

# CRÔNICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM 2010\*

Por PAULO GUSTAVO GONET BRANCO\*\*

## SUMÁRIO

1. NOVAS SÚMULAS VINCULANTES.—2. PROCESSOS COM TEMAS DE REPERCUSSÃO GERAL JULGADOS EM 2010.—3. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A) Anistia política de 1979. B) Eleições, humor e liberdade de expressão. C) Eleições e omprovação da condição de eleitor. D) Ainda no âmbito da política: pode um governador ser preso sem prévia licença do Poder Legislativo do seu Estado? E) Princípio republicano, normalidade democrática e intervenção federal. F) Direitos fundamentais e cláusula pétrea. G) Sigilos e direitos fundamentais. H) Segurança jurídica da pessoa e tempo de análise de processo administrativo pelo Tribunal de Contas da União. I) Razoável duração dos processos. J) Eficácia dos direitos sociais – o direito à saúde e o dever do Estado de fornecer medicamentos de alto custo. K) Direitos fundamentais e a atividade de persecução penal do Estado. L) Tóxicos, abolição criminis e retroatividade da lei penal mais benéfica. M) Relações sexuais mantidas sem precauções por quem sabe ser portador do vírus HIV. N) Porte de droga em quartel militar e princípio da insignificância. O) Tráfico de drogas e proibição de se substituir pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. A garantia fundamental da individualização da pena. P) Tráfico, crime inafiançável, liberdade provisória e presunção de inocência. Q) Persecução penal e denúncia anônima.—4. PODERES, COMPETÊNCIAS E FEDERALISMO: A) Medida provisória e tema processual. B) Poder Judiciário: limite cronológico ao desempenho de cargos de direção de integrantes de tribunal. C) Normas sobre remuneração de agentes públicos – reserva legal. D) Direito de greve de servidor público ainda em estágio probatório. E) Renúncia a mandato – abu-

---

\* Este estudo é dedicado a Guiomar Feitosa Mendes, recentemente aposentada, que, por longos anos, contribuiu com o seu talento para os serviços jurídicos do STF, onde deixou a inolvidável marca do serviço público prestado de modo responsável, probo e eficiente.

\*\* Doutor em Direito (UnB). Mestre em Direito (Universidade de Essex). Professor e Coordenador do Mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP. Professor da Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Membro do MPF.

so de direito. Competência para julgar parlamentar federal. F) Legitimidade de investigações de fatos em tese criminosos pelo Ministério Público. G) Recurso do assistente de acusação quando o Ministério Público não apela de sentença penal absolutória. H) Responsabilidade do Estado por dívidas trabalhistas de empresas contratadas para realizar serviços para a Administração.—5. CONCLUSÃO.

As medidas processuais e constitucionais de racionalização dos recursos e processos no Supremo Tribunal Federal produziram resultados apreciáveis no correr de 2010. Enquanto em 2007 foram distribuídos 106.128 processos (numa média de 804 processos/mês para cada Ministro da Corte), em 2010 esses números decresceram consideravelmente. Foram distribuídos 41.098 feitos, numa média de 311 processos por mês para cada Ministro. As duas Turmas e o Plenário proferiram, ao longo do ano, 11.219 decisões e computaram-se 92.472 decisões monocráticas. Foram publicados, no período, 10.820 acórdãos<sup>1</sup>.

A implementação do instituto da repercussão geral é a grande responsável por essa concentração de esforços no que é essencial a uma Corte constitucional. Por meio da repercussão geral restringe-se a entrada no Supremo Tribunal Federal apenas a questões que transcendam o interesse das partes e que encontrem eco numa expectativa geral da sociedade em torno da definição de um ponto de direito.

A variedade de temas de interesse geral pode ser aquilatada pelos diversificados assuntos que foram resolvidos pelo STF ao longo de 2010.

O Tribunal continuou a editar súmulas vinculantes, outro meio que prestigia a eficácia das deliberações da Corte e que tende a reduzir o ingresso de casos repetidos nas pautas de julgamento.

As súmulas vinculantes foram criadas pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e permitem que o STF fixe, em uma fórmula sintética, a sua inteligência sobre um comando normativo. As súmulas são estabelecidas a partir de julgamentos reiterados num mesmo sentido e, uma vez publicadas na imprensa oficial, tornam-se de observância necessária, não apenas para os demais órgãos do Judiciário como também para a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal — nisso consistindo o significado do adjetivo «vinculante» que se liga a essas súmulas de julgados.

---

<sup>1</sup> Números constantes do Relatório do Presidente do Supremo Tribunal Federal relativo ao ano 2010 (<http://www.stf.jus.br/05E2D506-229E-42C7-AF85-1C7845D4FCF4/FinalDownload/DownloadId-4282E9E4D57BC7CE8A91F54A3F6BC99F/05E2D506-229E-42C7-AF85-1C7845D4FCF4/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/Relatorio2010.pdf> (acesso em 13.6.2011)).

## 1. NOVAS SÚMULAS VINCULANTES

Em alguns precedentes relativamente recentes, o STF definiu que os tratados sobre direitos humanos, no Brasil, não têm força de norma constitucional, mas ocupam patamar hierárquico supralegal. Com isso, entendeu-se que o Pacto de San José da Costa Rica, que institui o sistema de proteção de direitos humanos nas Américas e que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro em 1992, prevalece sobre o que dispõe o Código Civil, que é dez anos mais novo. O Código Civil admite a prisão civil por dívida do depositário infiel, ao passo que apenas a inadimplência injustificável de pensão alimentícia é contemplada como caso de prisão civil pelo Tratado. O STF declarou que, nesse panorama, mesmo sendo o Código Civil diploma mais recente, cede ao Pacto de San José a regência do problema. Em 2010, afinal, essa inteligência se cristalizou na Súmula Vinculante n. 25, que diz: «é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito».

Outras súmulas foram editadas, dispondo sobre regime de cumprimento de pena por condenados por crimes hediondos, disputa de competências entre a Justiça Federal e a Justiça dos Estados-membros e sobre questões específicas envolvendo incidência de alguns impostos. Merece, afinal, realce a Súmula Vinculante n. 28, que explicita ser contrário ao princípio constitucional do amplo acesso ao Judiciário que se exija do autor de uma demanda contra o Fisco o depósito prévio da quantia que dele é cobrada pela Receita e que é o objeto, justamente, do inconformismo do contribuinte. A Súmula Vinculante está vertida nestes termos: «é inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretende discutir a exigibilidade de crédito tributário».

## 2. PROCESSOS COM TEMAS DE REPERCUSSÃO GERAL JULGADOS EM 2010

Vários tópicos que costumam se repetir nas pautas de julgamento do STF e de outros tribunais da Federação foram resolvidos pelo Supremo Tribunal segundo o rito da repercussão geral. Por esse procedimento, o STF não tem que repetir o mesmo julgamento em inúmeros processos vindos de todo o país. Basta que resolva um feito para que os 27 tribunais de justiça do Brasil e os 5 Tribunais Regionais Federais, eles próprios, diante de recurso para o STF da parte sucumbente, ajustem o seu anterior julgado à interpretação da mesma questão formulada pelo mais alto Tribunal.

Entre outros temas enfrentados, sob esse rito, sobreleva a interpretação que o STF conferiu à obrigação que a Constituição Federal impõe ao juiz de fundamentar todas as suas decisões. Esclareceu-se que se mantinha

firme a jurisprudência da Corte no sentido de que nesse dever não se contém a obrigação de analisar ponto-por-ponto todos os argumentos da parte, desde que a solução encontrada, por si, sirva de resposta para as críticas que a parte suscitou. No AI 791.292 QO, DJe 12.8.2010, o Ministro Gilmar Mendes esclareceu que «o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão». Assim, o dever de fundamentar não fica afrontado porque o juiz deu uma solução estimada errada. Ele estará atendido se o juiz der alguma resposta para o problema proposto.

Outra polêmica já resolvida pela jurisprudência da Corte, a cuja solução o sistema da repercussão geral empresta maior latitude de efeitos, diz com a possibilidade de haver testes psicotécnicos em concursos públicos. A resistência a esses testes, capazes de excluir candidatos de certames públicos abertos para a disputa pelo provimento de cargos no serviço público, era motivada pelo desconforto com a vasta margem de discricionariedade que abrem para os aplicadores dos testes e pela freqüente falta de exposição dos critérios utilizados nos casos de reprovação. Por outro lado, a experiência também revela que o êxito em provas intelectuais não garante a adequação do candidato a peculiaridades e exigências de determinados cargos, que demandam um perfil psicológico próprio (pense-se, por exemplo, nos casos de policiais).

O STF voltou a afirmar que os testes psicotécnicos são possíveis, mas apenas nos casos em que uma lei cobrar, para um dado cargo específico, uma tal etapa no processo de seleção. Além disso, os testes devem seguir critérios objetivos, capazes de se submeter a escrutínio judicial. Reafirmou-se a vigência da Súmula (não-vinculante<sup>2</sup>) n. 686. No AI 758.533 QO (DJe 12.8.2010), o Ministro Gilmar Mendes, relator, esclareceu:

«Antiga é a jurisprudência desta Corte no sentido de que a exigência de avaliação psicológica ou teste psicotécnico, como requisito ou condição necessária ao acesso a determinados cargos públicos de carreira, somente é possível, nos termos da Constituição Federal, se houver lei em sentido material (ato emanado do Poder Legislativo) que expressamente a autorize, além de previsão no edital do certame. Ademais, o exame psicotécnico necessita de um grau mínimo de objetividade e de publicidade dos atos em que se procede. A inexistência desses requisitos torna o ato ilegítimo, por não possibilitar o

<sup>2</sup> Antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, o Supremo Tribunal Federal também editava súmulas, que eram, contudo, apenas compêndios de máximas de julgamentos, dados à notícia do público em geral, para que conhecesse a posição do Tribunal, sem gerar obrigação de serem seguidas.

acesso à tutela jurisdicional para a verificação de lesão de direito individual».

Em outra oportunidade, no RE 562276 (rel. a Ministra Ellen Gracie, DJe 10.2.2011), também em caso de repercussão geral, o STF afirmou, exercendo controle incidental, a inconstitucionalidade de lei de 1993 (art. 13 da Lei n.º 8.620), no ponto em que estabelecia a responsabilidade solidária de sócios de empresas limitadas, com os seus bens pessoais, pelas dívidas da pessoa jurídica para com instituições de seguridade social.

Além de flagrar inconstitucionalidade formal, o STF afirmou que a norma feria o princípio da razoabilidade e atentava contra a liberdade de iniciativa (arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição).

A sociedade limitada se caracteriza, exatamente, pelo fato de os seus sócios não responderem pelas obrigações da empresa, senão na medida necessária para compor o capital social. O terceiro, o estranho à relação tributária, somente pode ser responsabilizado perante a administração fiscal, se descumprir algum dever de colaboração com ela. O Código Tributário Nacional atribui essa responsabilidade apenas ao sócio-administrador da sociedade, «o que resguarda a pessoalidade entre o ilícito (má gestão ou representação) e a consequência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade», nas palavras da relatora do caso. Ao se impor ao mero sócio-cotista a responsabilidade pessoal pelas dívidas previdenciárias da empresa limitada, viu o STF hostilidade à Constituição, já que «não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor descon sideração *ex lege* e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada».

### 3. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como é comum em constituições que incorporam valores morais ao seu conteúdo, o Supremo Tribunal Federal frequentemente resolve disputas de interpretação de normas constitucionais que ingressam no domínio das avaliações políticas e das eleições de pautas axiológicas. Esse exercício, que a Corte tem desenvolvido com crescente desinibição, tem motivado reflexões sobre o fenômeno cunhado como ativismo judicial, como ocorre em tantas jurisdicionais constitucionais de Estados democráticos. Repara-se que o Supremo tem sido levado a debater temas que não encontraram enfrentamento direto e imediato em sede parlamentar, por motivos que se confundem com as divisões político-partidárias e se debitam aos inevitáveis custos eleitorais que acarretam. Por vezes, o Supremo é visto

como a última instância de reivindicações e disputas políticas. Alguns dos assuntos que animaram decisões do STF em 2010 refletem essa realidade, como se verá.

#### A) Anistia política de 1979

Julgamento que produziu grande repercussão debateu tema que também agitou, ainda que em outros termos, a opinião pública de países vizinhos, igualmente marcados pelos rigores dos regimes políticos de exceção nos anos 1960-1970. Cuidou-se de aferir a validade da lei de anistia, editada nos momentos finais do período de maior repressão política.

Na ADPF 153 (DJe 6.8.2010, rel. o Ministro Eros Grau), o STF decidiu que a Lei de Anistia de 1979 fora recebida pela Constituição de 1988. Afirmou que não se tratava de uma mera auto-anistia, ostentando, antes, caráter bilateral, já que os crimes por ela alcançados (movidos por propósitos políticos) abrangeram também os cometidos pelos que lutavam contra as forças estatais. A Corte situou a lei atacada no contexto das suas coordenadas históricas. Recordou, citando personalidades de envergadura moral da época, adversários do regime militar, que a anistia bilateral era tida como indispensável para que a transição política para a democracia prosseguisse. O relator, ele mesmo tendo sido preso e sofrido maus-tratos à época, citou outro jurista perseguido naqueles tempos difíceis, e que, mais adiante, chegou à Presidência da Suprema Corte, Ministro Sepúlveda Pertence, em manifestação, no momento de mobilização em prol da anistia ampla em 1979, quando sustentara:

Nem a repulsa que nos merece a tortura impede reconhecer que toda a amplitude que for emprestada ao esquecimento penal desse período negro de nossa História poderá contribuir para o desarmamento geral, desejável como passo adiante no caminho da democracia».

No precedente, o relator igualmente salientou que a lei de anistia de 1979 era diploma de efeitos concretos, que se exauriram tão logo editada. Rejeitou a possibilidade de confrontar a lei com a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, vigente desde 1987, ou com o preceito da Constituição de 1988, que torna a tortura crime insuscetível de anistia. Esses atos normativos, ressaltou o relator, «não alcançam, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas».

A Lei de Anistia brasileira sobreviveu, assim, à censura judiciária.

## B) Eleições, humor e liberdade de expressão

Em ano eleitoral, não surpreende que problemas jurídico-constitucionais tenham sido suscitados em 2010 em torno do processo do sufrágio.

Um dos casos mais relevantes foi apreciado em 2 de setembro de 2010, quando o Plenário referendou liminar concedida para suspender a vigência de dispositivos de lei que proibiam a utilização, pelos meios de comunicação, de recursos técnicos de editoração para produzir humor com imagens e palavras de candidatos em eleições, lançando-os em situações de ridículo. Afirmou-se também inconstitucional o veto a que emissoras de rádio e TV criticassem ou aplaudissem idéias de candidatos<sup>3</sup>. Proclamou-se que a liberdade de informação jornalística engloba a livre manifestação de pensamento e o livre acesso a informações. Foi observado que, especialmente durante o curso do processo eleitoral, essa liberdade deve ser mais intensamente encarecida, podendo abrigar mesmo opiniões contundentes pelos meios de comunicação social, dado o máximo interesse dos cidadãos em colher dados e opiniões sobre aqueles que o representarão nos órgãos dos Poderes Públicos.

## C) Eleições e comprovação da condição de eleitor

A um par de dias das eleições gerais para as chefias do Executivo e dos integrantes do Legislativo das três esferas da Federação (União, Estados-membros e Municípios), o Supremo Tribunal Federal enfrentou arguição de inconstitucionalidade de norma que estipulava que, «no momento da votação, além da exibição do respectivo título, o eleitor deverá apresentar documento de identificação com fotografia».

O título de eleitor, no Brasil, não apresenta fotografia. Foi o intuito de prevenir fraudes que levou o legislador a determinar que além do título de eleitor, o cidadão, no momento do voto, apresentasse documento oficial

---

<sup>3</sup> O dispositivo da Lei n.º 9.504/97 tinha esta redação: («Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: (...) II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito; III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes; (...) § 4º Entende-se por trucagem todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação. § 5º Entende-se por montagem toda e qualquer junção de registros de áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação.»

com imagem. Na ADI 4.467 MC (julgado em 30/09/2010, DJe 1.6.2011, relatora a Ministra Ellen Gracie), o STF enfrentou a arguição de que, para o exercício do direito de voto, basta a apresentação do documento com foto, sendo a exigência de apresentação concomitante do título de eleitor uma superfetação. A motivar a provocação do STF estava o receio de certos partidos de que parte dos seus apoiadores não dispusessem desse título de eleitor, utilizado poucas vezes na vida cotidiana.

A relatora reconheceu:

Infelizmente, sabemos todos a facilidade com que tem se mostrado possível a utilização do título eleitoral de outrem, com a falsificação da assinatura nele aposta.

Entendeu, contudo, não-consentâneo com o princípio da razoabilidade exigir do cidadão que porte tanto o título de eleitor como o documento com fotografia — necessário este para provar ser ele quem se encontra na lista de eleitores existente no local de votação. Disse a relatora:

Não se mostra cabível, dessa maneira, interpretação que torne o caput do art. 91-A da Lei 9.504/97, inserido pela Lei 12.034/2009, impedimento ao voto do eleitor que, embora se encontre apto a prestar identificação mediante a apresentação de documento oficial com fotografia, não esteja naquele momento portando seu título. Essa orientação, ao que me parece nessa análise prefacial, revela-se ofensiva ao princípio da razoabilidade, pois impõe exigência desmedida que se afasta da finalidade que a norma buscou alcançar. Conforme asseverado pelo eminente Ministro Celso de Mello, «todos os atos do Poder Público estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de padrões mínimos de razoabilidade», que, por isso mesmo, «qualifica-se como parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais» (ADI 2.667-MC, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 12.3.2004).

Concluiu que «somente a ausência de documento oficial de identidade com foto trará obstáculo ao exercício do direito de voto pelo cidadão-eleitor».

A maioria da Corte seguiu o voto da relatora.

D) Ainda no âmbito da política: pode um governador ser preso sem prévia licença do Poder Legislativo do seu Estado?

A jurisprudência do STF se firmou no sentido de que as regras da Constituição Federal que tornam o Presidente da República imune a processo penal, por fato estranho ao exercício do mandato, enquanto estiver



no seu desempenho, bem como a que o torna insuscetível de prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória (art. 86, §§ 3º e 4º da CF), não podem ser estendidas pelas constituições estaduais aos respectivos chefes do Executivo. O constituinte federal teria objetivado preservar o representante do Estado brasileiro no cenário das nações, daí a impossibilidade de o governador do Estado fruir da mesma garantia. Por outro lado, como o recebimento da denúncia criminal contra o Governador importa o seu afastamento da chefia do Executivo, a Corte construiu a inteligência de que, nesse caso, o início do processo penal depende de uma autorização de órgão com representação democrática, para que o Judiciário não venha a frustrar a manifestação direta da vontade do povo local ao sufragar o nome do governador da unidade da Federação. Daí, o entendimento, que não resulta de um texto explícito da Constituição, no sentido de se condicionar o início do processo penal contra o Governador, em qualquer crime que lhe seja atribuído, à anuência da Assembléia Legislativa.

No HC 102.732 (DJe 7.5.2010, rel. o Ministro Marco Aurélio), o Plenário da Corte se defrontou com uma questão correlata, que ainda não havia enfrentado: pode o governador sofrer decreto de prisão processual?

No caso, que teve uma grande divulgação na imprensa nacional, o Governador do Distrito Federal fora preso cautelarmente, sob o fundamento de que teria interferido na coleta de provas em procedimento criminal em que constava como investigado. O Tribunal entendeu que era possível essa prisão cautelar. O relator argumentou:

Porque declarada inconstitucional pelo Supremo — Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.024-4/DF, Relator Ministro Celso de Mello —, não subsiste a regra normativa segundo a qual a prisão do Governador pressupõe sentença condenatória.

A regra da prévia licença da Casa Legislativa como condição da procedibilidade para deliberar-se sobre o recebimento da denúncia não se irradia a ponto de apanhar prática de ato judicial diverso como é o referente à prisão preventiva na fase de inquérito.

No precedente também se apreciou uma outra questão, surgida em torno da garantia do devido processo legal. No STF, o julgamento de um *habeas corpus* inicia-se com o relatório do Ministro a quem incumbe analisar o feito em primeira mão. Em seguida, ouvem-se as sustentações orais; afinal, o relator profere o seu voto e os demais ministros fazem o mesmo. Ocorre que, mesmo nesses casos, o Procurador-Geral da República sempre fala, a título de sustentação oral, depois da defesa, mesmo que a ação impugnada pelo *habeas corpus* tenha sido proposta pelo Ministério Público Federal que ele chefia. Nesse precedente, essa prática foi questionada, ao argumento de que seria contrário ao devido processo legal e ao direito

de defesa que o último argumento ouvido fosse o da acusação. Por maioria, o Tribunal afirmou que o Ministério Público Federal deve mesmo falar por último, até porque, se o ato impugnado foi praticado por ele ou a seu pedido, é ele quem está na posição de se defender de um ataque.

#### E) Princípio republicano, normalidade democrática e intervenção federal

A mesma prisão do Governador e as acusações de malversação de recursos públicos por autoridades do Executivo e do Legislativo provocaram uma inédita crise política no Distrito Federal. O quadro de estupefação criado com a revelação de fatos denotadores de uma alastrada crise ética levou a que o Procurador-Geral da República ajuizasse, no Supremo Tribunal Federal, uma ação para fins interventivos no Distrito Federal. O precedente é interessante por reagrupar a doutrina sobre a intervenção federal, os meios para a sua implementação, o seu objetivo e os seus pressupostos.

Esse pedido de intervenção (IF 5.179, relatado pelo Presidente Cezar Peluso no Plenário em 30.6.2010, DJe 7.10.2010) cogitava de uma crise institucional, que punha em risco grave o correto funcionamento do Executivo e Legislativo locais, ensejando instabilidade da ordem constitucional. Estaria configurada a hostilidade aos princípios constitucionais sensíveis da forma republicana, do sistema representativo e do regime democrático.

É interessante notar que, antes do julgamento em Plenário, o Ministro Gilmar Mendes, quando ainda presidia a Corte, determinara que o Procurador-Geral da República aditasse o pedido, para esclarecer as providências concretas que pretendia que fossem tomadas e o prazo da sua duração. A exigência foi formulada — e, afinal atendida — porque essas especificações «não cabem apenas ao Presidente da República, mas a todos os participantes do processo». Esses pormenores foram tidos como indispensáveis, ainda, segundo o Ministro Peluso, citando e seguindo obra doutrinária do Ministro Gilmar Mendes, porquanto «o processo da representação interventiva é tipicamente subjetivo, porque resulta, em tese, do conflito federativo ‘relacionado aos direitos e deveres da União e dos Estados-membros, e, por isso, há de assumir perfil inequivocamente contraditório, assegurando-se às partes plena igualdade de oportunidade de demonstrar a correção dos entendimentos perfilhados».

Se o requisito da demonstração de um conjunto de fatos incompatíveis com os princípios constitucionais da República estavam retratados na inicial, um outro pressuposto, revelado no julgamento, não estava atendido para que o pleito fosse acolhido. Disse o Tribunal que a «eventual procedência do pedido de representação interventiva depende da prova da continuidade da ‘crise’ institucional tal como descrita e comprovada pelo Pro-

curador-Geral da República no momento da sua propositura». A Corte, então, apontou que desde que os escândalos vieram à tona, pouco mais de seis meses antes do julgamento do pedido de intervenção, «houve atuação diligente e efetiva das instituições públicas e dos Poderes constituídos, no sentido de apurar os fatos e responsabilizar os envolvidos no esquema de corrupção, com o intuito de restabelecer a normalidade institucional do ente federado», tendo o Governador sofrido a cassação do seu mandato e ocorrido a renúncia do Vice-Governador.

O cenário assim caracterizado fez o Ministro Gilmar Mendes, no seu voto-vogal, recordar que uma das mais profícuas funções da propositura da ação interventiva está, precisamente, em animar a unidade federada a ajustar-se aos seus deveres constitucionais, prevenindo, assim, que a intervenção — sempre uma medida extraordinária e traumática — se concretize. Disse o Ministro Gilmar Mendes:

Lembro-me de que o Professor Themístocles Cavalcanti, nosso antigo Colega, chamava [a representação interventiva] de a representação para evitar a intervenção. Foi pensada inicialmente como um instrumento de judicialização para, tanto quanto possível, evitar a intervenção. E, neste caso, estamos a ver que a iniciativa do Procurador-Geral deflagrou iniciativas, permitiu que houvesse iniciativas institucionais normais que superassem o quadro [de anormalidades].

O pedido de intervenção, conquanto julgado improcedente, atingiu a finalidade a que se propugnava.

#### F) Direitos fundamentais e cláusula pétrea

A Constituição de 1988 tem sido objeto de várias emendas ao longo dos seus pouco mais de 20 anos de vigência. Até o final do ano de 2010, houve 67 emendas, fora as seis emendas de revisão de 1994. Trata-se de uma Carta analítica, que desce a detalhes sobre os inúmeros temas que abrange, o que propicia, decerto, a inclinação pelas atualizações mais frequentes. As emendas não fogem ao padrão do constituinte originário e também são minuciosas nos seus preceitos<sup>4</sup>. Não raro, tornam-se objeto de arguições de inconstitucionalidade perante o STF, ao argumento de que ferem algum limite material imposto ao constituinte de reforma no art. 60, § 4º, da Constituição (cláusulas pétreas).

---

<sup>4</sup> Serve de exemplo disso o assunto tipicamente de direito processual civil e de reduzida importância institucional de que o constituinte tratou na Emenda n. 45/2004, ao estatuir que os servidores de varas da Justiça «receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório».

Na ADI MC 2.356 (julgada em 25.11.2010 e publicada no DJe 19.5.2011, relator o Ministro Ayres Britto), o Tribunal tornou a declarar a inconstitucionalidade de preceitos editados pelo poder constituinte derivado (de reforma).

A ação cuidava de alterações produzidas por Emenda à Constituição sobre a sistemática dos precatórios.

Os precatórios são a forma pela qual, no Brasil, se satisfazem os créditos contra a Fazenda Pública decorrentes da sucumbência de pessoas jurídicas de direito público em processos judiciais.

O acórdão realiza um recenseamento histórico das vicissitudes do pagamento pelo Estado do que deve ao cidadão em virtude de sentença condenatória. Anotou-se que até a Constituição de 1934 o sistema era errático e ensejador de favoritismos, quando, então, definiu-se que os pagamentos deveriam ser efetuados na ordem de apresentação dos precatórios, à conta dos créditos respectivos, sem designação da pessoa do credor. Na evolução do instituto, em 1967, buscou-se coibir o comportamento protelatório da Fazenda Pública, obrigando as pessoas jurídicas de direito público a incluir no seu orçamento a previsão da quantia necessária para satisfazer os pagamentos de verbas fixadas em condenação, requisitadas pelo Judiciário até o dia 1º de julho de cada ano. A Constituição de 1988 adotou o sistema e instituiu o final do exercício financeiro seguinte como termo derradeiro do prazo para o pagamento do débito. Esses precatórios são enumerados e atendidos em ordem crescente.

Em 2000, a Emenda Constitucional n.º 30 alterou esse mecanismo e previu um parcelamento por dez anos do pagamento dos valores de precatório pendentes na data da promulgação da mesma Emenda e dos que decorressem de ações ajuizadas até 31 de dezembro de 1999.

Essa deliberação foi proclamada inconstitucional, por ferir a cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV, da CF). O relator originário, Ministro Néri da Silveira, assentou:

Penso que, em situação como essa, a alteração do sistema da Constituição, em ordem a que a Fazenda Pública devedora possa pagar esses ‘precatórios pendentes’ em ‘prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos’, fere não só o direito adquirido, resultante da norma constitucional do art. 100 e §1º, na redação original, do beneficiário do precatório, como desrespeita, imediatamente, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Os precatórios em alusão extraíram-se no regime de pagamento previsto para o exercício seguinte ao de sua apresentação até 1º de julho. Essa situação jurídica está definida, por força da Constituição, com inequívoco benefício do titular do direito ao pagamento pela Fazenda Pública, por força de decisão judicial transitada em julgado.

Viu-se, ainda, hostilidade ao direito fundamental a tratamento isonômico, já que, nas palavras do mesmo Ministro, «não há pertinência lógica entre a grave discriminação estabelecida entre o pagamento dos precatórios resultantes de ações iniciais ajuizadas até 31.12.1999 e as aforadas imediatamente após, todas anteriores à Emenda 30, de setembro de 2000, em ordem a que tenham, ao longo do decênio, tratamento tão díspare».

O Ministro relator designado (por força da aposentadoria do anterior) distinguiu os poderes constituintes originário e derivado<sup>5</sup> e respondeu negativamente à pergunta subjacente ao problema proposto, sobre ser possível uma Emenda distender o prazo de precatórios. «(...) Não chega a tanto — afirmou — a força normativa das emendas à Constituição. Há cláusulas pétreas em jogo, imbricadas com o fato desse comentado prestígio da Constituição às ordens judiciais, ao direito de propriedade, ao acesso à Justiça e à coisa julgada». O julgado pode ser resumido nesta frase que o relator designado pôs na ementa:

As normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas.

O caso é interessante por firmar a tese — que abriu certa disceptação na doutrina — de que é possível argüir direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada contra Emenda que os desmereça.

### G) Sigilos e direitos fundamentais

Tema que periodicamente retorna à apreciação do STF diz respeito à extensão da garantia da privacidade no que tange à proteção de dados tidos como sigilosos.

Em 2010, dois precedentes do Plenário da Corte estabeleceram importantes teses nesse domínio temático.

No Inq AgR 2.593 (DJe 15.2.2011, relator o Ministro Ricardo Lewandowski), decidiu-se que à polícia não é legítimo compartilhar informações, obtidas por meio de quebra de sigilo bancário em inquérito policial, com a Receita Federal, para que o fisco apure aspectos da vida tributária do

---

<sup>5</sup> São suas estas palavras, «o Poder Constituinte [originário] é o poder de tudo poder, e, mais, é o poder de impedir que outro poder, que não ele, tudo possa. O Poder Constituinte não tem compromisso com a normatividade jurídica anterior, nem mesmo com aquelas normas gerais veiculadoras de direitos subjetivos, o aquelas normas individuais, como os atos jurídicos perfeitos, como a própria coisa julgada; nada resiste ao poder demolidor da Assembleia Constituinte».

investigado que nada têm a ver com o delito de que é suspeito e que ensejou a obtenção das informações bancárias<sup>6</sup>.

Outro importante acórdão foi proferido no Plenário, quando do julgamento do RE 389.908, relator o Ministro Marco Aurélio, em 15.12.2010 (DJe 10.5.2011). Afirmou-se a inconstitucionalidade de leis de 1996 e de 2001, que permitiam o acesso da Receita Federal diretamente às movimentações bancárias de contribuintes. O assunto há muito que esperava a palavra do STF, que assumiu a linha de entendimento de que, em regra, as pretensões estatais de quebra de sigilos estão subordinadas ao prévio crivo do Judiciário.

A autorização judicial é indispensável, segundo o relator, «para resguardar o cidadão de atos extravagantes que possam, de alguma forma, alcançá-lo na dignidade». Para o relator, a legislação admitir o acesso direto de dados bancários do cidadão pelo Fisco «banaliza o que a Constituição Federal quer protegido — a privacidade do cidadão, irmã gêmea da dignidade a ele assegurada mediante princípios explícitos e implícitos».

Nessa mesma linha, o Ministro Celso de Mello justificou a reserva de jurisdição, diante da evidência de que «os órgãos estatais da administração tributária não guardam, em relação ao contribuinte, posição de equidistância nem dispõem do atributo (apenas inerente à jurisdição) da terzietà, o que põe em destaque o sentido tutelar da cláusula inscrita no § 1º do art. 145 da nossa Lei Fundamental»<sup>7</sup>. Esse último dispositivo estabelece que a administração tributária pode identificar «o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte», mas o deve fazer «respeitados os direitos individuais». Daí a necessidade da intermediação tutelar do Judiciário. O Ministro Gilmar Mendes esclareceu que não se estava impedindo o acesso da Receita aos dados bancários dos contribuintes, mas que se tratava «simplesmente de exigir que, tendo em vista o valor (...) dos direitos fundamentais, haja a observância do princípio da reserva de jurisdição».

---

<sup>6</sup> Consta da ementa: Não é cabível, em sede de inquérito, encaminhar à Receita Federal informações bancárias obtidas por meio de requisição judicial quando o delito investigado for de natureza diversa daquele apurado pelo fisco.

<sup>7</sup> Em voto vogal, o Ministro Celso de Mello sustentou que a função tutelar do Judiciário no domínio tributário se orienta a «neutralizar eventuais abusos das entidades governamentais [que possam culminar] por asfixiar, arbitrariamente, o sujeito passivo da obrigação tributária, inviabilizando-lhe, injustamente, (...) a prática de garantias legais e constitucionais de que é legítimo titular, fazendo instaurar, assim, situação que só faz conferir permanente atualidade ao 'dictum' do Justice Oliver Wendell Holmes Jr 'the power to tax is not the power to destroy while this Court sits', proferidas, ainda que como 'dissenting opinion' no julgamento, em 1928, do caso *Panhandle Oil Co. V. State of Mississippi Ex Rel. Knox*».

#### H) Segurança jurídica, dignidade da pessoa e tempo de análise de processo administrativo pelo Tribunal de Contas da União

No sistema brasileiro, o servidor público vinculado ao Poder Executivo se aposenta por ato da autoridade competente desse mesmo Poder. A aposentadoria produz efeitos desde quando o ato é publicado, mas o ato deve ser ainda registrado pelo Tribunal de Contas da União para se aperfeiçoar. Se o TCU flagrar algum vício no processo, a aposentadoria deve ser suspensa.

No MS 25.116, relator o Ministro Ayres Britto (julgado em Plenário no dia 8 de setembro de 2010 — DJe 10.2.2011), o STF enfrentou situação de servidor que havia sido aposentado há quase 6 anos, quando o TCU, analisando o seu processo, sem ouvi-lo, entendeu que havia sido computado certo tempo de serviço impropriamente, recusou-se, então, a efetuar o registro e determinou a volta ao trabalho pelo tempo que estimou faltante para a inativação.

Em outros precedentes, em situações semelhantes, o STF vinha entendendo que o TCU não é obrigado a chamar o aposentado para se manifestar sobre o efetivo preenchimento de requisitos da aposentadoria concedida inicialmente pela Administração, já que o ato de registro da aposentadoria apenas seria a última fase do ato complexo da concessão do benefício<sup>8</sup>. A necessidade de abrir-se o contraditório e a ampla defesa surgiria em outros casos — quando, depois de aperfeiçoado o ato de aposentação (depois, portanto, de o TCU haver julgado legal a inativação), surge alguma causa de cassação da aposentadoria.

A importância do mandado de segurança julgado em 2010 está em que, por força da invocação de direitos fundamentais sobre a espécie, o STF deliberou que, também quando se cuida de apreciação de requisitos para o registro da aposentadoria, se houver o transcurso de um período longo de tempo, a recusa ao aperfeiçoamento da inativação deve ser precedida da oitiva do interessado, reconhecendo-lhe todos os direitos de defesa. Isso porque o passar do tempo tenderia a estabilizar a situação firmada com o início da inatividade, gerando a confiança de que não haveria reversão do quadro então iniciado. Assentou-se que o julgamento do TCU não prescindiria de prévia oportunidade de ampla defesa do servidor que esteja sob o risco de perder a aposentadoria com que contava.

Outro problema que se punha estava em que, como não havia lei prevendo explicitamente o direito de defesa nesses casos, tampouco havia

---

<sup>8</sup> Nesse sentido, MS 25.440, julgado em 15.12.2005, MS 24.728, julgado em 3.8.2005, MS 24.997, DJ 1.4.2005, entre outros.

norma dispondo sobre que prazo corresponderia a um intervalo razoável de demora na apreciação da aposentadoria pelo TCU a tornar exigível a defesa.

Nesse ponto, o STF se valeu de uma construção jurisprudencial que o relator do precedente denominou de «método sistemático na sua mais dilargada dimensão».

O Tribunal repassou diversos dispositivos de lei e da Constituição que fixam prazo para atos de defesa do Estado-administração ou para o estabelecimento de prescrição ou decadência envolvendo os poderes públicos, ainda que em situações diferentes da dos autos. Concluiu que o sistema jurídico toma o prazo de 5 anos como limite máximo de demora admissível para atos da Administração que afetam interesses de terceiros. Assim, se entre o início da aposentadoria e o julgamento pelo TCU se passassem mais de 5 anos, a abertura de defesa para o antigo servidor se tornaria indispensável.

Do voto do relator, colhem-se algumas passagens expressivas dessa inteligência:

(...) Considerando o status constitucional do direito à segurança jurídica (art. 5º, caput), projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º) e elemento conceitual do Estado de Direito, tanto quanto levando em linha de consideração a lealdade como um dos conteúdos do princípio da moralidade administrativa (caput do art. 37), faz-se imperioso o reconhecimento de certas situações jurídicas subjetivas ante o Poder Público. Mormente quando tais situações se formalizam por ato de qualquer das instâncias administrativas desse Poder, como se dá com o ato formal de uma determinada aposentadoria.

Sobre o tema do tempo a ser computado, o relator assinalou:

Todo o Direito Positivo é permeado por essa preocupação com o tempo enquanto figura jurídica, para que sua prolongada passagem em aberto não opere como fator de séria instabilidade inter-subjetiva ou mesmo intergrupar.

Adiante, o relator afirmou que «do exame do Ordenamento Jurídico brasileiro em sua inteireza é possível concluir pela existência de uma norma que bem se aplica aos processos de contas» — justamente a norma do prazo dos cinco anos.

Afinal, a orientação da Suprema Corte passou a ser essa: «transcorrido *in albis* o interregno quinquenal, a contar da aposentadoria, é de se convocar os particulares para participarem do processo de seu interesse, a fim



de desfrutar das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º)»<sup>9</sup>.

#### I) Razoável duração dos processos

A demora no julgamento de processos também foi objeto de deliberação do STF em sede de *habeas corpus*. Diante da demora de um Tribunal Superior em julgar outro *habeas corpus*, o STF não apenas reconheceu a irregularidade, como, inovando a sua jurisprudência, fixou um prazo para que a outra Corte julgasse o feito (dez sessões, correspondendo, aproximadamente, a um mês). O caso foi apreciado no HC 102.923 em 22.6.2010, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

#### J) Eficácia dos direitos sociais – o direito à saúde e o dever do Estado de fornecer medicamentos de alto custo

Na STA AgR 175 (DJe 30.4.2010), o relator, Ministro Gilmar Mendes, enfrentou argumento de que decisão tomada em outro tribunal, determinando que a União custeasse medicamento de alto custo, atribuída a essa pessoa jurídica política o que não era da sua responsabilidade e invadia o âmbito de deliberação próprio do Poder Executivo, ao impor uma determinada política pública.

Uma jovem de 21 anos, sofrendo de uma rara doença neurodegenerativa (Niemann-Pick tipo C), havia recebido a prescrição de uso de um certo medicamento, o único que poderia aumentar a sua sobrevivência e melhorar a qualidade de vida. A prescrição fora emitida por um dos mais prestigiosos centros hospitalares do país. O problema estava em que o tratamento importaria custo elevadíssimo, de R\$ 52.000,00 por mês (aprox. US\$ 32.500), que a família não tinha como suportar.

Para o STF, a União não poderia se omitir no dever de fornecer o medicamento. Isso porque há uma obrigação solidária da União, dos Estados-membros e dos Municípios em atender as pretensões de tratamento clínico e medicamental dos cidadãos necessitados de serviços de saúde. A solidariedade foi deduzida da norma de repartição de competências mate-

<sup>9</sup> Concordando com o relator, o Ministro Gilmar Mendes, em voto substancioso de adesão, afirmou: «é preciso também levar em conta que, muitas vezes, o lapso temporal transcorrido entre as manifestações de vontade dos órgãos administrativos para a formação do ato complexo concessivo da aposentadoria ou pensão pode criar situações jurídicas dotadas de estabilidade e presunção de legalidade e legitimidade, uma vez que amparadas em decisão do próprio Poder Público. É nessas hipóteses em que incide o princípio da segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, no sentido de proteção das situações jurídicas criadas pelo Poder Público e estabilizadas pelo transcurso do tempo em que o próprio Poder Público ficou-se inerte».

riais entre os componentes da Federação disposta no art. 23, II, da Constituição Federal. Além disso, ao contrário do que ocorre em outras partes do mundo, o direito à saúde foi concebido pelo constituinte brasileiro como um direito subjetivo do cidadão, desde que observadas certas coordenadas, que foram declinadas no precedente.

O direito à saúde foi minudenciado pelo relator, Ministro Gilmar Mendes, dessa forma:

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) «direito de todos» e (2) «dever do Estado», (3) garantido mediante «políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos», (5) regido pelo princípio do «acesso universal e igualitário» (6) «às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação».

A intervenção do Judiciário, cobrando a prestação devida para a satisfação de pretensões nascidas desse direito, foi qualificada como legítima, na medida em que a Administração não cumpre os mandamentos constitucionais a respeito. O Judiciário não estaria, assim, criando políticas públicas, mas determinando a observância das que existem<sup>10</sup>. Com efeito, na visão do STF, «na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas».

O limite da atuação do Judiciário, segundo o STF, e em atenção aos limites do possível, estaria no «não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso». O Poder Judiciário tampouco poderia condenar o Estado ao fornecimento de medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), já que a política de saúde fixada normativamente exclui essa possibilidade<sup>11</sup>. Lembrou o relator que o «Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da «Medicina com base em evidências».

<sup>10</sup> Citou-se, nessa linha de orientação, o AgR-RE N. 271.286- 8/RS, Rel. Celso de Mello, DJ 12.09.2000.

<sup>11</sup> Assinalou-se, contudo, que «essa não é uma regra absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei n.º 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permite que ela dispense de «registro» medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.»

Ressaltou a Corte, porém, que comprovada a ineficácia do tratamento existente e acolhido pelo Sistema estatal, diante de peculiaridades do próprio organismo do paciente, o Judiciário ou a Administração podem «decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa». Os protocolos clínicos do SUS devem ser atualizados periodicamente; a sua defasagem pode suscitar impugnação judicial – incumbindo o ônus da prova ao paciente.

Consolidadas essas premissas, que haverão de servir de parâmetro para a avaliação de tantos casos judiciais, o STF resolveu não desautorizar a medida cautelar que a jovem doente havia obtido nas instâncias ordinárias. No processo, havia provas suficientes do estado de saúde da paciente e da necessidade do medicamento específico que foi pleiteado. Afirmou-se, ademais, que «o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na ANVISA não é suficiente para impedir o seu fornecimento pelo Poder Público».

#### K) Direitos fundamentais e a atividade de persecução penal do Estado

Não é incomum que o Supremo Tribunal se detenha na análise de leis e procedimentos no campo do direito repressivo, com vistas a estabelecer os exatos limites que o sistema de direitos fundamentais impõe à pretensão de punir do Estado. Na maioria das vezes, a influência dos direitos fundamentais ocorre no plano do processo penal, o que não impede que, em outras tantas, aspectos materiais de direito penal sejam iluminados nos seus exatos contornos por normas jusfundamentais interpretadas pela Corte.

#### L) Tóxicos, abolitio criminis e retroatividade da lei penal mais benéfica.

A Constituição, no art. 5º, XL<sup>12</sup>, estatui como garantia fundamental a retroatividade da lei penal mais benéfica para o réu. Esse princípio resultou na declaração de que o tráfico de lança-perfume deixou de ser crime em 7 de dezembro de 2000, voltando a ser assim punido, porém, em 15.12.2000.

No Brasil, o tipo penal do tráfico de entorpecentes é norma penal em branco e demanda a complementação por ato do Executivo que defina as substâncias que são consideradas capazes de determinar a dependência física ou psíquica do usuário. Esse ato está a cargo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária — ANVISA.

Em 7 de dezembro de 2000, o Diretor-Presidente da ANVISA editou Resolução que excluía o cloreto de etila (lança-perfume) da lista das dro-

<sup>12</sup> «A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu»

gas proscritas. O ato foi editado *ad referendum* do colegiado da Diretoria da Agência, que dias depois não a referendou. Uma semana mais tarde, outra resolução tornava a situar o lança-perfume como substância ilícita.

Houve alguma celeuma entre os tribunais sobre a validade do primeiro ato da ANVISA. O STF resolveu a polêmica, entendendo que aquela resolução fora editada por autoridade competente e que a circunstância de não haver sido referendada não a tornava sem efeitos desde quando editada. No tópico, o Ministro relator do HC 94.397, julgado pela 2ª Turma do STF em 6 de março de 2010 (DJe 23.4.2010), Ministro Cezar Peluso, esclareceu:

Não se trata, aqui, de ato administrativo complexo, em que a manifestação de dois ou mais órgãos lhe integre a formação, de sorte que seu aperfeiçoamento dependa de todas as manifestações. O ato administrativo *ad referendum*, neste caso, é ato simples, decorrente da vontade de um único órgão — a Diretoria da ANVISA, representada, excepcionalmente, por seu Diretor-Presidente, mas precário, porque pode ser alterado ou revogado pelo órgão colegiado.

E, quanto à exequibilidade do ato, não se pode esquecer que o propósito da norma que confere ao diretor-presidente a competência para editar resoluções urgentes é, precisamente, assegurar-lhe a vigência imediata, nos casos em que aguardar a reunião do órgão colegiado lhes possa fulminar a utilidade. Daí que, sendo formalmente válida, a resolução editada pelo diretor-presidente produziu efeitos até a republicação, com texto absolutamente diverso, oito dias depois.

Nessa circunstâncias, a primeira resolução tornou penalmente indiferente o comércio de lança-perfume, a partir da sua vigência. Todos os fatos dessa ordem praticados antes dessa descriminalização se tornaram impuníveis. «Diante da disposição constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica — esclareceu o relator — há de se considerar extinta a punibilidade dos agentes que praticaram quaisquer daquelas condutas antes de 7.12.2000». O fato somente se tornou punível uma semana depois, com a nova resolução da ANVISA.

#### M) Relações sexuais mantidas sem precauções por quem sabe ser portador do vírus HIV

No HC 98.712, a Primeira Turma do STF, na sessão de 5.10.2010 (DJe 17.12.2010), teve que decidir se era correta a classificação como homicídio tentado do fato atribuído ao paciente. O agente, sabendo ser portador do vírus HIV e escondendo essa informação a duas parceiras, manteve com elas contato íntimo sem preservativo. Foi denunciado por tentativa de homicídio. Depois de debates em que foram apresentadas soluções do direito comparado para situações do gênero e se repassou a doutrina brasileira,

algo dividida a respeito, o STF entendeu que, não estando nítido o propósito de matar, não caberia enxergar, em tese, nos acontecimentos, o tipo de crime contra a vida, que atrairia a competência do júri. O STF determinou que o processo voltasse para vara criminal, a fim de se apurar eventual crime de perigo de contágio ou de lesão corporal qualificada pela enfermidade incurável.

#### N) Porte de droga em quartel militar e princípio da insignificância

Em 21.10.2010, o Plenário do STF resolveu em definitivo a questão de saber se o princípio da insignificância — de raiz justificadora constitucional — se aplica para desqualificar como crime o porte de droga em pequena quantidade por soldado em ambiente militar. O acórdão proferido no HC 103.684 (publicado no DJe de 13.4.2011, relator o Ministro Ayres Britto), entendeu que o princípio da insignificância, que tende a ser adotado em circunstâncias análogas na vida civil, não se justifica quando a cena do evento é militar, dados os princípios da hierarquia e da disciplina, estruturadores das Forças Armadas. No acórdão, formado por maioria de 6 a 4 ministros, ficou assentado:

A questão da posse de entorpecente por militar em recinto castrense não é de quantidade, nem mesmo do tipo de droga que se conseguiu apreender. O problema é de qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar. A tipologia de relação jurídica em ambiente castrense é incompatível com a figura da insignificância penal, pois, independentemente da quantidade ou mesmo da espécie de entorpecente sob a posse do agente, o certo é que não cabe distinguir entre adequação apenas formal e adequação real da conduta ao tipo penal incriminador. É de se pré-excluir, portanto, a conduta do paciente das coordenadas mentais que subjazem à própria tese da insignificância penal. Pré-exclusão que se impõe pela elementar consideração de que o uso de drogas e o dever militar são como água e óleo: não se misturam. Por discreto que seja o concreto efeito psicofísico da droga nessa ou naquela relação tipicamente militar, a disposição pessoal em si para manter o vício implica inafastável pecha de reprovabilidade cívico-funcional. Senão por afetar temerariamente a saúde do próprio usuário, mas pelo seu efeito danoso no moral da corporação e no próprio conceito social das Forças Armadas, que são instituições voltadas, entre outros explícitos fins, para a garantia da ordem democrática. Ordem democrática que é o princípio dos princípios da nossa Constituição Federal, na medida em que normada como a própria razão de ser da nossa República

Federativa, nela embutido o esquema da Tripartição dos Poderes e o modelo das Forças Armadas que se estruturam no âmbito da União. Saltando à evidência que as Forças Armadas brasileiras jamais poderão garantir a nossa ordem constitucional democrática (sempre por iniciativa de qualquer dos Poderes da República), se elas próprias não velarem pela sua peculiar ordem hierárquico-disciplinar interna. A hierarquia e a disciplina militares não operam como simples ou meros predicados institucionais das Forças Armadas brasileiras, mas, isto sim, como elementos conceituais e vigas basilares de todas elas. (...)Donde a impossibilidade de se mesclar esse regime penal comum e o regime penal especificamente castrense, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles, pena de incidência em postura hermenêutica tipificadora de hibridismo ou promiscuidade regratória incompatível com o princípio da especialidade das leis.

- O) Tráfico de drogas e proibição de se substituir pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. A garantia fundamental da individualização da pena

O STF vem extraindo da norma do art. 5º, XLVI, da Constituição, virtualidades de significativo impacto. Depois de afirmar que esse preceito da Lei Fundamental, que impõe a individualização da pena, é incompatível com a imposição legal em abstrato do regime fechado de cumprimento de pena para todo o período do castigo pelo cometimento de crime hediondo, uma nova dimensão desse direito fundamental foi assinalada no julgamento, em 1.9.2010, pelo Plenário, do HC 97.256 (DJe 16.12.2020, rel. o Ministro Ayres Britto).

No precedente, a garantia fundamental de que «a lei regulará a individualização da pena» foi vista como agredida quando o legislador vedou «a conversão em penas restritivas de direitos» da sanção devida por tráfico de entorpecentes. No resumo do acórdão, o relator deixou consignado o fundamento para conceder a ordem ao paciente, nestes termos:

«O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. No momento sen-

tencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

P) Tráfico, crime inafiançável, liberdade provisória e presunção de inocência

Em linha semelhante, a 2ª Turma entendeu que o fato de o crime ser considerado inafiançável não deve tornar impossível a concessão da liberdade provisória ao preso em flagrante, ante a garantia constitucional da presunção de inocência, que torna a prisão antes da condenação final sempre uma providência de exceção e de *ultima ratio*. Isto foi decidido no HC 97.579, rel. para o acórdão o Ministro Eros Grau, julgado em 02/02/2010 (DJe 14.5.2010). Restou assentado que:

A vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo artigo 44 da lei n. 11.343/06, consubstancia afronta escancarada aos princípios da presunção da inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana [arts. 1º, III, e 5º, LIV e LVII, da CB/88]. Daí a necessidade de adequação desses princípios à norma veiculada no artigo 5º, inciso XLII, da CB/88. A inafiançabilidade, por si só, não pode e não deve constituir-se em causa impeditiva da liberdade provisória.

Q) Persecução penal e denúncia anônima

O Plenário do STF teve a oportunidade de enfrentar, ainda que por uma das suas Turmas, o tema da possibilidade de se abrir um procedimento criminal com base em uma denúncia anônima.

Os que entendem ser isso inviável argumentam que a ordem constitucional repele o anonimato, quando, no art. 5º, IV, do Texto Magno, dispõe ser «livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato». Argüem que, a ser de outro modo, campearia o «denuncismo irresponsável», cujas vítimas não poderiam identificar a quem buscar a punição pela denúncia caluniosa.

Do outro lado da controvérsia, sustenta-se que do preceito sobre a liberdade de expressão não se colhe a proibição alegada. Haveria uma distinção a fazer entre manifestação de pensamento anônima, que é vedada pela Constituição, e delação anônima para fins penais, que não se encaixaria na proibição.

No HC 95.244 (julgado em 23.3.2010, rel. o Ministro Dias Toffoli, DJe 30.4.2010), a Primeira Turma achou um meio-termo. Estimou válido que um inquérito policial tivesse seguimento quando, depois de haver recebido notícia de delito sem identificação do informante, a autoridade policial, antes de abrir o inquérito, diligenciou para confirmar a plausibilidade do que lhe fora relatado anonimamente. Disse o relator que, «a denúncia anônima, por si só, não serve para fundamentar a instauração de inquérito policial, mas, a partir dela, poderá a polícia realizar diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito».

#### 4. PODERES, COMPETÊNCIAS E FEDERALISMO

No âmbito do direito político e das competências tanto dos poderes como das esferas da Federação, podem ser destacados alguns arestos que produziram impacto na definição de institutos e limites de decisões. Num dos mais ricos em enfoques significativos, o STF deliberou que o Congresso Nacional deveria, até o término do segundo ano fiscal subsequente ao do julgamento (31.12.2012) editar lei atualizando critérios de repartição de recursos tributários entre Estados e Municípios. O problema foi enfrentado nas ADIs 875, 2.727 e 3.243, julgadas conjuntamente em 24 de fevereiro de 2010, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

A Constituição estatui que 48% das receitas auferidas pela União decorrente da sua competência para tributar renda e proventos de qualquer natureza devem ser entregues a fundos de participação de Estados, Distrito Federal e Municípios. No art. 161, II, atribui a lei complementar a tarefa de viabilizar a distribuição desses recursos entre essas pessoas jurídicas políticas, mediante estabelecimento de normas de rateio desses fundos. No mesmo dispositivo, prescreve a finalidade que deve ser utilizada como norte das decisões do legislador complementar: «promover o equilíbrio sócio-econômico entre Estados e entre Municípios».



Em 1989, em obediência ao comando constitucional, foi editada a Lei Complementar n. 62, que definiu coeficientes de participação dos Estados, que haveriam de regular o rateio nos exercícios de 1990 e 1991. Nenhuma outra lei, contudo, voltou a dispor sobre o assunto, de sorte que, até o presente momento, aquele diploma, que levou em conta dados estatísticos econômicos e demográficos de antes da década de 1990, continua a presidir à distribuição das receitas obtidas pelo Imposto de Renda.

O voto do Ministro Gilmar Mendes enfatizou a necessidade de atos normativos embasados em dados atualizados da realidade, em face do modelo cooperativo<sup>13</sup> de federalismo perfilhado pelo constituinte:

O modelo de distribuição das receitas tributárias adotado pela Constituição de 1988 – partilha por meio de fundos (art. 159, I) e participação direta no produto da arrecadação (arts. 157, 158 e 159, II) – possibilita a redução ou a atenuação das disparidades existentes entre as Unidades da Federação. Isso porque os Estados e Municípios mais pobres, não obstante as inúmeras demandas sociais, possuem, em regra, menor arrecadação tributária direta, o que é compensado pelas transferências intergovernamentais. Se mantido, em nosso país, modelo próprio do federalismo clássico (*dual federalism*), segundo o qual as unidades federadas deveriam se mater, exclusivamente, com o produto da arrecadação dos tributos de sua própria competência, o fosso socioeconômico entre os entes federativos apenas se aprofundaria, e não restaria atendida a exigência contida na parte final do art. 160, II, da Constituição.

O Ministro Gilmar Mendes enfatizou o papel da distribuição adequada de produtos de receitas para os propósitos embasadores do próprio sistema constitucional:

---

<sup>13</sup> No voto o Min. Gilmar Mendes citou Gilberto BERCOVICI («Constituição e Superação das Desigualdades Regionais»). In *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 79-81) para explicar as conexões entre os fundos de participação e federalismo cooperativo: «Não é possível a uniformização das condições de vida entre os vários entes federados se estes não tiverem capacidade suficiente (não apenas econômica, mas também política) para satisfazer plenamente as suas funções. Assim, a forma cooperativa do Federalismo tem por objetivo fundamental a igualação da capacidade dos membros da Federação. A autonomia dos entes federados frente à União pode se transformar em farsa quando faltam os recursos financeiros necessários à sua manutenção. (...) Além da discriminação rígida e tradicional das rendas por fontes, o Federalismo Cooperativo caracteriza-se por realizar a distribuição do produto arrecadado, ou seja, a participação de entes federativos na receita de outros entes. (...) A vinculação das rendas tributárias e a partilha de recursos através e fundos públicos caracterizam-se pelo fato de as receitas ingressarem originariamente nos fundos e serem distribuídas de acordo com critérios estabelecidos em lei (número de habitantes, produto interno bruto, etc)».

(...) A exigência de promoção do equilíbrio socioeconômico entre os entes federados foi consagrada pela Constituição não apenas como parâmetro para a aferição dos critérios de rateio dos fundos de participação, mas como princípio da ordem econômica (art. 170, VII – redução das desigualdades regionais e sociais) e como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, III – erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais).

Concluiu pela indispensabilidade de que os critérios de rateio retratem a realidade das unidades federadas beneficiárias, por meio de sistema de regência que permita «que dados fáticos, apurados periodicamente por órgãos ou entidades públicas, possam influir na definição dos coeficientes de participação».

Era inevitável que o Tribunal considerasse, em consequência disso tudo, que a lei complementar de 1989 não satisfazia mais a exigência constitucional. A lei, como se deu conta o Tribunal, padecia de inconstitucionalidade parcial por ser incompleta. O caso era de típica inconstitucionalidade superveniente, que deveria acarretar a supressão da sua aplicação. Suprimi-la pura e simplesmente representaria, no entanto, maior dano sistêmico. A distribuição dos recursos vinculados ficaria inviabilizada pela falta absoluta de parâmetro para se efetuar. O Ministro Gilmar Mendes encaminhou, então, solução técnica para o problema, que revela a abertura da Corte para a criatividade no melhor contexto do «pensamento do possível»:

Não se deve perder de vista que, em determinados casos, a aplicação excepcional da lei inconstitucional traduz exigência do próprio ordenamento constitucional. (...) Trata-se daqueles casos em que a aplicação da lei mostra-se, do prisma constitucional, indispensável no período de transição, até a promulgação na nova lei. (...) Assim, configurada eventual tensão entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem status constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação. Em muitos casos, então, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito.

Afinal, as ações — eram ações diretas de inconstitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tidas, na espécie, como fungíveis entre si, já que compartiam o mesmo objeto («a inconstitucionalidade de uma norma em razão da sua incompletude») — foram julgadas procedentes, declarando-se a inconstitucionalidade sem a pronúncia de nu-

lidade, assegurando-se a aplicação da lei complementar até 31 de dezembro de 2012.

#### A) Medida provisória e tema processual

Embora a proibição a que medida provisória disponha sobre direito processual somente tenha sido explicitada com a Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, o STF julgou inconstitucional medida provisória que, em agosto daquele ano, dispusera sobre condenação em honorários de advogado, nas hipóteses de sucumbência em processos. Entendeu-se não haverem, no caso, sido atendidos os pressupostos constitucionais para a edição desses atos normativos pelo Presidente da República, relativos à urgência e à relevância. Estimou-se que o art. 2º da Emenda Constitucional n. 32, quando dispõe que as medidas provisórias editadas em data anterior à publicação da emenda continuam em vigor, não operou para tornar válido o que nasceu inconstitucional. O caso está dicutido na ADI 2.736, rel. o Ministro Cezar Peluso, julgada em 8.9.2010.

#### B) Poder Judiciário: limite cronológico ao desempenho de cargos de direção de integrantes de tribunal

Embora a Lei Orgânica da Magistratura disponha que o magistrado integrante de tribunal está impedido de exercer função administrativa de direção por mais de quatro anos consecutivos, o STF concordou com o Conselho Nacional de Justiça que a norma significa, na realidade, limite de dois mandatos para tais cargos (que são de dois anos), acrescentando que a renúncia ao segundo mandato a dias do seu término não obsta a inelegibilidade para mandato imediatamente seguinte. O STF, por isso, indeferiu, em 1º.7.2010, o MS 27.593, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

#### C) Normas sobre remuneração de agentes públicos – reserva legal

No RE 558.258 (DJe 18.3.2011, rel. o Ministro Ricardo Lewandowski), a Primeira Turma reiterou a jurisprudência da Corte, no sentido de que somente lei em sentido formal constitui instrumento normativo hábil para dispor sobre remuneração de servidores públicos, sendo, por isso, inconstitucional que, por decreto de Governador de Estado, se estipulem limites máximos de subsídios devidos a certos agentes.

#### D) Direito de greve de servidor público ainda em estágio probatório

O servidor público, para adquirir estabilidade no serviço público passa por um triênio no qual é avaliado quanto às suas virtudes de funcionário

do Estado. Nesse período, as exigências para a sua exclusão do serviço são menos acentuadas do que as que se ligam à perda do cargo depois da efetivação. Isso não justifica, contudo, que ato normativo estadual determine a exoneração imediata de servidor em estágio probatório que participar de greve, até porque o STF já reconheceu esse direito aos servidores públicos. Julgou-se, então, em 4.2.2010, procedente a ADI 3235-AL (DJe 12.3.2010, rel. para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes), afirmando-se que o decreto impugnado Decreto estadual violava a Constituição Federal, «por (a) considerar o exercício não abusivo do direito constitucional de greve como fato desabonador da conduta do servidor público e por (b) criar distinção de tratamento a servidores públicos estáveis e não estáveis em razão do exercício do direito de greve».

E) Renúncia a mandato — abuso de direito. Competência para julgar parlamentar federal.

No Brasil, os Deputados Federais e os Senadores da República, enquanto estiverem no exercício do mandato, respondem criminalmente perante o STF, independentemente do momento em que o fato ocorreu. Uma vez, porém, que cessado o mandato, o STF deixa de ser competente para o julgamento e o processo deve seguir para o juízo de primeira instância.

Na AP 396 (rel. a Ministra Cármen Lúcia, julgada em 28.10.2010 e publicada no DJe 28.4.2011), o Tribunal se defrontou com hipótese curiosa. Um dia antes do julgamento da ação penal, o Deputado Federal réu renunciou ao mandato. O objetivo era manifesto – escapar ao julgamento pelo STF. Não sendo mais parlamentar, o processo teria que ser remetido para o Estado em que o fato se deu, sem o julgamento. Havia ainda uma consequência de grande importância: como o crime cometido estava a dias de prescrever, se o STF não julgasse a causa, o réu se livraria da persecução penal em definitivo.

Reparando o intuito da manobra encetada com a renúncia ao mandato, o Supremo Tribunal Federal afirmou que continuaria competente para julgar a ação. Não pôs em questão o direito do parlamentar de renunciar ao mandato, mas, valendo-se de expressões como «fraude processual» e «abuso de direito», manteve a própria competência, condenando, afinal, o réu. No acórdão se lê que a renúncia «não se presta a ser utilizada como subterfúgio para deslocamento de competências constitucionalmente definidas, que não podem ser objeto de escolha pessoal. Impossibilidade de ser aproveitada como expediente para impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à definição de penas».

#### F) Legitimidade de investigações de fatos em tese criminosos pelo Ministério Público

Um dos temas que vêm produzindo tensão entre instituições públicas e disceptações doutrinárias diz respeito à possibilidade de o Ministério Público realizar investigações por conta própria de fatos que ensejam a sua atuação penal. No Brasil, o Ministério Público tem o monopólio da titularidade da ação penal. Só ele — ressalvados poucos casos de ações penais privadas — está credenciado para abrir um processo penal, e isso por força de dispositivo constitucional expresso (art. 129, I, da CF). Por outro lado, a Constituição confia às polícias civis a incumbência de «apurar as infrações penais» (art. 144 e §§, da CF). Uma corrente passou a sustentar que apenas a polícia poderia realizar investigações em torno de notícias de crimes, arguindo que seriam nulas as ações penais promovidas pelo parquet, que tivessem origem em investigações levadas a cabo por ele próprio. O STF vem recusando a validade dessa interpretação. Em 2010, ela foi desautorizada pela Primeira Turma, quando do julgamento do HC 96638, rel. o Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 02/12/2010 e publicado no DJe de 01-02-2011. O relator argumentou:

O fato de o Ministério Público ter oferecido ação penal com base nos elementos de convicção a ele trazidos por outro meio que não o inquérito policial não significa dizer que ingressou em seara reservada à Polícia Judiciária, nem mesmo que tenha presidido inquérito policial. Não houve da parte do Ministério Público a presidência de inquérito policial, esse, sim, exclusivo das autoridades policiais, mas apenas a realização de diligências complementares para formação da opinião do órgão acusador, consubstanciada na notificação e oitiva de pessoas que tiveram conhecimento dos fatos relatados, espontaneamente, por um dos corréus.

Recordou-se que «a jurisprudência desta Corte é no sentido de que o inquérito policial constitui procedimento inquisitório que busca reunir elementos de convicção quanto à ocorrência de um delito e de suas circunstâncias, não sendo peça imprescindível para o início da ação penal».

#### G) Recurso do assistente de acusação quando o Ministério Público não apela de sentença penal absolutória

Conquanto o Ministério Público seja o titular da ação penal, a vítima do crime pode participar do processo criminal, como assistente da acusação. Que ocorre, porém, quando o titular da ação penal, antes da sentença, se manifesta pela absolvição do réu, e, vindo sentença na orientação que

preconizou, deixa, obviamente de recorrer? Pode o assistente da acusação apelar nesse caso? O Plenário do STF, no HC 102.085 (rel. a Ministra Cármen Lúcia, DJe 27.8.2010), por maioria, reconheceu a legitimidade do assistente da acusação para formular irresignação perante o tribunal superior. Buscou-se apoio para essa deliberação em norma da Carta da República que reserva à vítima ajuizar a ação penal subsidiária em caso de ação penal pública, quando o Ministério Público não a formula em bom tempo. Referindo-se ao art. 5º, LIX, da CF, que assim estipula, a relatora enfatizou que «esta disposição configura direito fundamental da pessoa». No precedente, a Corte assinalou que, «ao admitir a ação penal privada subsidiária da pública nos casos de inércia do Estado, evidencia-se que a Constituição da República não acatou que o monopólio estatal no exercício da persecução penal seria absoluto».

#### H) Responsabilidade do Estado por dívidas trabalhistas de empresas contratadas para realizar serviços para a Administração

Se a Administração contrata uma empresa para «terceirizar» um dado serviço que, antes, ela própria realizava (limpeza, por exemplo) e a empresa não cumpre obrigações trabalhistas relativamente aos seus empregados que prestam o serviço pactuado, está o Estado obrigado a cobrir esses direitos não satisfeitos? A Justiça do Trabalho estava se orientando no sentido de responder afirmativamente a essa indagação. Na ADC 16 (rel. o Ministro Cezar Peluso, julgada em 24.11.2010), entretanto, o STF decidiu que é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, que estatui o contrário. A responsabilidade da Administração somente pode ser cogitada em se demonstrando um comportamento culposos da Administração nesse setor.

### 5. CONCLUSÃO

A jurisprudência do STF em 2010 segue a mesma tendência observada nos últimos anos de desinibição na crítica aos poderes públicos quando se apartam das concepções mais abrangentes dos direitos fundamentais, que a Corte vem acolhendo. Com efeito, não se nota nenhuma inclinação do Tribunal por uma interpretação restritiva do domínio normativo dos preceitos jusfundamentais. Percebe-se, antes, um compromisso seguro do STF com a preservação da liberdade dos cidadãos e com a efetivação máxima possível dos direitos sociais fundamentais. Essa postura, como não poderia deixar de ser, situa o Tribunal no centro de debates políticos e atrai a viva atenção não apenas dos juristas, mas do conjunto dos cidadãos.