

# CRÔNICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM 2008

Por PAULO GUSTAVO GONET BRANCO\*

## SUMÁRIO

1. NOVAS SÚMULAS VINCULANTES.—2. FEDERALISMO E O STF EM 2008: A) Federalismo e competência em tema de tratado internacional. B) Competência estadual e comércio interestadual. C) Imunidade recíproca. D) Repartição de rendas. E) Igualdade jurídica entre entidades da Federação: a) *Repartição de competências – hipótese de inconstitucionalidade de normas de Constituições Estaduais*. F) Organização dos poderes pelo Estado-membro e o princípio da simetria. G) Restrição por Emenda à Constituição ao poder do Estado-membro de criar Município e a cláusula pétrea da forma federal do Estado.—3. DIREITOS FUNDAMENTAIS NO STF EM 2008: A) Direito de associação. B) Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. C) Direitos dos deficientes físicos e direito internacional. D) Direitos fundamentais e hierarquia de normas integrantes de tratados sobre direitos humanos. E) Eleitoral e fidelidade partidária. F) Dignidade da pessoa e direito penal. G) Sanção penal e proporcionalidade. H) Prisão e direito a decisão suficientemente fundamentada. I) Pesquisas com células embrionárias humanas.—4. CONCLUSÃO.

O ano de 2008 lançou o Supremo Tribunal Federal em situações inéditas na sua história, consolidando o seu protagonismo na vida institucional brasileira. O ano presenciou a tomada de decisões que motivaram acesos debates na Corte e fora dela. Reações públicas de variados tons puseram o STF em posição de preeminência na atenção da generalidade das pessoas como jamais se registrou.

A Corte imprimiu um ritmo firme na sua postura de adesão aos direitos fundamentais e de implementação dos seus valores. Em abril de 2008,

---

\* Doutor em Direito (Universidade de Brasília). Professor de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP (Coordenador do Curso de Mestrado em Direito Constitucional). Membro do Ministério Público Federal.

assumiu a Presidência da Corte o Ministro Gilmar Mendes, um notável *scholar*, que, antes de chegar ao STF já detinha o prestígio de arguto, estudioso e articulado professor de Direito Constitucional, compondo o quadro selecionado dos mais respeitados conhecedores da área.

O Ministro Gilmar Mendes, antes de assumir a cadeira de magistrado no mais alto tribunal, fora o principal artífice do projeto de lei que redundou nas vigentes leis que regulam o controle abstrato no Brasil (Leis 9.868 e 9.882, ambas de dezembro de 1999). A experiência decorrente da dedicação por vários anos ao desenvolvimento acadêmico e legislativo do controle de constitucionalidade no Brasil, permitia esperar da sua presidência uma posição de reforço do papel de guardião da Carta da República, que o constituinte originário atribuía ao Tribunal em 1988.

A prática do primeiro período do mandato bianual do Ministro Gilmar Mendes à frente do Poder Judiciário brasileiro confirmou as expectativas, enfatizando a índole de Corte Constitucional do STF.

Os desafios próprios de uma Corte Constitucional empenhada no respeito e promoção dos direitos fundamentais também trouxe para o STF os dramas e inquietudes que cercam toda jurisdição constitucional efetiva. Em alguns momentos, o tribunal enfrentou reações contundentes, seguidas de defesas ardorosas, emprestando um colorido jamais visto no país ao debate público de temas jurídicos. Algumas dessas polêmicas foram deflagradas por decisões tomadas em *habeas corpus*, quando a Corte reafirmou a sua adesão aos princípios de proteção da dignidade da pessoa, mesmo enfrentando o concerto da opinião pública desfavorável ao réu.

Por força de outras deliberações, algumas orientadas a conter os poderes públicos e a submetê-los a balizas de moralidade, outras tratando de questões éticas fundamentais, como a legitimidade de pesquisas científicas com células-tronco humanas, a temática do ativismo judicial ganhou corpo na academia jurídica, nos meios políticos e nos meios de comunicação.

Esse postura mais incisiva do Supremo Tribunal Federal não chegou a surpreender. Era esperada, até mesmo diante do discurso com que o Ministro Celso de Mello, decano do STF, recebeu o Ministro Gilmar Mendes como Presidente do Tribunal. Ali, ele já antecipava:

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

De toda sorte, esse ativismo tem sido restringido, em princípio, aos casos em que o agente político se mantém inerte. Se o Tribunal se defronta com uma deliberação positiva, nos marcos da liberdade assinalada pela Constituição Federal para que o agente aja, abstém-se de substituir a apreciação do agente legitimado para a decisão política pela sua. Assim, em processo em que se discutia a legitimidade de providências tomadas para a consecução de um projeto de larga envergadura, e também polêmico, orientado à transposição do curso do extenso rio São Francisco, o Tribunal julgou que, «se não é possível considerar o projeto como inviável do ponto de vista ambiental, ausente nesta fase processual qualquer violação de norma constitucional ou legal, (...) a opção por esse projeto escapa inteiramente do âmbito desta Suprema Corte. Dizer sim ou não à transposição não compete ao Juiz, que se limita a examinar os aspectos normativos, no caso, para proteger o meio ambiente» (ACO MC AgR 876, DJ 1.8.2008, rel. o Ministro Menezes Direito).

O ano foi marcado, também, por eventos escandalosos, como a descoberta da ocorrência de escuta telefônica do Presidente do STF, quando estava para decidir controvérsia que acendera os mais diversos interesses. Falou-se, então, de uma crise institucional, afinal contornada democraticamente.

Sentiram-se, também, ao longo do ano, os efeitos benéficos de medidas processuais, destinadas a reduzir o número abismal de processos que ameaçavam a viabilidade da Corte. A adoção de súmulas vinculantes e a implementação da exigência de que o recurso extraordinário suscitasse questão de repercussão geral para ser conhecido já começaram a se revelar benfazejas para a contenção do acesso indiscriminado ao Tribunal.

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, permitiu que o STF editasse súmulas vinculantes, compendiando máximas de julgamentos reiterados, em torno de matéria envolvendo a Lei Maior. O entendimento assim cristalizado pela Corte obriga os demais órgãos do Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Havendo o descumprimento da orientação sumulada, o interessado pode-se dirigir diretamente ao STF, por meio de reclamação, para restabelecer a autoridade do juízo deduzido na Súmula.

A medida reforça a autoridade das decisões do Tribunal e tende a reduzir o número de controvérsias judiciais em torno de um mesmo assunto. Trata-se, igualmente, de providência que se insere na inclinação que se percebe da Corte em assimilar os efeitos das suas decisões tomadas em sede de controle abstrato e em juízo incidental.

A tendência para abstrativar o controle concreto também é enfatizada pela exigência da repercussão geral, como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário.

O recurso extraordinário é o processo mais comum no STF. Em princípio, qualquer decisão de última instância ordinária, em que a parte suscite um tema constitucional, pode ensejar esse recurso, favorecido pelo caráter analítico da Constituição brasileira, permitindo que se ligue a maioria das controvérsias a um artigo qualquer da Constituição.

O recurso extraordinário pode ser indeferido pelo presidente do tribunal de segunda instância, por variados motivos, inclusive pela sua convicção de que a Constituição não foi infringida pelo julgado atacado. Nesses casos, ainda assim, a parte pode provocar o STF para superar a decisão que trancou o recurso extraordinário, valendo-se agora de outro recurso, o agravo de instrumento.

O agravo e o recurso extraordinário formam a maioria dos processos que são distribuídos no Supremo. Nem sempre versavam tema de relevância, e muitas vezes replicam, aos milhares, teses já levadas ao Tribunal, demandando deste um esforço material desproporcional à importância da Corte para a ordem jurídica.

As inovações processuais implementadas nos últimos dois anos contribuíram consideravelmente para a redução desse volume de feitos. Agora, quando o Tribunal de Justiça de um Estado-membro, por exemplo, percebe que vários recursos extraordinários contra suas decisões se repetem, enviam para o STF apenas os processos que melhor espelhem os termos da controvérsia, aguardando a palavra final do STF, para reformar eles mesmos a decisão tomada anteriormente (se diferente daquela do STF), ou para arquivar em definitivo o recurso extraordinário (se a decisão recorrida coincide com a do STF).

Além disso, deixaram de ser admitidos os recursos que cuidem de tema que a parte não tenha demonstrado que possuem uma repercussão geral na sociedade, pela importância jurídica, econômica ou social da questão.

O recurso extraordinário se afasta, assim, da concepção que vinha assumindo, de meio processual voltado primeiramente para o interesse da parte. Retoma, diferentemente, o seu propósito de instrumento de unificação da jurisprudência, agora aberto para casos que se mostrem de especial significado além-partes.

Essas inovações processuais conferem mais um impulso ao movimento de assimilação da jurisdição constitucional incidental aos efeitos e características da jurisdição abstrata. O caso concreto se torna uma oportunidade de se deslindar um ponto incerto de direito constitucional que seja do interesse da generalidade dos jurisdicionados. Resolve-se de uma vez uma tema disputado, que poderia se estender por milhares de processos.

Os números dos feitos do ano de 2008 são alvissareiros, no sentido de indicarem que se começa a colher êxito do esforço de correção de rumos do STF, apontado em artigo da revista *The Economist* (21.5.2009) como *the most overburdened court in the world*.

A incrível cifra de 112.938 processos distribuídos em 2007 foi abatida para 66.873 em 2008. Os recursos extraordinários distribuídos em 2007 (106.314) foram diminuídos consideravelmente em 2008, agora somando o ainda impraticável número de 59.314 feitos. As primeiras estatísticas do ano de 2009 indicam que a redução dessas cifras se acentua ainda mais. É interessante notar que o direito processual no Brasil não atribui consequências financeiras dignas de nota ao só fato de um recurso extraordinário ou um agravo de instrumento fracassar no STF.

É significativo também que o número de *habeas corpus* – garantia constitucional não submetida, até pelo impacto do interesse que tutela, a nenhuma providência de desestímulo processual – incrementou-se em 2008 (3.561), quando comparado o quadro desses processos distribuídos com aquele do ano precedente (2.911). Em 2008, o STF concedeu ordem de *habeas corpus* em 355 dos 5446 processos que julgou.

## 1. NOVAS SÚMULAS VINCULANTES

Ao longo de 2008, foram editadas nove súmulas vinculantes, que versaram assuntos variados, desde temas relacionados com modo de cálculo de vantagens de servidores do Estado e com o direito tributário, até temas de direito político e direitos fundamentais<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> São essas as Súmulas aprovadas em 2008: Súmula Vinculante 4 - Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial. Súmula Vinculante 5 - A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Súmula Vinculante 6 - Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial. Súmula Vinculante 7 - A norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar. Súmula Vinculante 8 - São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Súmula Vinculante 9 - O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58. Súmula Vinculante 10 - Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Súmula Vinculante 11 - Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Súmula Vinculante 12 - A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal. Súmula Vinculante 13 - A nomeação de cónjuge, companheiro ou parente

Algumas dessas súmulas vinculantes podem atrair mais intensamente a leitura do interessado no direito comparado.

A de número 10, por exemplo, afirma ser contrária à Constituição a prática notada em alguns julgados de outros tribunais de prescindir de declarar a inconstitucionalidade de leis, no juízo incidental, por meio do plenário ou do órgão representativo de toda a Corte, como demanda a Carta da República. Nos tribunais, por imposição constitucional atenta à delicadeza ínsita ao juízo de inconstitucionalidade de leis, quando se avalia pela primeira vez uma arguição de inconstitucionalidade de ato normativo, essa questão não pode ser resolvida pelas turmas e câmaras da corte, mas deve ser objeto de deliberação por parte de órgão composto por todos os julgadores do mesmo tribunal (ou por órgão criado para o fim de representar todos os julgadores da Corte, nos casos de tribunais mais populosos). Em não poucas oportunidades, os tribunais poupavam-se desse procedimento, afastando a aplicação ao caso da lei existente, que abrangia na sua hipótese de fato o caso apreciado, sem, contudo proclamar a sua inconstitucionalidade. Para obstar esse procedimento, a Súmula Vinculante n. 10 explicitou que «viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte».

Já a Súmula Vinculante 11 foi editada num contexto particularmente tenso. O Supremo vinha concedendo *habeas corpus* e seus integrantes vinham apontando para a impropriedade de ações policiais de grande porte, acompanhadas pela imprensa, em que suspeitos de crimes, que nem mesmo seriam violentos, nem estavam em condição de flagrante delito, eram filmados e apresentados nos jornais e nas redes de televisão, algemados, quando conduzidos para a delegacia de polícia. A Corte vinha alertando, em seus pronunciamentos, para a agressão ao princípio do respeito à dignidade da pessoa, bem como para a presunção de inocência de quem nem sequer havia sido ainda denunciado por um crime, que o espetáculo assim criado para a mídia engendrava. O Tribunal vinha lembrando que também na Organização das Nações Unidas repudia-se o emprego de algemas para fins punitivos, a denotar que medidas assim deveria se restringir ao âmbito do estritamente necessário. A reiteração das situações abusivas levou o Tribunal a editar a Súmula Vinculante 11, que foi objeto de apaixonadas

---

em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

críticas dos que alegavam que a Corte estava sendo leniente em demasia e que estava atuando de modo francamente ativista.

A Súmula Vinculante n. 11 determinou que o uso de algemas somente seria de rigor se o agente público percebesse que, de outro modo, a segurança sua ou alheia ou a efetividade da medida que lhe incumbia realizar corriam risco. A Súmula, ainda, estipulou que esses casos deveriam ser, logo a seguir, explicados por escrito e sancionou o desrespeito dessas regras com a responsabilidade civil, penal e disciplinar do agente, com a responsabilidade civil do Estado e com a nulidade do ato processual a que a prisão se referia.

Num dos precedentes que embasaram a súmula, cuidou-se de réu, condenado pelo tribunal do júri, em uma cidade do interior do Estado de São Paulo, que fora mantido algemado durante toda a sessão de julgamento, sem justificativa bastante para tanto. Os ministros do STF ressaltaram o impacto sobre o júri da visão do réu já algemado. Concluíram que «implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do veredicto condenatório» (HC 91.952/SP, rel. o Ministro Marco Aurélio, julgado em Plenário em 7.8.2008).

A Súmula 13 também atraiu críticas de ativismo, por haver o STF disciplinado o que deveria ser considerado nepotismo vedado no âmbito do serviço público das três esferas da Federação. O Tribunal, ante a inércia dos poderes competentes para regular a matéria, e considerando que lhe incumbia extrair plenos efeitos da norma da Constituição Federal que impõe o respeito ao princípio da moralidade administrativa, definiu como imprópria a nomeação, por parte de autoridade pública, de cônjuge ou parente seu ou de servidor da mesma pessoa jurídica (inclusive por afinidade) até o 3º grau, para o provimento de cargos de direção ou de confiança, em relação aos quais a nomeação não precisa se seguir ao êxito em concurso público.

A Súmula mais uma vez motivou reações tanto de apoio como de crítica. Dado que o Tribunal definira o que era parente para fins de nepotismo, substituindo-se ao legislador, omisso a esse respeito, novamente o assunto do ativismo judicial se impôs à pauta do debate público. O Tribunal, com a deliberação, interferiu em interesses sensíveis e com capacidade de reação política, ingrediente poderoso para mais inflamar o olhar crítico sobre a jurisdição constitucional brasileira.

As discussões provocadas pela edição de Súmulas vinculantes não foram, certamente, as únicas decisões de impacto do STF. Um número expressivo de questões jurídicas de fortes efeitos sobre o direito brasileiro também foram resolvidas ao longo de 2008. Muitas delas respeitavam a intrincados raciocínios suscitados em torno de questões tributárias, de in-

teresse, contudo, diminuto para os estudiosos do direito constitucional comparado. No campo do federalismo e na esfera dos direitos fundamentais, porém, várias deliberações atraem essa atenção.

## 2. FEDERALISMO E O STF EM 2008

Várias questões que interessam ao estudo do federalismo são dignas de nota.

### A) Federalismo e competência em tema de tratado internacional

O STF teve a ocasião de assentar doutrina importante em matéria de competência da União em matéria de celebração de tratados e de internalização desses instrumentos ao direito doméstico.

No *Diário de Justiça* (DJ) de 11.4.2008, publicou-se o acórdão do RE 229.096, em que o Tribunal, por maioria, seguiu o voto da Ministra Cármen Lúcia, em que se discutia se tratado internacional (no caso, o Acordo Geral de Tarifas e Comércio - GATT), versando isenção de impostos estaduais para produtos importados dos países signatários, havia sido recebido pela ordem constitucional de 1988. O ponto de dúvida se situava na circunstância de que a Constituição em vigor proíbe que a União conceda isenção de impostos inseridos no âmbito da competência dos Estados-membros. Como o tratado era celebrado pelo Presidente da República, argumentava-se que a norma internacional deixara de se impor aos Estados-membros desde 1988.

O STF recordou que a Constituição conferiu competência para a República Federativa firmar tratados, «dela [dessa competência] não dispendo a União, os Estados-membros ou os Municípios» (art. 52, § 2º, da Constituição da República). Explicou que o Presidente da República quando celebra esses pactos o faz, não em nome da União, mas de toda a Federação, na qualidade de Chefe de Estado, o que desfaz a pertinência do argumento da não-recepção do GATT. Lê-se no decisório que «o Presidente da República não subscreve tratados como Chefe de Governo, mas como Chefe de Estado, o que descaracteriza a existência de uma isenção heterônoma, vedada pelo art. 151, inc. III, da Constituição».

### B) Competência estadual e comércio interestadual

Em outra decisão, envolvendo tema de comércio interestadual, o Supremo Tribunal entendeu que o Estado-membro, no interesse dos seus con-



sumidores, podia exigir, mediante lei, que o café ali comercializado contivesse selo de qualidade de entidade componente da Administração Pública do mesmo Estado e apresentasse rótulo com a descrição da porcentagem de cada espécie vegetal de que o produto se compõe. O Tribunal, todavia, declarou a inconstitucionalidade parcial da lei, censurando os seus termos no tópico em que dava a entender que o Estado esperava que essas normas se aplicariam também a outras unidades da Federação (Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2832, DJe 20.6.2008, rel. o Ministro Ricardo Lewandowski).

### C) Imunidade recíproca

O direito constitucional brasileiro enfatiza a importância do princípio da imunidade recíproca entre as pessoas políticas que compõem a Federação. Há norma constitucional o expressando, que já foi considerada como cláusula pétrea. Esse princípio foi arguido de violação na ADI 3089, DJe 1.8.2008, rel. para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa. O Tribunal, por maioria, rejeitou a crítica no caso em que a legislação sob análise permitia que o imposto municipal sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN) também incidisse sobre serviços de registros públicos, cartorários e notariais.

O argumento do autor da ação direta girava em torno do fato de que esses serviços cartorários eram serviços estaduais; daí a impressão de que o princípio da imunidade recíproca estaria sendo agredido. O Tribunal fundamentou o juízo de improcedência da ação direta, dizendo que «a imunidade recíproca é uma garantia ou prerrogativa imediata de entidades políticas federativas, e não de particulares que executem, com inequívoco intuito lucrativo, serviços públicos mediante concessão ou delegação, devidamente remunerados. Não há diferenciação que justifique a tributação dos serviços públicos concedidos e a não-tributação das atividades delegadas».

### D) Repartição de rendas

Outro tema vital para o federalismo foi enfrentado.

Não se põe em dúvida, no Brasil, que a existência do modelo federal de Estado depende não apenas de as entidades federativas disporem de competências próprias, como também de que possuam recursos próprios.

O constituinte brasileiro definiu impostos que podem ser criados pela União, pelos Estados-membros ou pelos Municípios. Estabeleceu também que determinados percentuais das receitas auferidas por força desses tributos de-

veriam ser entregues pelos entes maiores aos entes menores. Assim, a Constituição estipula que pertencem aos Municípios 25% do produto da arrecadação do imposto sobre circulação de mercadorias, um imposto estadual.

No RE 572.762, rel. o Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 18.6.2008, o Supremo Tribunal Federal estimou inconstitucional que o Estado-membro retivesse parte dessa quantia à conta de condição criada pelo Estado-membro, relacionada com programa de benefício fiscal por ele instituído. O STF reafirmou que a parcela prevista constitucionalmente «pertence de pleno direito aos Municípios». Ensinou que «o repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual», sob pena de «indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias». Assinalou que a autonomia política conferida aos entes federados pela Constituição depende, para que seja real e efetiva, do respeito à autonomia financeira dos Municípios, não se podendo aceitar que o Município recebesse a sua quota deduzida de quantia empregada pelo Estado em programa do mesmo Estado de incentivos fiscais para particulares. Advertiu, em realce à gravidade do assunto, que o abatimento pelo Estado-membro da quota da receita do imposto pertencente ao Município configurava hipótese de intervenção federal.

#### E) Igualdade jurídica entre entidades da Federação

Em certo Estado da Federação, o legislador dispôs sobre a troca da frota de automóveis para uso oficial, estabelecendo que os novos veículos a serem adquiridos, por meio de licitação, deveriam ser produzidos no mesmo Estado-membro. A Corte viu nesse preceito um critério arbitrário e discriminatório de acesso à licitação pública, incompatível com o art. 19, II, da Constituição, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si. O Tribunal proclamou ter havido, aí, «violação ao princípio da isonomia ou da igualdade». Declarou ser «inconstitucional a lei estadual que estabeleça como condição de acesso a licitação pública, para aquisição de bens ou serviços, que a empresa licitante tenha a fábrica ou sede no Estado-membro» (ADI 3583, rel. o Ministro Cezar Peluso, DJe 14.3.2008).

#### a) *Repartição de competências – hipóteses de inconstitucionalidade de normas de Constituições Estaduais*

Não vigora no Brasil a regra de solução de conflitos entre lei de ente maior da federação com lei de ente menor, fundada na preferência necessá-

ria daquela lei sobre esta. A validade de um ato normativo é aferida pelo seu respeito à competência própria da entidade que o editou. Assim, uma lei estadual, se dispõe sobre tema de lei municipal, é inconstitucional, por invasão de competência.

Na ADI 845 (DJ 7.3.2008, rel. o Ministro Eros Grau), o Supremo declarou a inconstitucionalidade de preceito inscrito na Constituição de Estado-membro, que cuidava de assunto que o constituinte federal confiara ao Município. Tratava-se de dispositivo que concedia descontos a estudantes em passagens de transportes coletivos municipais. O STF entendeu que o legislador poderia determinar tal desconto para usuários de um serviço público explorado por particular a título de concessão. As empresas particulares não poderiam se opor a tal desconto, por isso, com a invocação do princípio constitucional da liberdade de iniciativa.

Por outro lado, as competências legislativas dos Estados-membros se definem por exclusão do que houver sido definido pelo constituinte como integrante do domínio da competência da União e dos Municípios. A competência dos Estados-membros é residual, nesse sentido. A Constituição estipula que a competência para a exploração de serviços públicos de interesse local, incluídos os de transporte, é dos Municípios (art. 30, V). Daí se deduzir que o legislador do Estado-membro, mesmo quando edita uma Constituição, não pode disciplinar aspectos da prestação do serviço de transporte coletivo municipal. A norma da Constituição local vale apenas no que pertine ao desconto de que cogita em serviços de transporte coletivo intermunicipal.

Em outra ocasião, normas da Constituição de outro Estado-membro também foram declaradas inconstitucionais, por incompatibilidade com o princípio da autonomia do Município. Foi invalidado dispositivo que impunha aos Municípios o encargo de transportar da zona rural para a sede do Município, ou Distrito mais próximo, alunos carentes matriculados a partir da 5ª série do ensino fundamental. Enxergou-se, aí, uma «indevida ingerência na prestação de serviço público municipal». Da mesma forma, por invadir espaço de decisão exclusiva dos Municípios, afirmou-se inconstitucional a norma da Constituição estadual que impunha que as Câmaras Municipais deveriam funcionar em prédio próprio ou público, independentemente da sede do Poder Executivo.

Uma terceira norma da mesma Constituição Estadual, entretanto, foi validada, por consignar um princípio inserto na Constituição Federal. Disse o acórdão: «quanto ao art. 20, V, que veda ao Estado e aos Municípios atribuir nome de pessoa viva a avenida, praça, rua, logradouro, ponte, reservatório de água, viaduto, praça de esporte, biblioteca, hospital, maternidade, edifício público, auditórios, cidades e salas de aula, o Tribunal, o reputou compatível com o princípio da impessoalidade (CF, art. 37, caput e § 1º)» (ADI 307, rel. Min. Eros Grau, DJe 20.6.2008).

#### F) Organização dos poderes pelo Estado-membro e o princípio da simetria

Depois que o Supremo Tribunal Federal entendeu que o desenho de separação de poderes adotado pelo constituinte federal se impunha aos Estados-membros, um número expressivo de normas constitucionais estaduais sofreu crítica da jurisdição constitucional, por não se ajustar ao parâmetro da União. Cunhou-se a expressão «princípio da simetria», para designar essa imposição aos Estados-membros de se espelharem no modelo de separação de poderes federal, ao se auto-organizarem.

Esse princípio, em 2008, foi prestigiado em novas oportunidades.

Na ADI 1642, rel. o Ministro Eros Grau, DJ 19.9.2008, afirmou-se a inconstitucionalidade de norma de Constituição Estadual que condicionava a escolha dos presidentes de empresas estatais locais à aprovação prévia da Assembléia Legislativa. Essa intromissão destoa do modelo de separação de poderes federal, em que não se repete semelhante exigência.

Na ADI 3647, DJ 16.5.2008, rel. o Ministro Joaquim Barbosa, entendeu-se que a Constituição Estadual não poderia deixar de contemplar consequência análogas às previstas para o Presidente da República nos casos de afastamento do Governador sem autorização da Assembléia Legislativa. Era, por isso, inconstitucional a emenda à Constituição Estadual que excluía das causas de impedimento do Governador o seu afastamento por até 15 dias do Estado, para fins de substituição pelo Vice-Governador. A norma propiciaria a acefalia do Executivo. Disse a Corte que «em decorrência do princípio da simetria, a Constituição Estadual deve estabelecer sanção para o afastamento do Governador ou do Vice-Governador do Estado sem a devida licença da Assembléia Legislativa».

Em outra ação direta, o STF fulminou de inconstitucionalidade norma de Constituição Estadual que estabelecia que as decisões da Administração da Fazenda Pública estadual contrárias ao erário deveriam ser apreciadas, em grau de recurso, pelo Tribunal de Contas estadual. A necessidade da observância da simetria inviabiliza tal deliberação do constituinte estadual, já que a atividade de controle de decisões tomadas em processos administrativos de ordem tributária não se insere no âmbito da competência do Poder Legislativo, no qual o Tribunal de Contas se inclui (ADI 523, rel. Ministro Eros Grau, julgado em 3.4.2008).

#### G) Restrição por Emenda à Constituição ao poder do Estado-membro de criar Município e a cláusula pétrea da forma federal do Estado.

Entre os limites materiais ao poder de reforma constitucional no Brasil se acha a fórmula federativa de Estado delineada pelo constituinte ori-

ginário. Essa cláusula pétrea foi arguida de infringência na ADI 2395, rel. o Ministro Gilmar Mendes, DJ 23.5.2008.

Em 1996, diante da criação de um número crescente de Municípios na Federação, com impacto preocupante sobre as finanças públicas, o constituinte de reforma houve por bem estabelecer condições mais rigorosas para que um novo Município fosse instituído. No precedente, afirmou-se que a condição prescrita pela Emenda à Constituição 15/1996, de que a criação de novos Municípios haveria de obedecer a calendário fixado pelo legislador federal, não afrontava a forma federativa do Estado.

O relator, Ministro Gilmar Mendes, anotou que, por força do número elevado de emendas à Constituição e da abertura normativa das cláusulas pétreas, «o exercício do controle de constitucionalidade das reformas constitucionais [tornou-se] uma atividade recorrente [do Tribunal]», que a «tem exercido em um quadro de absoluta normalidade». Sintetizando a prática do Tribunal nesse domínio, o Ministro relator observou que essa fiscalização tem sido realizada com as cautelas devidas e respeito às margens de escolha do legislador constitucional democrático:

«A Corte tem deixado bem claro que os limites materiais ao poder de reforma constitucional não impedem toda e qualquer modificação do texto constitucional, mas apenas aquelas que implicam efetiva violação a seu núcleo essencial».

No precedente, foi prestigiado outro (ADI 2381, rel. o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 14.12.2001), em que a Corte concordou em que a cláusula pétrea da forma federativa do Estado «não implica vedar qualquer alteração do modelo positivo originário (...), mas apenas de seus núcleos essenciais de identificação». O núcleo essencial do federalismo brasileiro não compreende a exclusão da União de toda «interferência normativa no processo de criação de novos municípios».

O Tribunal assentou, nessa diretriz, que o tema da criação de novos Municípios não traduz uma questão de interesse restrito ao Estado-membro. Ao contrário — ensinou o Ministro Sepúlveda Pertence —, «ente da Federação (CF, art. 18), que recebe diretamente da Constituição Federal numerosas competências comuns (art. 23) ou exclusivas (art. 30) — entre elas a de instituir e arrecadar tributos de sua área demarcada na Lei Fundamental (art. 156) — além de direito próprio de participação no produto de impostos federais e estaduais (art. 157-162) — o Município, seu regime jurídico e as normas regentes de sua criação interessam não apenas ao Estado-membro, mas à estrutura do Estado Federal total».

### 3. DIREITOS FUNDAMENTAIS NO STF EM 2008

Diversos casos de interesse podem ser compilados do acervo de jurisprudência da Corte em 2008 em tema de direitos fundamentais. Lembrando que algumas decisões motivaram acerbas polêmicas, vale repassar alguns dos julgados nessa área.

#### A) Direito de associação

A liberdade de associação foi objeto da atenção do Tribunal em duas ocasiões, em que se flagrou inconstitucionalidade de leis que condicionavam o exercício de atividades profissionais à associação do interessado a entidade privada.

Na ADI 3.587-DF (DJ 22.02.2008, rel. o Ministro Gilmar Mendes), lei de unidade federada que estabelecia que os profissionais dedicados à atividade de transporte de bagagens nos terminais rodoviários locais seriam autorizados ao serviço depois de filiados no sindicato da categoria foi tida como incompatível com a liberdade constitucionalmente assegurada de associação, além de sofrer de vício formal, por dizer com direito do trabalho, tema da competência legislativa privativa da União.

Na ADI 3464/DF, rel. o Ministro Menezes Direito, julgada em 29.10.2008, também se considerou atritante com a liberdade de associação norma de lei federal que condicionava o recebimento de auxílio de índole previdenciária à integração do interessado a uma colônia de pescadores. A lei estabelecia como requisito de habilitação para receber o seguro-desemprego a apresentação de atestado da colônia de pescadores a que o pescador estivesse filiado. O Supremo Tribunal enxergou aí a violação dos princípios constitucionais da liberdade de associação (art. 5º, inciso XX) e da liberdade sindical (art. 8º, inciso V), ambos em sua dimensão negativa.

#### B) Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade

Conclui-se o julgamento de um dos casos em que pioneiramente se cogitou explicitamente dos testes próprios do princípio da proporcionalidade, como padrão de fiscalização da constitucionalidade de leis aptas para interferir sobre direitos fundamentais. À época, discutia-se a concessão de liminar para suspender a lei, enquanto o mérito da ação direta não fosse apreciado. O julgamento de mérito chegou a termo em 2008, confirmando-se a concessão da liminar anterior e dando-se a lei por inconstitucional.

Tratava-se de lei estadual que obrigava os estabelecimentos que comercializavam gás liquefeito de petróleo, conhecido como «gás de cozinha»,

a pesar tanto o botijão de gás vendido quanto o recebido nesses atos. O argumento de justificação da lei centrava-se na circunstância de que, quando o consumidor trocava o botijão usado pelo cheio, o que era devolvido frequentemente ainda possuía alguma quantidade de gás, que não era compensada no preço do botijão novo. Além de se dizer que a lei estadual sofria de inconstitucionalidade formal, por invadir competência privativa da União para legislar sobre energia, o Tribunal não viu atendidas as exigências da proporcionalidade, já que a lei acentuava os encargos relacionados com o comércio do bem, levando ao seu encarecimento, em sentido contrário ao fim buscado de reduzir os custos para o consumidor do produto. Além disso, já se havia observado que, na fixação do preço do produto, levava-se em consideração a quantidade média de gás que voltava para o fornecedor nos botijões trocados. A medida não venceria o teste da adequação (ADI 855/PR, rel. orig. Ministro Octavio Gallotti, rel. p/ o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgada em 6.3.2008).

#### C) Direitos dos deficientes físicos e direito internacional

Decisão que mostra o prestígio emprestado pelo Supremo Tribunal a normas de direito internacional pertinentes a direitos humanos para a compreensão dos direitos fundamentais pode ser encontrada no acórdão proferido na ADI 2649/DF, rel. a Ministra Cármen Lúcia, DJe 17.10.2008.

Atacava-se, na demanda, dispositivo de lei federal que concede passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes. A lei era atacada por infringir o princípio da liberdade de exercício da liberdade empresarial.

A ação foi julgada improcedente, ressaltando a relatora do processo que, «em 30.3.2007, o Brasil assinou, na sede das Organizações das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. A Lei n. 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados».

#### D) Direitos fundamentais e hierarquia de normas integrantes de tratados sobre direitos humanos

Por tempo considerável, uma parcela da doutrina no Brasil sustentou que às normas previstas em tratado de direitos humanos deveria ser re-

conhecido o *status* de preceitos constitucionais. Até a Emenda Constitucional n. 45/2004, a jurisprudência do STF não aceitava a tese, entre outros motivos porque implicaria a flexibilização da Constituição, uma vez que os tratados, até então, eram aprovados por maioria simples no Congresso Nacional, diferentemente da supermaioria demandada para a aprovação de normas constitucionais.

Em 2004, a Emenda Constitucional n. 45 dispôs que os tratados de direitos humanos que fossem aprovados segundo o *quorum* próprio das emendas à Carta teriam valor de regras constitucionais. Abriu-se, porém, a discussão sobre qual o valor hierárquico a ser atribuído aos tratados em vigor antes da Emenda, havendo, até mesmo dentro do Tribunal, partidários da idéia de que esses tratados haveriam de ser tidos como recebidos como normas constitucionais.

Contra essa perspectiva, sustenta-se que a Emenda 45 apenas permitiu que os tratados de direitos humanos fossem aprovados como emenda à Constituição, mas não impôs esse procedimento, ficando aberta a faculdade de o tratado continuar a ser aprovado por maioria simples  $\frac{3}{4}$  com o que não se poderia dizer que os tratados anteriores à EC 45 haveriam de ser tidos como recebidos com a qualidade de normas constitucionais.

O problema ganha conteúdo prático, porquanto o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, que dispõe sobre direitos humanos nas Américas, em vigor para o Brasil desde 1992, somente prevê a prisão civil, em caso de dívida de alimentos, enquanto a Constituição brasileira admite que o legislador também crie hipótese de prisão civil no caso do depositário infiel.

No Brasil, o devedor na alienação fiduciária em garantia, quando tornado inadimplente, deve devolver o bem, objeto do negócio, sob pena de ser considerado depositário infiel – isso por força de um decreto-lei de 1969. O Código Civil de 2002 também cogitou dessa modalidade de prisão civil, dispondo, no seu art. 652, que «o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano.»

As questões práticas, portanto, não se resolveriam simplesmente, admitindo-se que, como o Pacto é posterior, na sua vigência interna, ao decreto-lei de 1969, teria suplantado a aplicabilidade deste, já que a modalidade de prisão civil continuava a ser prevista em diploma da atual década, o Código Civil em vigor.

Em decisão de Turma, o Tribunal já havia indicado a mudança do seu entendimento tradicional de que os tratados teriam o mesmo *status* hierárquico das leis ordinárias. Admitiu-se então que o tratado não aprovado pelo procedimento próprio das emendas à Constituição tivessem *status* supralegal, aplicando-se sempre com preferência sobre qualquer diploma legal interno, anterior ou posterior ao instrumento de direito internacional. Com isso, a prisão civil do depositário infiel tornara-se inviável.



Nessa exata linha, o Tribunal decidiu, no HC 95.967, DJ 28.11.2008, rel. a Ministra Ellen Gracie, a propósito do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que a «esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação».

Acrescentou-se que, «na atualidade, a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos».

Essa decisão também foi de Turma (2ª) do STF.

Em 3.12.2008, o Plenário afinal se deteve na questão e, por maioria, aderiu ao entendimento que vinha prevalecendo na 2ª Turma, no sentido de reconhecer *status* infraconstitucional, mas supralegal, aos tratados de direitos humanos. Proclamou-se o fim de todas as hipóteses de prisão civil de depositário infiel.

No RE 349.703, rel. o Ministro Carlos Britto, assentou-se que «desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei n.º 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002)».

Na mesma sessão, no RE 466343/SP, rel. o Ministro Cezar Peluso, reiterou-se: «é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito».

## E) Eleitoral e fidelidade partidária

Outra decisão tomada pelo STF que provocou intensa repercussão no cenário político nacional cuidou de aspecto do direito eleitoral e visava a garantir a efetividade do direito de voto do cidadão.

Vinha sendo causa de incômodo, ultimamente, o fenômeno que se repetia, em seguida às eleições para a Câmara dos Deputados, de os eleitos

mudarem de partido, tão logo investidos no cargo, ou até antes mesmo. O eleitor que votara no candidato por se apresentar, por exemplo, como candidato de partido de oposição, via o seu constituído, depois do resultado, por motivos raramente explicitados, cerrando fileiras com partidos da base aliada do governo.

O STF entendeu, no MS 26.602, rel. o Ministro Eros Grau, DJ 17.10.2008, que o mandato do Deputado Federal pertence ao partido pelo qual ele se elegeu. Essa conclusão se reforça na circunstância de as eleições serem proporcionais, e não majoritárias. Para ser eleito, o candidato tem que pertencer a um partido que haja recebido número geral expressivo de votos. Decidiu, então, o STF, mesmo sem que a lei dispusesse a respeito, que o candidato eleito, vindo a mudar de partido, comete infidelidade partidária, e há de perder o mandato, cabendo ao partido em que se elegera suprir a vaga com o próximo candidato mais votado da legenda. A mudança de partido somente seria admissível em casos excepcionais. Lê-se na decisão:

«A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo. (...) O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral».

Mesmo sem que lei previsse essa hipótese da extinção do mandato expressamente, e sem que a lei disciplinasse o processo para a efetivação dessa consequência, o TSE editou ato normativo, dispondo sobre o tema, descrevendo quem poderia tomar a iniciativa de postular a declaração da perda do mandato e sobre o procedimento a ser adotado. A resolução do TSE atribuiu a competência para examinar esses pedidos ao próprio TSE e aos tribunais regionais eleitorais (existe um em cada unidade da Federação). Estabeleceu que cabia ao Partido formular o pleito, mas que também o Ministério Público e o próprio interessado em assumir o cargo no lugar do deputado infiel eram legitimados para agir.

A crítica de que o Judiciário estaria invadindo esfera própria do Legislativo foi recusada na ADI 3999, relator o Ministro Joaquim Barbosa, julgada em 12.11.2008 (publicada em 16.4.2009). O STF argumentou que «não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo». Prosseguiu, afirmando que «as resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observân-

cia da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar».

#### F) Dignidade da pessoa e direito penal

A invocação do princípio, incorporado ao direito constitucional positivo, do respeito devido à dignidade da pessoa conduziu o tribunal, em algumas oportunidades, a reconhecer direito de preso a situações benéficas não contempladas pela lei.

A Lei de Execução Penal somente cogita de prisão domiciliar a presos em condições físicas deterioradas, que estejam cumprindo pena em regime aberto. No RHC 94358/SC, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29.4.2008, porém, o Tribunal conferiu esse direito a quem cumpria pena em regime fechado, por tráfico de entorpecentes. Tratava-se de pessoa de 62 anos, cujo estado de saúde fora atestado como sendo grave e de impossível tratamento no presídio. Disse a Corte que «a transferência de condenado não sujeito a regime aberto para cumprimento da pena em regime domiciliar é medida excepcional, que se apóia no postulado da dignidade da pessoa humana».

Em outra oportunidade, o Tribunal contornou o veto legal à concessão de liberdade provisória a preso em flagrante por tráfico de drogas, no caso de portadora do vírus HIV, já com hepatite e câncer de medula. O Tribunal afirmou que «a aplicação [da norma proibitiva da liberdade provisória] conduziria a afronta à dignidade da pessoa humana» (HC 95.790, rel. o Ministro Eros Grau, DJe 21.11.2008).

O princípio do respeito à dignidade humana conduziu o STF a criticar decisão da Justiça militar, que aplicara pena prevista no Código Penal Militar a quem portava, no interior da unidade militar, pequena quantidade de maconha. A justiça militar se recusara a admitir a incidência do princípio da insignificância, tendo-o por afastado pelos valores da saúde, disciplina e hierarquia castrenses. Por maioria, a 2ª Turma do STF, porém, enfatizou que a nova lei de drogas não mais cogita da prisão do usuário, concentrando o rigor penal sobre o traficante. Isso revelaria, a «preocupação, do Estado, em alterar a visão que se tem em relação aos usuários de drogas». Embora a legislação militar seja específica, comparada à nova Lei de Drogas, o Supremo entendeu que o juiz militar deveria «confrontar o princípio da especialidade da lei penal militar, óbice à aplicação da nova Lei de Drogas, com o princípio da dignidade humana». Observou que o paciente era jovem e sem antecedentes criminais e teria o seu futuro comprometido pela condenação, enquanto o civil, nas mesmas circunstâncias recebe tratamento do Estado dirigido à sua recuperação e, não, punição.

Daí, concluir que, «no caso se impõe a aplicação do princípio da insignificância, seja porque presentes seus requisitos, de natureza objetiva, seja por imposição da dignidade da pessoa humana» (HC 90.125, rel. para o acórdão o Ministro Eros Grau, DJe 5.9.2008).

Dado o bem jurídico afetado pelo crime de pôr em circulação moeda falsa, o STF não aceitou aplicar o princípio da insignificância, porém, no caso de falsificação de poucas cédulas de valor reduzido (HC 93251/DF, rel. o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 22-08-2008).

### G) Sanção penal e proporcionalidade

No HC 92.525, decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, publicada em 3.4.2008, determinou, cautelarmente, a suspensão da eficácia da sanção penal imposta ao paciente. O problema trazido com os autos refletia uma incongruência do legislador, que sancionara com mais rigor o crime de receptação praticado com dolo indireto eventual do que o cometido com dolo direto. O relator viu, aí, «transgressão, pelo legislador, dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização *in abstracto* da pena». Anotou que, se o comerciante ‘sabia’ que o material era produto de crime, a pena é de 1 a 4 anos de reclusão; se ‘devia saber’, de 3 a 8 anos. O fato menos grave estava sendo apenado mais severamente.

Em outro julgamento, o STF não viu ofendido o princípio da proporcionalidade, nem o da igualdade, pela existência de uma previsão de pena em abstrato mais grave em caso de crime de homicídio culposo cometido em acidente de trânsito (pena de 2 a 4 anos) em comparação à pena do homicídio culposo comum (pena de 1 a 3 anos). A 2ª Turma do Tribunal não viu configurada a ofensa à igualdade, nem à razoabilidade, já que a diferença se devia a situações distintas apreciadas pelo legislador. Disse a relatora ser «inegável a existência de maior risco objetivo em decorrência da condução de veículos nas vias públicas — conforme dados estatísticos que demonstram os alarmantes números de acidentes fatais ou graves nas vias públicas e rodovias públicas — impondo-se aos motoristas maior cuidado na atividade». Acrescentou que «o princípio da isonomia não impede o tratamento diversificado das situações quando houver elemento de *discrímen* razoável» (RE 428864/SP, rel. a Ministra Ellen Gracie, DJe 14-11-2008).

Já no HC 84.469, DJ 9.5.2008, rel. o Ministro Joaquim Barbosa, afirmou-se incompatível com a ampla defesa, a igualdade das partes no processo e à proporcionalidade, a exigência do Código de Processo Penal de que o réu se recolha à prisão para que o seu recurso seja apreciado pelo Tribunal de Justiça.

#### H) Prisão e direito a decisão suficientemente fundamentada

O Tribunal reiterou a sua jurisprudência em matéria de legitimidade de prisão cautelar, no sentido de que o decreto dessa medida de constrição da liberdade anterior à condenação há de ser cuidadosamente fundamentado, e estritamente vinculado às hipóteses legais de pertinência.

No HC 95009/SP, rel. Min. Eros Grau, julgado em 6.11.2008 — um caso seguido muito de perto pela imprensa —, a Corte ratificou a decisão do seu Presidente que, no período do recesso judiciário (julho), deferira liminar, cassando a prisão temporária dos pacientes, tida como desprovida de justificativa bastante.

Apontou-se que o fundamento da conveniência da instrução penal não conferia suporte ao decreto de prisão, uma vez que medidas de busca e apreensão e quebra de sigilos protegidos já haviam sido satisfeitas.

O Tribunal também assentou que «a prisão cautelar, tendo em conta a capacidade econômica do paciente e contatos seus no exterior não encontra ressonância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pena de estabelecer-se, mediante quebra da igualdade (artigo 5º, caput e inciso I da Constituição do Brasil) distinção entre ricos e pobres, para o bem e para o mal».

À falta de fundamento hábil para a prisão decretada, o Tribunal reafirmou que «a prisão preventiva em situações que vigorosamente não a justifiquem equivale a antecipação da pena, sanção a ser no futuro eventualmente imposta, a quem a mereça, mediante sentença transitada em julgado. A afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade, contemplado no plano constitucional (artigo 5º, LVII da Constituição do Brasil), é, desde essa perspectiva, evidente. Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória a regra é a liberdade; a prisão, a exceção. Aquela cede a esta em casos excepcionais. É necessária a demonstração de situações efetivas que justifiquem o sacrifício da liberdade individual em prol da viabilidade do processo». Ante a incompreensão de parte da opinião pública para com a decisão, o Tribunal respondeu que ao juiz incumbe, garantido pela sua independência, «tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo — quando o exijam a Constituição e a lei — mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas».

#### I) Pesquisas com células embrionárias humanas

Motivando polêmica de ordem distinta daquela que se seguiu a decisão acima referida, o Tribunal julgou improcedente ação direta de incons-

titucionalidade contra lei que abriu flanco para pesquisas científicas com células embrionárias humanas (ADI 3510, rel. o Ministro Carlos Britto, julgada em 5.3.2008). O relator entendeu que o direito à vida, posto em questão no caso, alcançaria apenas o indivíduo já dotado de personalidade jurídica. Houve votos vencidos, que admitiam as pesquisas em certas circunstâncias e desde que cercadas de todos os cuidados para que não houvesse a interferência sobre o direito à vida, a ser reconhecido desde a concepção. O julgamento foi longo e com extensa fundamentação nos dois polos do debate. O acórdão ainda não foi publicado. Dada a importância do assunto, o julgado merece ser analisado em mais aprofundada dimensão, quando for dado a conhecer em toda a sua extensão, mediante a publicação de todos votos proferidos.

#### 4. CONCLUSÃO

O ano de 2008 foi singularmente rico em casos relevantes, que chamaram o Supremo Tribunal Federal a atuar, em não poucos deles, como intímato baluarte dos direitos fundamentais. A Corte assumiu o seu papel de centro da jurisdição constitucional numa democracia constitucional. Nessa condição, teve que suportar incompreensões e oposições de setores da opinião pública. Recebeu o apoio político de outros. Viveu altivamente o drama inerente a um órgão incumbido de tomar deliberações antimajoritárias, sempre que chamado a tanto pelas imposições dos direitos fundamentais.