão ao postulado da separação dos poderes.

É importante, para a mais exata compreensão de como o STF vem examinando esses casos de implementação de direitos sociais, tantas vezes sob a crítica de que pratica inesperado ativismo judicial, que se leiam essas palavras que bem resumem a prática atual da Suprema Corte e a base argumentativa em que se apóia:

«Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais empregados de estatura constitucional».

6. IMPORTÂNCIA POLÍTICA PRÁTICA DAS DECISÕES DO STF EM CONTROLE POR OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

A respeito do impacto das decisões do Supremo Tribunal quando aponta omissões dos poderes políticos na implementação de deveres constitui-

onais, outro julgamento importante ocorrem nos Mandados de Injunção 943, 1010, 1074 e 1090. Os quatro casos foram levados ao Plenário do STF simultaneamente, mas o julgamento deles ainda não se concluiu, tendo sido adiado pelo próprio relator, Ministro Gilmar Mendes, depois de proferido o seu voto. O só fato de o julgamento ter sido iniciado motivou o Legislativo a prontamente suprir a falta de legislação que inviabilizava o gozo de direito fundamental. O mandado de injunção cumpriu o seu objetivo, mesmo antes de ser julgado.

O caso se referiu a omissão do Poder Legislativo em regular o direito do trabalhador dispensado do seu emprego, de receber «aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de 30 dias», nos termos do art. 7º, XXI, da Constituição.

O aviso prévio se refere ao direito do empregado de receber a notificação de que o seu contrato de trabalho será rescindido, para que possa se orientar na sua vida profissional a partir disso, sendo-lhe dado reduzir a jornada de trabalho, sem perda da remuneração, para buscar nova colocação. O empregador pode, se quiser, dispensar imediatamente o trabalhador do emprego, mas deve pagar os dias de serviço que seriam prestados sob o regime do aviso prévio. Trata-se de uma hipótese de ocorrência bastante comum. A Constituição assegura que o tempo de aviso prévio deve corresponder a no mínimo 30 dias, mas estabelece que o legislador deverá minudenciar e ampliar esse direito. Essa lei, cobrada desde 1988, somente foi editada em seguida ao início do julgamento do STF.

O voto do relator concitou o Tribunal a confirmar uma linha de orientação, que se vem estabelecendo, no sentido de não restringir os efeitos da decisão do mandado de injunção a um simples comando para que o Congresso Nacional legisle. O Plenário do STF concordou que a Corte deveria regulamentar provisoriamente esse ponto de direito, enquanto o Congresso não o fizesse. Foram então sendo colhidas várias propostas de normatização provisória do direito ao aviso prévio, como a de que o tempo respectivo deveria corresponder a 10 dias por cada ano de serviço prestado, ou ainda a de que deveria equivaler a um salário-mínimo por cada cinco anos de serviço.

O STF, pois, tomou a si a tarefa de normatizar, ainda que provisoriamente, livremente o assunto, a fim de que o preceito constitucional não continuasse inoperante pela inércia do Legislativo.

Nesse ponto, o relator indicou o adiamento da decisão, para que as sugestões diversas fossem reagrupadas. Nesse ínterim, o Congresso Nacional apressou-se a aprovar lei sobre o aviso prévio, retomando a votação de projeto de lei apresentado em 1989. Em outubro de 2011, foi aprovada a Lei nº 12.506/2011. Os trabalhadores viram assegurado o mínimo de 30 dias de aviso prévio, com o acréscimo de 3 dias a cada novo ano de serviço prestado na empresa, até o limite de 60 dias.

7. DIREITOS SOCIAIS – MODO DE FIXAÇÃO DE SALÁRIO-MÍNIMO

Ainda no campo dos direitos sociais, o STF não acolheu a tese da inconstitucionalidade de lei que transformou a tarefa anual, imposta pela Constituição, de reajuste do valor do salário-mínimo, numa aplicação de fórmula matemática rígida pelo Presidente da República.

A Lei nº 12.382/2011 autorizou o Presidente da República a fixar os reajustes anuais do salário-mínimo por meio de decreto, e até o ano de 2015. Os partidos de oposição ajuizaram ação direta de inconstitucionalidade contra a lei (ADI 4568, relatora a Ministra Cármen Lúcia).

O Tribunal, em julgamento de 3.11.2011, por maioria, entendeu que a lei era válida, não ocorrendo hipótese de mera delegação imprópria de competência, como sustentava a petição inicial da ação.

A maioria dos integrantes do Plenário entendeu que o Legislativo havia fixado critérios aritméticos para a fixação do valor do salário-mínimo até o ano 2015, a partir de números apurados anualmente sobre a evolução inflacionária e sobre a variação do Produto Interno Bruto – PIB do país relativa a dois anos anteriores. O decreto do Presidente da República, assim, não inovaria a ordem jurídica, mas apenas daria publicidade à vontade antecipadamente manifestada pelo Congresso Nacional. Não prevaleceram os votos vencidos, que entendiam ser o novo parâmetro incompatível com o desejo, que parecia ser do constituinte, de que, a cada ano, houvesse uma livre discussão sobre o valor desse direito social de significativa repercussão na vida social.

8. A IMPORTÂNCIA DAS CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Desde que, sobretudo a partir do atual milênio, o STF vem tomando decisões sobre temas polêmicos do ponto de vista moral e político, e com sensível influência sobre a vida das relações, tanto o Tribunal como o legislador que lhe descreve os limites de ação têm-se esforçado por atenuar os efeitos dramáticos que as deliberações da Corte apresentam sobre o conjunto das expectativas normativas, da segurança jurídica e das relações concretas estabelecidos na sociedade.

Leis que regulam o controle abstrato no STF, por exemplo, tornaram os processos respectivos muito mais permeáveis à participação de interessados da sociedade civil, ainda que não sejam partes formais no feito. Tem ganhado muita atenção a figura dos *amici curiae* nesses feitos. Além disso, por expressa disposição legal, o Tribunal pode, se o desejar a maioria qualificada dos seus membros, reconhecer a inconstitucionalidade de uma

norma e ainda assim assegurar-lhe a vigência por certo período de tempo, a fim de resguardar outros valores constitucionais relevantes, como, sobretudo, o da proteção da segurança que a edição de uma lei com presunção de legitimidade deve suscitar. Essa técnica de decisão tem recebido o nome de «modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade». Abre uma exceção ao princípio tradicional no Brasil - e que, isso não obstante, persiste válido - de que a lei inconstitucional é nula desde o instante em que editada e não pode prevalecer sobre norma alguma da Constituição, que lhe é hierarquicamente superior.

Como a possibilidade de modular os efeitos da inconstitucionalidade de uma lei nada mais significa do que o reconhecimento da legitimidade de uma tarefa tipicamente de interpretação, essa técnica logo foi também acolhida no âmbito do controle incidental. De fato, a possibilidade de se reconhecerem válidos e eficazes certos efeitos produzidos por lei mais tarde declarada inconstitucional nada mais significa do que o exercício de um juízo de ponderação entre o princípio constitucional da nulidade absoluta da lei discordante da Constituição e outros princípios de igual estatura constitucional, como o da segurança das relações. De pronto, a técnica da modulação dos efeitos, invocada explicitamente ou não, passou a desempenhar um importante papel na solução de questões surgidas em controle incidental. E isso é tanto mais relevante, uma vez que inovações processuais várias têm assimilado, velozmente, os efeitos das declarações de inconstitucionalidade incidental aos típicos efeitos subjetivamente *latos* das declarações de inconstitucionalidade em tese.

Assim, por exemplo, no RE 660.885, julgado sob o regime da repercussão geral, que lhe garante extensão para todos os outros processos em que a mesma questão esteja em debate, o Supremo Tribunal deliberou que atos normativos infraconstitucionais não tinham aptidão para regular limites de idade para ingresso nas Forças Armadas. O art. 142, § 3º, X, comete à lei o tratamento desse assunto. Isso não obstante, a lei cobrada pelo constituinte não foi editada, e esses critérios etários vinham sendo impostos por portarias e atos de semelhante *status* infralegal. O STF assegurou a indispensabilidade de que os critérios de idade fossem estatuídos por lei, tomando os atos existentes como impróprios constitucionalmente. Diante da repercussão desse julgado sobre a estrutura da administração militar, contudo, o Tribunal admitiu como não-invalidáveis as admissões regidas por esses atos, permitindo que se alongassem até o último dia do ano - prazo suficiente, segundo a Corte, para que o Congresso Nacional viesse a regular, como devido, o problema.

9. FICHA LIMPA E SEGURANÇA JURÍDICA

A preocupação com motivos de segurança jurídica levou o STF a tomar outra decisão de grande impacto na legislatura iniciada em 2011. No ano anterior, havia sido publicada a Lei Complementar n. 135, que impedia candidaturas a cargos políticos de quem houvesse sido punido por ato de improbidade administrativa ou assemelhado, em virtude de deliberação de órgãos do Judiciário ou de controle de exercício profissional. O impedimento da candidatura acontece mesmo que a decisão judicial ainda não haja transitado em julgado. A lei, chamada popularmente de Lei da Ficha Limpa, motivou diversas controvérsias, entre elas a de saber se já valeria para o pleito eleitoral que ocorreu no mesmo ano em que a lei entrou em vigor.

O STF entendeu que a segurança jurídica impedia essa imediata incidência, dado que vigora o princípio, estabelecido na Constituição (art. 16), de que novas leis que alteram o processo eleitoral não se aplicam às eleições que ocorram no período de um ano a partir da sua vigência. O STF não aceitou a tese de que a lei que cuida de incompatibilidade eleitoral não estaria abrangida na categoria das leis que alteram o processo eleitoral, como havia entendido o Tribunal Superior Eleitoral. A situação gerou consideráveis embaraços e movimentação política. A decisão foi tomada por apertada maioria no RE 633.703, na sessão de 23 de março de 2011. Assentou-se, pela pena do relator, Ministro Gilmar Mendes, que:

«A LC 135/2010 interferiu numa fase específica do processo eleitoral, qualificada na jurisprudência como a fase pré-eleitoral, que se inicia com a escolha e a apresentação das candidaturas pelos partidos políticos e vai até o registro das candidaturas na Justiça Eleitoral. Essa fase não pode ser delimitada temporalmente entre os dias 10 e 30 de junho, no qual ocorrem as convenções partidárias, pois o processo político de escolha de candidaturas é muito mais complexo e tem início com a própria filiação partidária do candidato, em outubro do ano anterior. A fase pré-eleitoral de que trata a jurisprudência desta Corte não coincide com as datas de realização das convenções partidárias. Ela começa muito antes, com a própria filiação partidária e a fixação de domicílio eleitoral dos candidatos, assim como o registro dos partidos no Tribunal Superior Eleitoral. A competição se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso.

Toda limitação legal ao direito de sufrágio passivo, isto é, qualquer restrição legal à elegibilidade do cidadão constitui uma limitação da igualdade de oportunidades na competição eleitoral. Não há como

conceber causa de inelegibilidade que não restrinja a liberdade de acesso aos cargos públicos, por parte dos candidatos, assim como a liberdade para escolher e apresentar candidaturas por parte dos partidos políticos. E um dos fundamentos teleológicos do art. 16 da Constituição é impedir alterações no sistema eleitoral que venham a atingir a igualdade de participação no prélio eleitoral».

10. CONCURSO PÚBLICO E DIREITOS DOS APROVADOS

Um enorme interesse econômico e profissional tem sido despertado no Brasil pela abertura de inúmeras vagas em órgãos públicos em todo o país e em todas as esferas da Federação, para o preenchimento por meio de concurso público.

A Constituição determina que cargos públicos de provimento efetivo somente podem ser providos por via de seleção pública, segundo o critério do mérito. Trata-se de um desdobramento do princípio da igualdade de todos perante o Estado e da exigência constitucional de eficácia na atuação dos Poderes Públicos. Como o número de cargos abertos fica muito aquém do número dos interessados em preenchê-los, o Estado deve adotar um mecanismo objetivo de escolha dos seus funcionários, o mecanismo que melhor atenda aos interesses da Administração de se ver bem servida. O concurso público, propiciando o recrutamento dos candidatos mais aptos, concilia essas necessidades da ordem jurídica máxima.

Desde a Constituição de 1988, sobretudo no período de maior abatimento da economia privada no país, o concurso público para o provimento de cargos passou a ser uma porta importante para a estabilidade financeira de numerosas famílias, um corredor de acesso à classe média para vários brasileiros. Os concursos são árduos e os que pretendem seriamente ter êxito neles dedicam-se, muitas vezes com exclusividade, por anos, ao preparo intelectual exigido. Ocupar um cargo público tornou-se um objetivo vital para um contingente formidável de cidadãos. O investimento emocional, intelectual e também econômico para o bom sucesso nesses certames não mais poderia ser desconhecido pelo Direito.

Foi isso, ao que parece, o que sentiu o STF ao apreciar o RE 598.099, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes em sessão plenária de 10 de agosto de 2011. Assentou o Tribunal, adotando o regime da repercussão geral, que, se a Administração abre concurso público, indicando um número de vagas que pretende preencher, gera direito aos aprovados de serem chamados a ocupá-las. Superou-se, nesse importante julgado, jurisprudência antiga e muito repetida até recentemente, no sentido de que o candidato aprovado em concurso somente tem o direito de não ser preterido, no momento

da nomeação, por candidato pior classificado do que ele no certame. A jurisprudência, até esse precedente, não reconhecia ao aprovado o direito de ser nomeado, *tout court*. No julgamento de 2011, o STF definiu que existe esse direito e que somente por motivos extraordinários, imprevisíveis e peremptórios, a Administração poderia deixar de convocar os aprovados no número de vagas que declarou abertas no edital de convocação para o certame.

No acórdão foi explicitado que:

«Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas».

O Tribunal ancorou essa inteligência no princípio da boa-fé com que os Poderes Públicos devem tratar os administrados, até como expressão de respeito à necessidade de prover segurança jurídica. Veja-se o argumento nesta parte:

«O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos».

É claro que situações excepcionais podem fazer com que o interesse público em não nomear os aprovados em concursos públicos supere, num balanço de interesses, a expectativa constitucionalmente protegida destes últimos. O STF antecipou os requisitos devem estar presentes para que a Administração se livre do dever de nomear os aprovados no concurso:

«Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário».

11. LIBERDADE DE PROFISSÃO E EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO EM AUTARQUIA DESTINADA A FISCALIZAR A ADVOCACIA

Novamente do domínio das questões em que confluem interesse em exercer uma profissão e o interesse público envolvido, o STF resolveu polêmica que vinha gerando inquietação e perplexidade nos últimos anos.

Em 16 de fevereiro de 2011, o Plenário do Supremo Tribunal julgou o RE 603.583, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que se punha ao descortino do Tribunal saber se a exigência de que bacharéis em Direito fossem aprovados em exame de conhecimentos promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil – uma autarquia federal de caráter especial – era

compatível com a liberdade de exercício de profissão garantida pelo art. 5º, XIII, da CF.

Para se compreender os termos e a importância da polêmica, é necessário ter presente que, no Brasil, a atividade de advogado é restrita a quem completou, com êxito, curso de bacharelado em Direito. Esses cursos duram pelo menos 5 anos, mas não são suficientes para que os bacharéis em Direito sejam admitidos aos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, quando, e só então, podem atuar como advogados, prestando consultorias jurídicas e postulando em juízo. Para que sejam inscritos na OAB os bacharéis devem, ainda, obter êxito em exigente sequência de provas unificadas nacionalmente, promovidas pela autarquia, que se realizam atualmente três vezes ao ano. A exigência é imposta pela lei que disciplina a atividade do advogado e dispõe sobre a OAB.

A cobrança dessa prova passou a gerar questionamentos, sobretudo, diante do número elevado de bacharéis que se viam repetidamente reprovados nesse chamado «exame de ordem». Não raro, o número de aprovados não supera o percentual de 10, 20 ou, em bons casos, 30 % dos candidatos. Daí a tese de que esse exame, embora previsto em lei, seria incompatível com a liberdade de exercício de profissão, no pressuposto de que a conclusão do Curso Superior em Ciências Jurídicas deveria bastar como requisito de qualificação técnica que a Carta permite que se demande dos interessados em exercer atividades econômicas e profissionais.

O STF declarou a constitucionalidade da exigência do exame de ordem, ressaltando que a atividade do advogado ostenta ampla repercussão sobre interesses que cabe ao Estado tutelar, sendo, assim, legítima a medida que restringe o exercício da profissão aos que se revelem efetivamente aptos a desempenhá-las com segurança para os seus clientes e o sistema judiciário. Alguns dados interessantes foram anotados. Observou-se que se contam em mais de mil os cursos de Direito funcionando no país, possuindo a OAB perto de quatro milhões de advogados inscritos.

O STF recusou o argumento – mais uma vez suscitado – de que o poder da OAB de submeter os bacharéis ao exame de ordem feriria o princípio da dignidade da pessoa humana. Rejeitou, por igual, a tese de ofensa ao art. 5º, XIII, da Carta da República. Fixou a inteligência de que o exame de ordem, justifica-se «no que a atuação profissional repercute no campo de interesse de terceiros» e «mostra-se consentâneo com a Constituição Federal, que remete às qualificações previstas em lei».

O relator explicitou que «o exame de suficiência é compatível com o juízo de proporcionalidade e não alcançou o núcleo essencial da garantia constitucional da liberdade de ofício». Prosseguiu o voto:

«O advogado ocupa papel central e fundamental na manutenção do Estado Democrático de Direito. O princípio geral da inércia da

jurisdição, estampado no artigo 2º do Código de Processo Civil, faz com que o advogado assuma um papel relevantíssimo na aplicação e defesa da ordem jurídica. A ele cabe a missão de deflagrar o controle de legalidade e constitucionalidade efetuado pelos juízos e tribunais do país. Todo advogado é um potencial defensor do Direito, e essa nobre missão não pode ser olvidada».

Mais adiante, foi recordado que o exercício da advocacia é crucial para a concretização do direito de acesso ao Judiciário e à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CF), tudo confluindo para que sejam bem-vindos «mecanismos de controle — objetivos e impessoais — concernentes à prática da advocacia».

Manteve-se, pois, a tradicional exigência de submissão dos bacharéis em Direito ao exame de ordem, para que se habilitem ao exercício da profissão de advogado.

12. LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL - MÚSICO E OBRIGAÇÃO DE REGISTRO EM ENTIDADE DE CLASSE

Em marcante contraste com o foi decidido no caso da obrigação de integrar a OAB para o exercício da advocacia, o STF afirmou inconstitucional a imposição análoga de subordinar o exercício da profissão de músico ao registro na Ordem dos Músicos do Brasil.

No RE 414.426, julgado em 1º de agosto de 2011 (DJe 10.10.2011, relatora a Ministra Ellen Gracie), o STF tornou a dizer que «nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional». No caso dos artistas, não apenas essa obrigação carece de sentido, como impede a livre expressão artística. Para o Tribunal, «a atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão».

13. DIREITO DE SE ASSOCIAR E DIREITO DE NÃO SE ASSOCIAR – EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL

Embora seja indispensável para o exercício de determinadas profissões que o indivíduo se inscreva em órgão oficial de fiscalização de exercício da atividade, não se admite, contudo, que possa ser compelido, direta ou indiretamente, a se associar a outros particulares, para o desempenho de

atividades profissionais ou para a fruição de seus direitos. O direito de associação é uma típica liberdade, que comporta a alternativa de comportamentos — de se associar e de não se associar.

Em acórdão publicado no DJe de 4.11.2011, o STF esclareceu que uma associação de moradores não estava legitimada a impor mensalidades a morador que não havia aderido à entidade, mesmo que esteja usufruindo vantagens decorrentes da atividade da associação (RE 432.106, rel. o Ministro Marco Aurélio). É interessante notar que se invocou a garantia fundamental num contexto de relações estritamente privadas, rendendo um sugestivo exemplo de incidência do direito fundamental de não ser obrigado a se associar no âmbito das relações privadas, sem que em nenhum dos polos da relação jurídica em causa o Estado estivesse presente. Confirma-se este trecho do voto do Ministro relator:

«(...) A título de evitar o que se apontou como enriquecimento sem causa, esvaziou-se a regra do inciso XX do artigo 5º do Diploma Maior, a revelar que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado. A garantia constitucional alcança não só a associação sob o ângulo formal como também tudo que resulte desse fenômeno e, iniludivelmente, a satisfação de mensalidades ou de outra parcela, seja qual for a periodicidade, à associação pressupõe a vontade livre e espontânea do cidadão em associar-se. No caso, veio o recorrente a ser condenado a pagamento em contrariedade frontal a sentimento nutrido quanto à Associação e às obrigações que dela decorreriam».

14. LIBERDADE DE IMPRENSA E DE INFORMAÇÃO

Precedente importante pelas diversas considerações teóricas sobre a liberdade de imprensa, formuladas pelo relator, Ministro Celso de Melo, foi proferido em 21.6.2011. O AgR 690.841 (DJe 5.8.2011) pôs em discussão saber se constituiria ato ilícito indenizável a publicação de matéria jornalística que, embora com conteúdo irônico e crítico, não apresentava dados inverídicos, nem tampouco vexatórios, mas se detinha em notícia de interesse coletivo, sem a intenção de expor o retratado ao descrédito ou ofender-lhe a honra pessoal.

O relator discorreu sobre a liberdade de imprensa, apontando-lhe os seguintes conteúdos: «(a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar» .

Acrescentou que «o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, ou não, de cargos oficiais».

Disse, também, que a crítica jornalística a pessoa lançada num quadro de notoriedade deve ganhar maior latitude de tolerância. Daí a assertiva de que:

«Não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa, a quem tais observações forem dirigidas, ostentar a condição de figura notória ou pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender».

15. ISONOMIA ENTRE HOMEM E MULHER

A Constituição proclama, no primeiro inciso do art. 5º, que «homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações». Esse preceito tem o elementar propósito de tornar superadas situações de outros tempos, em que a ordem jurídica privilegiava o homem, no confronto de direitos com a mulher. Esse preceito, porém, pode ser visto como razão para incompatibilizar com a ordem constitucional norma do Código de Processo Civil, que atribui foro especial para a mulher nas ações de separação judicial e de conversão da separação judicial em divórcio?

A resposta foi dada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar, em 22.11.2011, o RE 227.114, relator o Ministro Joaquim Barbosa.

O voto do relator indicou a divergência na doutrina brasileira a esse respeito, com soluções incoincidentes para o problema. O relator assinou que o caso era, também, pioneiro na jurisprudência da Corte.

Na linha do voto do relator, o STF entendeu, afinal, que não havia o alegado conflito do art. 100, I, do Código de Processo Civil, com a norma constitucional da isonomia entre homens e mulheres. Assegurou que:

«Não se trata [aí] de um privilégio estabelecido em favor das mulheres, mas de uma norma que visa a dar um tratamento menos gravoso à parte que, em regra, se encontrava, e ainda se encontra, em situação menos favorável econômica e financeiramente.»

16. MACHA DA MACONHA

Um dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal mais comentados no ano ganhou o nome de «caso da marcha da maconha».

Nos últimos tempos, uma questão jurídica vinha ganhando, literalmente, as ruas, motivando reações de várias ordens, inclusive policial. Em vários pontos do país passaram a ser convocadas e realizadas marchas, em ruas e praças públicas, protestando contra a incriminação do uso da maconha (*cannabis sativa*). Essas manifestações geraram, algumas vezes, preocupantes reações. Os juízes que se detinham sobre o caso se dividiam entre os que aceitavam a demonstração, dando-a como alcançada pela liberdade de expressão, e os que a rejeitavam, entendendo que os seus promotores e participantes incidiam no tipo penal descrito como «induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga».

O Procurador-Geral da República convocou o Supremo Tribunal Federal a se manifestar sobre a controvérsia, ajuizando uma ação direta de inconstitucionalidade em que pedia que fosse dada interpretação conforme a Constituição ao dispositivo penal, invocado para obstar as manifestações (ADI 4274, rel. o Ministro Carlos Britto, Plenário de 23.11.2011). Queria que se dissesse que as passeatas realizadas para conclamar os poderes públicos a liberar o uso de drogas, por se conter no âmbito constitucional da liberdade de expressão, não poderia atrair sanção penal.

A ação obteve o êxito pretendido por seu autor. A demanda foi julgada procedente para — no dizer do acórdão — «dar ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 [a norma penal em debate] interpretação conforme à Constituição e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas».

Deliberou-se, à unanimidade, que, do ponto de vista da técnica do controle abstrato, é «cabível o pedido de interpretação conforme à Constituição de preceito legal portador de mais de um sentido, dando-se que ao menos um deles é contrário à Constituição Federal».

Quanto ao mérito, a Corte definiu que «a utilização do § 3º do art. 33 da Lei 11.343/2006 como fundamento para a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes ofende o direito fundamental de reunião, expressamente outorgado pelo inciso XVI do art. 5º da Carta Magna. Regular exercício das liberdades constitucionais de manifestação de pensamento e expressão, em sentido lato, além do direito de acesso à informação (incisos IV, IX e XIV do art. 5º da Constituição Republicana, respectivamente)». Afirmou-se que «nenhuma lei pode blindar-se contra a discussão do seu próprio conteúdo».

17. DECISÕES DE DESTAQUE NO PLANO INSTITUCIONAL - PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA E AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Além de decisões de realce para o esclarecimento de assuntos relativos a direitos fundamentais, o STF também registrou diversas decisões relativas ao domínio das relações institucionais do Estado.

No RE 599.628, em que se reconheceu a repercussão geral, o STF por maioria, relator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa (DJe 17.11.2011), entendeu que uma sociedade de economia mista federal – uma empresa estatal da qual a União detém mais de 50% das ações – não faz jus aos privilégios típicos que a ordem processual acorda à Fazenda Pública, como, por exemplo — e esse era o caso — o privilégio de pagar valores determinados por sentença condenatória por meio do sistema de precatórios³. O Tribunal recusou que essa situação mais vantajosa possa ser usufruída pela sociedade de economia mista que disputa com os particulares o mercado ou que tem por fim distribuir lucros aos acionistas. Disse o Tribunal:

«Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas. Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. - Eletronorte não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição)».

Lembrou o relator para o acórdão que «a empresa pública e a sociedade de economia mista devem despir-se das prerrogativas próprias do Estado nas hipóteses em que incursionarem na seara de exploração econômica. A importância estratégica da atividade não afasta sua conformação à legislação vigente».

18. INCONSTITUCIONALIDADE DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

Pode consistir em motivo de pasmo para o observador estrangeiro contemplar o número de vezes que o STF declara a inconstitucionalidade de emendas à Constituição. O estupor ficará reduzido, porém, se for levado em conta que essas emendas no Brasil são muito frequentes e tendem a

³ Trata-se de sistema que determina que o pagamento de débito decorrente de sentença judicial seja feito, não imediatamente, como de ordinário, mas por meio de requisição do Judiciário para que, na lei orçamentária seguinte, seja previsto o valor necessário à satisfação do crédito de quem venceu a demanda judicial.

descer a temas em minúcias incomuns aos diplomas constitucionais do resto do mundo.

Em 2.2.2011, o STF declarou a inconstitucionalidade de mais uma reforma da Constituição. Desta vez a de nº 10, de 1996, que permitiu que contribuição social criada pela emenda viesse a ser cobrada antes do período de 90 dias que o constituinte originário fixou como interregno de não incidência, necessário para a proteção da segurança jurídica dos contribuintes (art. 195, 6º, da CF). Afirmou-se que a deliberação do poder constituinte de reforma esbarrara na cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais.

19. PODER DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Assunto polêmico, que vem despertando interesse doutrinário e institucional, diz respeito à possibilidade de o Ministério Público realizar, ele próprio, investigações de ordem criminal. A dúvida surge, porque a Constituição estabelece que o poder de investigação é inerente às funções da polícia judiciária (art. 144, §1º, IV, e § 4º), suscitando a indagação sobre se essa função é exclusiva da polícia, ou se, por outro lado, o Ministério Público também pode realizar diligências por si mesmo. Esse debate ganhou uma importante primeira contribuição com o julgamento do HC 84965, que o relator, Ministro Gilmar Mendes, levou à Segunda Turma, em 13/12/2011.

O STF estabeleceu uma premissa básica, a de que «não se confundem eventuais diligências realizadas pelo Ministério Público em procedimento por ele instaurado com o inquérito policial».

Reparou também a Turma que uma «atividade preparatória, [é] consentânea com a responsabilidade do poder acusatório», acrescentando que ela «não está imune ao controle judicial – simultâneo ou posterior». Apontou que a ordem jurídica positiva prevê expressamente que outras autoridades administrativas, não integrantes da Polícia, também investiguem fatos tipificados na legislação penal:

«À guisa de exemplo, são comumente citadas, dentre outras, a atuação das comissões parlamentares de inquérito (CF, art. 58, § 3º), as investigações realizadas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF (Lei 9.613/98), pela Receita Federal, pelo Bacen, pela CVM, pelo TCU, pelo INSS e, por que não lembrar, *mutatis mutandis*, as sindicâncias e os processos administrativos no âmbito dos poderes do Estado».

O julgado enfatiza, porém, que as mesmas garantias do investigado que a lei e as construções jurisprudenciais estabelecem devem ser obedecidas nas investigações que o Ministério Público pretenda realizar:

«Não é razoável se dar menos formalismo à investigação do Ministério Público do que aquele exigido para as investigações policiais. Menos razoável ainda é que se mitigue o princípio da ampla defesa quando for o caso de investigação conduzida pelo titular da ação penal. Disso tudo resulta que o tema comporta e reclama disciplina legal, para que a ação do Estado não resulte prejudicada e não prejudique a defesa dos direitos fundamentais».

Afinal, o relator concluiu:

«No modelo atual, não entendo possível aceitar que o Ministério Público substitua a atividade policial incondicionalmente, devendo a atuação dar-se de forma subsidiária e em hipóteses específicas, a exemplo do que já enfatizado pelo Min. Celso de Mello quando do julgamento do HC 89.837/DF: «situações de lesão ao patrimônio público, [...] excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais, como tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão ou corrupção, ou, ainda, nos casos em que se verificar uma intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configurar o deliberado intuito da própria corporação policial de frustrar, em função da qualidade da vítima ou da condição do suspeito, a adequada apuração de determinadas infrações penal». No caso concreto, constata-se situação, excepcionalíssima, que justifica a atuação do Ministério Público na coleta das provas que fundamentam a ação penal, tendo em vista a investigação encetada sobre suposta prática de crimes contra a ordem tributária e formação de quadrilha, cometido por 16 (dezesseis) pessoas, sendo 11 (onze) delas fiscais da Receita Estadual, outros 2 (dois) policiais militares, 2 (dois) advogados e 1 (um) empresário».

Nesse primeiro enfoque do tema, como se nota, o STF optou por uma abordagem caso-a-caso. A questão continua, pois, em discussão.

20. CONCLUSÃO

Como é de se esperar, o incremento de decisões de impacto social e político — à base, muitas vezes, de interpretação de princípios amplos inscritos na Constituição, suprindo omissão dos poderes políticos ou se sobrepondo às suas deliberações — provoca as sensibilidades gerais. O Tribunal se tornou peça de especial relevância na vida pública brasileira, atraindo críticas acerbas, ataques pessoais a membros, bem como encômios e manifestações de estímulos. Se é possível atribuir um sentido valorativamente neutro ao termo «ativismo judicial», ele bem poderia resumir a disposição percebida pelos observadores da jurisdição constitucional com relação à Suprema Corte em 2011.