

CRÔNICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO EM 2012

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO*

SUMARIO

I. UM JULGAMENTO HISTÓRICO. O CASO DO *MENSALÃO*.—II. *MENSALÃO* E A REFLEXÃO SOBRE A CONVENIÊNCIA DO FORO ESPECIAL.—III. FORO ESPECIAL E MAGISTRADO APOSENTADO.—IV. LEI MARIA DA PENHA. PROTEÇÃO DA MULHER CONTRA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.—V. MEDIDAS PROVISÓRIAS: NECESSIDADE DE SEREM OBSERVADOS RITOS CONSTITUCIONAIS.—VI. O CNJ E A INVESTIGAÇÃO DE JUÍZES.—VII. ESTATUTO DO TORCEDOR.—VIII. DEFENSORIA PÚBLICA.—IX. ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO.—X. SEGURANÇA JURÍDICA.—XI. AÇÃO AFIRMATIVA.—XII. DIREITO ELEITORAL.—XIII. LIBERDADE DE EXERCÍCIO DE PROFISSÃO: ADVOCACIA.—XIV. FEDERALISMO. SIMETRIA E COMPETÊNCIAS NO PROCESSO LEGISLATIVO.—XV. ALGUMAS DECISÕES TOMADAS EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL.

Mais uma vez, em 2012, repetem-se os números estonteantes de processos que deram entrada e que foram julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda não se solucionou o problema de excesso de demandas, que, em parte, se liga à retomada da confiança no Judiciário pela população a partir de 1988, quando da promulgação da atual Constituição.

Medidas processuais de restrição ao cabimento de recursos para o Supremo Tribunal Federal resultaram em diminuição considerável do volume de trabalho, mas o sistema ainda reclama melhorias. Basta ver que somente em 2012 chegaram ao STF 72.148 processos, produzindo-se 87.784 decisões. Decerto que a grande maioria não oferece temas de notável in-

* Doutor em Direito. Coordenador do Mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Subprocurador-Geral da República.

dagação jurídica, e é por isso mesmo que não deveria atravancar o Tribunal. Ainda se busca uma equação que satisfaça a confiança da população no Judiciário – e, em especial, no STF – nos quadros dos limites humanos de capacidade de trabalho.

Duas tendências podem ser identificadas na busca do enfrentamento desse desafio numérico – a da ênfase na importância do controle abstrato e a da extensão dos efeitos das decisões tomadas em processos individuais. Neste último grupo de providências se encaixa a sistemática da chamada repercussão geral, mecanismo decorrente de emenda à Constituição de 2004, que começou a ser implementado em 2007 e que prossegue em movimento de consolidação, não obstante ainda gere perplexidades, que pendem de solução da própria Corte.

Dois grandes estuários de processos no STF são os *habeas corpus* e os recursos extraordinários (juntamente com os agravos contra o indeferimento desses recursos nos tribunais de origem). O STF mantém o costume de não deixar sem atenção o que chama de remédio heroico do *habeas corpus*. O Tribunal vê na proteção da mais básica das liberdades fundamentais, a de ir e vir, elemento de suma importância na sua missão de guarda dos valores constitucionais. A Corte já expressou, pela voz do Ministro Gilmar Mendes, que «a boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual, principalmente a proteção judicial efetiva, permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial».¹ Reconhecendo, no mesmo acórdão, que «esses direitos [de caráter penal, processual e processual-penal] cumprem um papel fundamental na concretização do moderno Estado democrático de Direito», abona o magistério de Maunz-Dürig, para quem «não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica».

Assim, não tem sido posto entrave ao conhecimento de *habeas corpus* nas largas hipóteses em que a Constituição cogita da competência originária ou recursal do STF para esse tipo de processo. O resultado, porém, é uma considerável massa de *habeas corpus* que aporta à Corte e que costuma tomar a maior parte dos julgamentos das Turmas do Tribunal. Para se quantificar essa realidade, as estatísticas oficiais do STF revelam que, entre *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus*, o Tribunal recebeu, em 2012, 4.400 processos, conseguindo baixar o *deficit* acumulado mediante o julgamento de 6.087 feitos.

Já o número de recursos extraordinários e de recursos extraordinários com agravo atinge a desnordeante cifra de 59.137 processos, tendo sido proferidas decisões em 58.229 feitos. Esses números eram ainda maiores

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

antes de 2007, quando beiravam o dobro dessa quantidade. A sistemática da repercussão geral foi a responsável pela barreira que se ergueu ao exame desses recursos que são interpostos de acórdãos de outros tribunais federais ou de algum dos tribunais de justiça das 27 unidades federadas. O recurso tem o nome de extraordinário, porque se submete a hipótese de cabimento constitucionalmente fixada de modo materialmente restrito. Serve para corrigir interpretação da Constituição que tenha sido levada a cabo de modo inadequado pelos tribunais do país, quando julgam processos individuais. Como a Constituição brasileira segue o modelo analítico, descendo, por vezes a pormenores surpreendentes, torna-se fácil situar praticamente qualquer debate jurídico em coordenadas ao menos em parte constitucionais. Daí que o adjetivo «extraordinário» que qualifica o recurso ao STF acaba por assumir conotação verdadeiramente irônica.

Em movimento audacioso ante a tradição do STF, a Emenda à Constituição nº 45/2004 sujeitou o cabimento desse recurso extraordinário a que a parte demonstrasse e o Tribunal reconhecesse a repercussão geral das questões constitucionais debatidas. Com isso, o recurso extraordinário, embora continue sendo o instrumento de defesa de interesse da parte em um processo comum, passou a somente ter entrada no STF se a controvérsia contar a potencialidade de afetar a comunidade mais dilatadamente. O recurso se torna, então, um modo de o STF definir para muitos uma tese que a muitos possa interessar e tudo isso uma só vez. Definida a questão pela Suprema Corte, os tribunais inferiores devem se adaptar à inteligência estabelecida pelo STF, dela não lhes sendo mais lícito divergir. Por outro lado, uma vez que o STF tenha aceitado deliberar sobre uma dada questão constitucional em um recurso extraordinário específico, os demais recursos extraordinários que estejam no STF são devolvidos aos tribunais de que vieram e os recursos supervenientes haverão de ficar paralisados nesses tribunais, todos à espera da decisão de mérito da Corte. Pronunciada esta, os tribunais inferiores deverão confirmar ou readequar as decisões sobre o mesmo tema.

Esse procedimento refreia o volume dos processos que chegariam ao STF, mas produz outro fenômeno angustiante – a formação de vastos estoques de processos nos tribunais de origem, à espera da decisão de mérito do STF. Para se ter uma ideia das complexidades do mecanismo, no seu discurso de abertura do ano judiciário de 2013, o Presidente da Corte, Ministro Joaquim Barbosa, estimou que havia nada menos do que 250 recursos com repercussão geral, prontos para serem julgados, dependendo apenas de espaço nas sessões da Corte. 400 mil processos aguardavam, em todo o país, a sorte desses 250 feitos.

No campo de controle abstrato de normas, que costuma demandar tempo mais largo de julgamento, a Corte produziu decisões finais em 72 ações

diretas de inconstitucionalidade. O mérito de 19 delas foi enfrentado. 15 foram julgadas total o parcialmente procedentes e apenas 4, improcedentes (vale dizer, a norma impugnada nesses casos foi declarada constitucional).

I. UM JULGAMENTO HISTÓRICO. O CASO DO *MENSALÃO*

O que mais tomou tempo de julgamento do STF em 2012, porém, foi uma única ação – a Ação Penal n. 470, conhecida como o *caso do mensalão*. Durante todo o segundo semestre de 2012, o STF se dedicou praticamente com exclusividade a essa ação, proposta em 2005, contra 40 acusados de se envolverem num dos mais acompanhados escândalos políticos da República. Ministros de Estado, parlamentares federais, controladores de bancos e de empresas de publicidade tiveram que se defrontar com denúncia de uso de recursos públicos, da ordem de várias dezenas de milhões de reais, para a montagem de sistema político de apoio ao governo no Congresso Nacional. Os crimes imputados compreendiam peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, corrupção passiva, formação de quadrilha, gestão fraudulenta e outras fraudes.

O julgamento galvanizou a atenção da imprensa e foi seguido pela população ao vivo, pelas transmissões diretas que a TV Justiça, canal do Judiciário, proporciona. O clima de tensão foi sentido em episódios significativos dentro e fora do Plenário do Tribunal. Ao longo do processo, ministros que se manifestavam com mais clareza pela punição dos acusados eram ovacionados nos lugares públicos em que apareciam, recebendo manifestações enfáticas e espontâneas de apoio e admiração, enquanto o revisor do processo encontrava nas ruas momentos de hostilidade. Ao fim, várias condenações, inclusive de altos dignitários, a vários anos de reclusão, tiveram impacto sensível na opinião pública, contrariando a impressão de que a Justiça criminal no Brasil seria avessa à punição máxima de integrantes da elite política.

O acórdão final possui 8.405 páginas, boa parte delas dedicada a esmiuçar as provas produzidas.

Do ponto de vista constitucional reafirmou-se que o princípio da presunção de inocência impede que se apliquem medidas punitivas antes que a decisão transite em julgado. Por isso, como do acórdão formado ainda pende o julgamento de embargos de declaração, todas as sanções infligidas acham-se suspensas.

Tema que motivou animados debates, foi o de saber se a perda do mandato dos deputados federais envolvidos era imediata consequência do julgamento ou se residia no âmbito da competência reservada do Congresso Nacional – onde os parlamentares envolvidos compunham a maioria governamental.

Foi enfatizado o absurdo de se cogitar da manutenção da condição política de deputado daquele que se encontra cumprindo pena em regime fechado ou mesmo em regime semiaberto. Todo a pletora de prerrogativas dos parlamentares visa a permitir a mais ampla liberdade de ação, desprezada justamente das influências indesejadas, como as que a submissão ao encarceramento propicia. Observou-se, também, que a Constituição determina que a privação do mandato do parlamentar que perder ou tiver suspensos os seus direitos políticos há de ser meramente declarada pela Mesa da Casa a que ele pertencer.² Como a condenação transitada em julgado é arrolada pela Constituição, no art. 15, como causa de perda ou suspensão de direitos políticos, enquanto durarem os seus efeitos, a condenação pelo Supremo haveria de levar necessariamente à mera declaração pela Câmara dos Deputados de que os condenados no processo do mensalão não mais poderiam desempenhar mandato popular.

Ocorre que a Constituição também prevê que será desprovido do mandato quem sofrer «condenação criminal em sentença transitada em julgado» (art. 55, VI), acrescentando, no § 2º do mesmo artigo, que, nesses casos, «a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada a ampla defesa». Esses dizeres conduziram corrente dentro do STF a sustentar que a norma específica não tornaria automática a perda do mandato dos deputados condenados na Ação Penal 470. Essa questão estaria aberta à decisão política da Câmara dos Deputados e em votação secreta.

Prevaleceu a inteligência que harmonizou essas disposições constitucionais aparentemente em linhas contraditórias, mediante a descoberta de hipóteses de incidência próprias de uma e de outra. Por essa construção hermenêutica, se a sentença condenatória estabelece a perda do mandato, a Casa legislativa apenas declara o afastamento do parlamentar. Se a decisão judicial for silente sobre esse efeito da condenação, aí, sim, a perda do mandato seria objeto de decisão política da Câmara ou do Senado. Essa última hipótese poderia acontecer por não estarem presentes os pressupostos do art. 92 do Código Penal³, ou porque a condenação ocorrera antes

² Art. 55, IV: «Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

(...)

IV – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

(...)

§ 3º Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada a ampla defesa».

³ Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

da diplomação do deputado, transitando em julgado somente depois. No caso do mensalão, não haveria espaço para juízo político da Câmara dos Deputados a respeito. Na ementa do acórdão consta que também se chega a essa conclusão «a partir da lógica sistemática da Constituição, que enuncia a cidadania, a capacidade para o exercício de direitos políticos e o preenchimento pleno das condições de elegibilidade como pressupostos sucessivos para a participação completa na formação da vontade e na condução da vida política do Estado».

O acórdão apontou que a decisão nesse sentido não era escoteira na jurisprudência da Corte, ao lembrar o RE 225.019, quando se assentou que a perda dos direitos políticos é «consequência da existência da coisa julgada», não cabendo ao Legislativo «outra conduta senão a declaração da extinção do mandato».

II. MENSALÃO E A REFLEXÃO SOBRE A CONVENIÊNCIA DO FORO ESPECIAL

O extenso julgamento, que paralisou o Tribunal por tanto tempo reacendeu discussão sobre a conveniência de se entregar ao STF o julgamento originário de ações penais, mediante o reconhecimento de prerrogativa do foro a autoridades de mais alta hierarquia, que a Constituição enumera.⁴

No caso do mensalão, outros réus foram também julgados, juntamente com deputados federais, uma vez que as suas ações se entroncavam mutuamente, não podendo ser logicamente apreciadas de modo separado. Outros fatos, também relacionados com o escândalo, porém, não ligados diretamente a parlamentares, estão sendo julgados em instâncias ordinárias.

Para os críticos do foro por prerrogativa de função, o número de autoridades submetidas ao STF é excessivo, com potencial disruptivo sobre o andamento das demais atividades da Corte, assumidas como suas funções *normais*. O julgamento pelo Supremo, ainda, impediria o duplo grau de jurisdição.

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos.

⁴ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente»

Por outro lado, apontou-se que o episódio do *mensalão* revelou o desacerto da crítica de que o foro por prerrogativa de função seria uma fórmula inclinada à impunidade de autoridades. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes:

«O mensalão demonstrou que essa ideia de que a Justiça de primeiro grau é mais rápida é falaciosa. Temos processos a respeito do mensalão em todas as instâncias. E só aqui, no STF, foi julgado. Esse argumento da celeridade da primeira instância, da especialidade do juiz, ambos saíram um pouco conspurcados deste teste».⁵

Ainda, dadas as múltiplas instâncias pelas quais o processo criminal passa desde o primeiro grau de jurisdição, é de se cogitar de ocorrência de prescrições diversas nos processos não submetidos diretamente ao STF.

III. FORO ESPECIAL E MAGISTRADO APOSENTADO

Não obstante toda a energia absorvida no julgamento do mensalão, o Tribunal também produziu decisões sobre pontos de direito sutis e de relevância para a compreensão do sistema de proteção de direitos fundamentais e de organização política do país.

Sobre o mesmo tema do foro especial por prerrogativa de função, o STF julgou, no RE 549.560 (Plenário, em 22.3.2012), que a norma especial não se estende ao magistrado aposentado. Tornaram a ser declinadas as razões pelas quais o constituinte criou os foros especiais, mostrando que essas finalidades não se compatibilizam com a situação de aposentado do réu. Recordou-se que o foro especial tem por meta resguardar a função pública, não pretendendo proteger a pessoa da autoridade; se a autoridade não mais existe, se o juiz não mais desempenha função judicante, não haveria razão para preservar a função jurisdicional mediante a manutenção do sistema de foro especial. A prerrogativa, assim, vista como *ratione muneris*, foi tida como exclusiva dos magistrados em efetivo exercício das suas funções.

IV. LEI MARIA DA PENHA. PROTEÇÃO DA MULHER CONTRA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Logo no início do ano de 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou ação declaratória de constitucionalidade proposta pelo Presidente da Re-

⁵ Palavras coligidas pelo Anuário da Justiça – Brasil 2013. Consultor Jurídico/FAAP, 2013, p. 35. Na mesma publicação encontram-se transcritas opiniões diferentes de integrantes da Suprema Corte sobre os méritos do foro por prerrogativa de função.

pública sustentando a legitimidade, desafiada em algumas instâncias, de artigos da Lei nº 11.340/2006, chamada Lei Maria da Penha.

Essa lei foi votada e promulgada no calor da infâmia do comportamento abusivo e brutal do marido da senhora que emprestou o nome ao diploma, gravemente seviciada por ele. O Brasil chegou a receber censura de organismo inter-regional de proteção dos direitos humanos, por não conceber mecanismos legais de contenção e de punição das violências domésticas. Nesse contexto, o Congresso Nacional editou a lei de 2006. A lei cogita da criação de juizados de violência doméstica e familiar, o que foi criticado por interferir em tema sujeito a iniciativa legislativa reservada ao poder Judiciário dos Estados.

Na ADC 19, julgada pelo STF em 9 de fevereiro de 2012, a pecha de inconstitucionalidade formal foi vencida ao argumento de que o diploma não estabeleceu a obrigação, mas a faculdade de criação dos juizados, atribuindo ao juízo da vara criminal competência cumulativa para ações cíveis e criminais envolvendo violência doméstica contra a mulher, em face da necessidade de se tratar uniformemente em todo país e de modo célere as causas que tenham por objeto essa matéria. Da mesma forma, afastou-se a tese de que seria impróprio tomar o gênero como base para diferenciações legislativas. Assegurou-se que não era nem desproporcional nem ilegítimo eleger o sexo como critério de diferenciação nessa hipótese, já que a mulher seria especialmente vulnerável a constrangimentos físicos e morais no ambiente doméstico. O sistema criado estaria justificado a partir do veto à proteção insuficiente dos direitos fundamentais, sendo certo que a igualdade exigiria tratamento distinto e especialmente protetivo de sujeitos em situação de hipossuficiência.

Em torno da Lei Maria da Penha, também, na mesma data, julgou-se ação direta de inconstitucionalidade em que se conferiu interpretação conforme à Constituição a dispositivos do diploma. Assentou-se que, nos casos de lesão corporal contra a mulher, praticado em contexto de violência doméstica, a ação há de ser pública incondicionada.

A Constituição não trata diretamente do tema da necessidade de representação para a ação criminal conforme o tipo de ilícito criminal. O assunto foi enquadrado no domínio constitucional, porque envolvia considerações sobre isonomia, como saber se norma de lei geral, dispondo que em lesões corporais leves se procede por representação da vítima, não haveria de ser excepcionada no caso da violência doméstica contra a mulher.

O STF entendeu que o princípio da dignidade humana e a ordem do art. 226, § 8º, da Constituição, impunham o reconhecimento de situação excepcional. Essa última norma da Lei Maior determina que o Estado crie mecanismos que coibam violência no âmbito das relações familiares. A Corte entendeu que o propósito do constituinte ficaria frustrado se a atua-

ção estatal estivesse submetida à vontade da vítima. Garantiu-se que dados estatístico apontariam a realidade «alarmante» de a mulher não representar nos casos de lesões leves ou de afastar as representações que formalizara. Isso se daria por motivos inidôneos, aguçando comportamentos agressivos. Falou-se em «assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, bem como outros fatores, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogar o quadro de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana». Daí que não seria razoável nem proporcional que a atuação do Estado estivesse subordinada à vontade da vítima.

Por maioria, o STF julgou, então, pelo seu Plenário, em 9 de fevereiro de 2002, procedente a ADI 4424. O voto vencido afirmava não se poder tomar como regra o vício de vontade da mulher, quando se retrata da apresentação criminal oferecida e que a irreversibilidade da apresentação da notícia-crime pela mulher poderia atuar como fator de mais intensa intimidação da mulher. Advertia para os riscos criados para o valor da manutenção da situação familiar.

V. MEDIDAS PROVISÓRIAS: NECESSIDADE DE SEREM OBSERVADOS RITOS CONSTITUCIONAIS

Um dos pontos de mais polêmica envolvendo o processo legislativo diz respeito às medidas provisórias, mediante as quais o Presidente da República edita ato com força de lei, em casos de urgência e especial relevância, e que tem a sua eficácia definitiva sujeita à sua aprovação pelo Congresso Nacional.

O regime excepcional das medidas provisórias acarreta impacto na pauta e no andamento dos trabalhos do Congresso Nacional. As medidas provisórias devem ser apreciadas pelo Parlamento em determinado prazo. Para o assegurar, a Constituição determina que o Congresso fique obstado de tomar outras deliberações, enquanto não se dedicar a deliberar sobre a aprovação de medidas provisórias pendentes há certo tempo de exame legislativo.

O trâmite das medidas provisórias no Congresso é em parte regulado no art. 62 da Constituição. O § 9º desse artigo fixa que, logo no início do seu processo de apreciação, a medida provisória deve receber um parecer, sobre a sua compatibilidade com a Constituição. O parecer deve ser aprovado por uma comissão mista de deputados e senadores, antes de a medida provisória vir a ser examinada por cada uma das Casas do Congresso Nacional, separadamente. Resolução do Congresso, no entanto, permitia que o relator proferisse o parecer diretamente no Plenário da Câmara. Na prática, a etapa exigida constitucionalmente ficava desatendida.

O problema foi indicado na ADI 4029, julgada em 7 de março de 2012, como causa de invalidez de diploma que criara certa entidade públi-

ca. Por falta de *quorum*, a comissão não se reuniu e o relator apresentou o seu parecer no Plenário da Câmara. O Tribunal declarou a inconstitucionalidade formal do texto, dado o desrespeito ao art. 62, § 9º, da Constituição, na forma do que foi apodado de um «direito costumeiro inconstitucional». A falta de *quorum* não foi tida como justificativa para a supressão dessa fase, até porque a obstrução pela minoria faria parte do processo democrático de formulação das leis. Houve declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, para se garantir a continuidade da autarquia criada por 24 meses, período no qual poderia ser feito, em termos, o processo legislativo da sua instituição.

No dia seguinte, o Tribunal voltou a se reunir para apreciar questão de ordem provocada pelo Advogado-Geral da União, que apresentou ao STF a apreensão do governo com o destino de inúmeras medidas provisórias, apreciadas pelo Congresso com desprezo ao procedimento que a Corte estimara insubstituível. Muitas delas já haviam sido convertidas em lei. Prenunciavam-se incontáveis queixas de inconstitucionalidade, com grave dano à estabilidade jurídica. O STF assentou, então, que a orientação firmada seria aplicada de imediato às novas medidas provisórias, ressalvadas, porém, as que já haviam concluído o seu trâmite e aquelas já em curso. Ao final, a ação foi julgada improcedente.

VI. O CNJ E A INVESTIGAÇÃO DE JUÍZES

No plano institucional, o STF definiu que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ tem competência para instaurar e julgar processos administrativos contra quaisquer juízes, além de puni-los. O CNJ é o órgão federal encarregado de supervisionar atividades de magistrados na sua conduta enquanto tais. Os juízes também se encontram subordinados administrativamente às corregedorias dos tribunais a que pertencem. Daí a dúvida sobre se o CNJ somente teria competência para atuar depois de frustrada a ação da corregedoria local. Questionava-se, também, se deveria motivar a sua decisão de abertura de processo disciplinar na inação ou na imperfeição da atividade corregedora do tribunal a que pertence o magistrado investigado.

Na ADI 4638, julgada em 9.2.2012, o STF definiu que o CNJ é superior hierarquicamente às demais corregedorias do país e que a sua atuação não precisa ser motivada no desempenho fraco de outra corregedoria. O CNJ pode abrir simultaneamente, ou antes da corregedoria do tribunal, processo administrativo contra juiz com comportamento irregular.

Definiu-se que, enquanto não vier a ser editada nova Lei Orgânica da Magistratura, o CNJ também pode dispor sobre regras de procedimento desses processos. Não se admitiu, contudo, que o Conselho Nacional pos-

sa decretar o afastamento cautelar do magistrado antes de instaurado o processo disciplinar, diante da garantia constitucional da inamovibilidade e da vitaliciedade dos juízes. Afinal, deliberou-se que uma pena somente pode ser aplicada se obtiver maioria absoluta dos votos dos conselheiros.

No MS 28.003 (julgado em 8.2.2012), reiterou-se que o CNJ pode avocar processos disciplinares em curso em corregedorias, sendo-lhe franqueado, igualmente, abrir processo disciplinar sem prévia sindicância. Nesse mesmo precedente, o Plenário deliberou que a descoberta fortuita de ilícito praticado por magistrado quando de escuta telefônica legítima que recaía sobre outra pessoa não descredencia a prova como ilegítima, mesmo que a pessoa investigada pela escuta o fosse por outros delitos.

VII. ESTATUTO DO TORCEDOR

Na ADI 2937, o STF julgou constitucional a lei que regula eventos desportivos. A resistência ao chamado Estatuto do Torcedor estava em que a Constituição assegura a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações quanto à sua organização e funcionamento (art. 217, I). O Tribunal recordou que o direito à associação não é absoluto e que o *caput* do art. 217 da Carta exige o respeito ao prestígio e ao direito ao desporto. Além disso, o estatuto protegeria o direito do indivíduo à vida e à sua integridade física e moral, inerentes à dignidade da pessoa humana, à defesa da sua condição de consumidor e de titular ao direito ao lazer e segurança. Acentuou-se que a liberdade de associação não exclui o poder de conformação do Estado.

VIII. DEFENSORIA PÚBLICA

No plano institucional, a Constituição deferiu às Defensorias Públicas importância capital para a garantia do direito de acesso à Justiça pelos hipossuficientes. As Defensorias asseguram a defesa técnica e a orientação jurídica necessária para os que não podem contratar advogados, por motivos de penúria financeira, permitindo-lhes o acesso aos direitos a todos formalmente conferidos.

Cada Estado-membro deve instituir e manter a sua própria Defensoria, cabendo à União cuidar da Defensoria que atua perante a Justiça Federal. Desde 2004, as Defensorias têm assegurada autonomia funcional e administrativa. Norma de 1999 no Estado de São Paulo obrigava a celebração de convênios entre a sua Defensoria e a Ordem dos Advogados de São Paulo. O STF considerou que há aí ofensa à autonomia administrativa e financeira da Defensoria, que, se pode estar autorizada a celebrar esses convênios, não pode a eles ser obrigada.

O caso apresentava aspecto processual interessante. O dispositivo impróprio era anterior à norma constitucional a que contravinha. O STF tem jurisprudência segura no sentido de que na ação direta de inconstitucionalidade somente se pode confrontar lei com norma constitucional em vigor e que seja anterior ao dispositivo impugnado. O Tribunal, contudo, não deixou de enfrentar a questão de fundo, conhecendo a demanda, originalmente uma ação direta de inconstitucionalidade, como arguição de descumprimento de preceito fundamental - essa, sim, ação apropriada para averiguar o ajuste de normas anteriores com a Constituição em vigor. Afirmou-se não haver óbice para a fungibilidade das ações.

Mais séria foi a situação flagrada em outro Estado-membro, em que simplesmente, depois de tantos anos de vigência da Constituição Federal, ainda não existia órgão estatal voltado a garantir assistência técnico-jurídica aos necessitados. A solução do Estado-membro era a de confiar a execução desses serviços a convênios com a Ordem dos Advogados local. Não se tratava de firmar convênios com a OAB para suprir deficiências tópicas da Defensoria, mas de entregar inteiramente as tarefas da Defensoria à OAB, mediante convênio. O STF qualificou essa situação como configuradora de «severo ataque à dignidade do ser humano», além de ofensiva à garantia individual do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição, que se refere à assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, e ao art. 134, *caput*, da Carta, que define a essencialidade da Defensoria Pública. A ação foi julgada procedente, admitindo-se, por motivos pragmáticos, que o serviço de defensoria prosseguisse sendo prestado mediante o convênio com a Ordem dos Advogados pelo prazo máximo de um ano, contado do julgamento da ação, «ao fim do qual – lê-se do acórdão – deverá estar em funcionamento órgão estadual de defensoria pública estruturado de acordo com a Constituição de 1988». A decisão consta da ADI 4270, julgada em 14 de março de 2012.

IX. ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO

Uma das decisões que mais desconforto moral produziu no ano de 2012 foi proferida na ADPF 54, julgada em 12 de abril de 2012, quando se decidiu que não há proteção penal para o feto anencefálico. Afirmou-se que, «por ser o anencéfalo absolutamente inviável, não seria titular do direito à vida». Mesmo que biologicamente vivo, seria «juridicamente morto», não seria pessoa humana, mesmo que um ser humano. Na própria corrente vitoriosa, entretanto, houve divergência de fundamentação, com voto que não chegava a essas assertivas, preferindo enxergar no caso uma hipótese não prevista explicitamente pelo legislador de 1940 de isenção de punibilidade.

O voto vencido do Ministro Cezar Peluso anotou que, nas audiências públicas havidas na Corte, colheram-se conclusões contraditórias para a questão da existência de atividades e ondas cerebrais no anencéfalo. Além disso, distinguiu morte encefálica de anencefalia. Argumentou que o crime contra a vida acontece com a eliminação da vida, descartada qualquer especulação sobre a sua viabilidade futura. Enfatizou que, pelo simples fato de o anencéfalo ter vida e pertencer à espécie humana, deve ter assegurada a proteção do direito, independentemente de gozar de personalidade civil, devendo ser tratado como sujeito de direito, dotado da «dignidade advinda de sua incontestável ascendência e natureza humanas». Ao ver do voto vencido, ademais, todas as hipóteses de risco de vida para a genitora já estão incluídas no caso legal do aborto terapêutico.

O autor desta resenha não se furta a manifestar concordância com a corrente vencida. Há vida – e vida humana – no feto anencefálico. Há, portanto, direito à vida, não parecendo ser a melhor interpretação aquela que restringe o âmbito natural desse direito à conta de opção do legislador infraconstitucional sobre o início da personalidade jurídica das pessoas – o que é uma circunstância acidental, e não um elemento definidor da vida humana. Não se mostra tampouco ideal determinar a existência de vida humana, ainda em processo de desenvolvimento, pelo critério que define a morte de um ser humano que já completou esse mesmo processo – a presença, ou não, de atividade cerebral. A vida humana merece ser protegida, sendo os aspectos acidentais do estágio do seu desenvolvimento e da sua eventual curta duração irrelevantes para o respeito devido a esse direito.

É interessante notar que o argumento da necessidade de se prestigiar a dignidade humana foi invocado por ambos os polos da controvérsia.

X. SEGURANÇA JURÍDICA

No campo da definição da segurança jurídica, o Tribunal prosseguiu na sua tendência de estreimar esse conceito do domínio restrito de proteção do direito adquirido. O ano de 2012 somou mais um precedente exemplificativo da tese de que devem ser preservadas as expectativas razoáveis de continuidade de uma dada relação jurídica, embasadas na confiança a que o cidadão é convidado, num Estado de Direito, a depositar nos poderes públicos.

No MS 22.315, julgado na 2ª Turma em 17 de abril de 2012, a Corte considerou inviável a negativa de registro de aposentadoria de uma ex-professora, vinte anos depois da sua inativação, à conta de impugnação à qualidade de prova da justificação judicial de certo período de trabalho – justificação, afinal, jamais impugnada no seu mérito. Se prevalecesse a negativa de registro, a aposentada teria que retornar, vinte anos depois, ao

serviço público. O decisório enfatizou que a «segurança jurídica [é um] subprincípio do estado de direito». Admitiu que se estava diante de situação consolidada, com a marca da boa-fé e da confiança.

XI. AÇÃO AFIRMATIVA

Em dois precedentes, o STF abonou políticas que importam tensão ao princípio da isonomia, com vistas a corrigir desigualdades de fato.

No primeiro, a ADPF 186, julgada em 26 de abril de 2012, estava em causa a legitimidade de atos da Universidade de Brasília – uma universidade pública e gratuita –, que instituíram cota destinada a minorias étnicas de 20% das vagas oferecidas no processo de seleção para o ingresso nos seus cursos.

No julgamento, a arguição de descumprimento de preceito fundamental foi conhecida, já que o objeto da censura do autor eram atos infralegais, não havendo outro meio de impugnação no âmbito do controle abstrato de normas. Reiterou-se a natureza subsidiária e complementar da ADPF para esse sistema de controle. Da mesma forma importante sob o ângulo processual foi a recusa de conexão da ADPF apreciada com outra ação direta de inconstitucionalidade em que se atacam medidas de natureza assemelhada em outro Estado da Federação. Acentuou a Corte que as ações de índole abstrata não atraem, em regra, os institutos da conexão, dependência ou prevenção a outros processos ou julgadores.

No exame de fundo, a Corte assinalou que a ordem constitucional abarca o princípio da igualdade em seu duplo aspecto, tanto o formal como o material. O constituinte teria se comprometido a promover a remoção de diferenças acidentais entre os indivíduos, podendo, para isso, valer-se de políticas universalistas, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, ou de ações afirmativas, atribuindo vantagens a certos grupos, por tempo limitado, com vistas a suplantar desigualdades ocasionadas por situações históricas particulares. Considerou que a ideia de justiça distributiva autorizava medida de superação de desigualdades fáticas, por meio de intervenção estatal realocadora de bens e oportunidades existentes na sociedade, com o objetivo de promover a inclusão social de grupos desfavorecidos, especialmente os que, historicamente, teriam sido compelidos a viver na periferia da sociedade.

A seguir a Corte se defrontou com a norma constitucional que estabelece que os níveis mais elevado de ensino devem ser alcançados por critério de capacidade de cada um (art. 208, V, CF). Considerou, porém, que a Constituição também estabeleceu que o ensino superior seria ministrado de acordo com o princípio da igualdade de condições de acesso e permanência na escola, com o princípio do pluralismo de ideias e da gestão demo-

crática. Daí encontrou a conclusão de que o sistema constitucional buscou harmonizar a aferição estrita do mérito dos candidatos ao ingresso na universidade com exigências decorrentes do postulado da igualdade material. Entendeu aceitável considerar que a política das cotas era relevante para superar desigualdades interpessoais profundas, que inviabilizavam o acesso aos espaços de poder político e social que o ingresso na Universidade enseja. Daí proclamar a necessidade de se ponderar o acesso à Universidade pública com os fins do Estado democrático de direito. O pluralismo de ideias seria também beneficiado por essa política.

Apontou-se que a medida deve visar a rever desigualdades entre brancos e negros decorrentes de longos períodos de dominação dos primeiros sobre os segundos, mas que deveria ser abandonada tão logo as distorções históricas fossem corrigidas, já que a política de cotas não pode traduzir-se em benesses permanentes. Indispensável, assim, que essas políticas sejam temporárias e submetidas a periódicas reavaliações. O Tribunal considerou válido o prazo de 10 anos para a reavaliação determinado pela Universidade de Brasília.

Na semana seguinte, em 3 de maio de 2012, o Plenário do STF tornou ao tema das ações afirmativas, desta vez para avaliar programa governamental que concede bolsas de estudos em universidades particulares a alunos do ensino médio de escolas públicas ou de escolas particulares cursadas com bolsa de estudo, de reduzida renda familiar, com cotas para negros, pardos, indígenas e pessoas com necessidades especiais. Mais uma vez foram recusados argumentos de que confinar a clientela das bolsas a pessoas desses grupos seria intolerável ao princípio da igualdade. Para a Corte, a distinção seria legítima, na medida em que compensa inferioridade anterior e de fato entre indivíduos. Assinalou-se que o programa não é obrigatório para as universidades particulares.

XII. DIREITO ELEITORAL

Em 16 de fevereiro de 2012, foram julgadas conjuntamente duas ações declaratórias de constitucionalidade e um ação direta de inconstitucionalidade (ADCs 29 e 30 e ADI 4578). Discutia-se se a Lei Complementar n. 135/2010 poderia ser aplicada a fatos anteriores à sua vigência. O diploma ficou conhecido com o nome de «lei da ficha limpa», porque acresceu ao rol das inelegibilidades a cargos políticos os que houvessem sofrido condenação judicial, penal ou por improbidade, por órgão colegiado, ou que houvessem sido considerados por órgãos fiscalizadores de profissão como indignos. A inelegibilidade se estende por oito anos depois do cumprimento da pena. Por maioria, o Tribunal considerou que o princípio da inocência no âmbito eleitoral não possui a mesma amplitude que ostenta

no campo penal. No âmbito eleitoral não seria necessário o trânsito em julgado da decisão capaz de obstar a candidatura do indivíduo, diante da «prevalência da proteção do público e da coletividade». Decidiu-se que não haveria retroatividade vedada na aplicação da lei nas eleições posteriores à edição da lei, já que a elegibilidade é condição a ser apurada por ocasião de cada pleito eleitoral, segundo a lei então vigente.

No domínio do direito eleitoral, o STF julgou ainda caso peculiar do chamado «prefeito itinerante».

De acordo com as normas constitucionais em vigor, o prefeito somente pode concorrer à reeleição uma única vez. Vale dizer que não pode titularizar mais de dois mandatos seguidos de chefe do Executivo municipal.

Observou-se, contudo, uma curiosa prática, que permitia que cargo de prefeito pudesse ser desempenhado indefinidamente pelo mesmo indivíduo. No final do segundo mandato, o prefeito mudava o seu domicílio eleitoral para outro município e ali concorria para o cargo de gestor no pleito seguinte. O STF não abonou esse estratagema, que explorava interpretação restrita da proibição de uma segunda reeleição. Entendeu que o terceiro mandato deve ser cassado. É o que se lê no RE 637.485, julgado em 1º de agosto de 2012.

Em 29 de junho de 2012, o STF julgou a ADI 4.430, em que importantes princípios do sistema partidário da democracia brasileira foram fixados. A Corte entendeu que todos os partidos políticos devem ter acesso ao horário eleitoral gratuito na televisão e nos rádios, certo que esse é o meio de maior penetração e eficácia para promover o conhecimento da agremiação partidária entre os eleitores. Enfatizou o papel central dos partidos políticos para a concretização do princípio constitucional do pluralismo, dizendo o relator, Ministro Dias Toffoli, que,

«Na atualidade, são os partidos políticos os principais entes pluralistas. Conseqüências diretas do pluralismo, as agremiações partidárias constituem fundamento próprio da República Federativa do Brasil, conforme inscrito no art. 1º, V, da Lei Fundamental».

Daí a importância de que todos os partidos recebam verba do fundo partidário e tenham reconhecido o direito de antena. Não se poderia restringir o direito de acesso a esses instrumentos apenas aos partidos com representação na Câmara dos Deputados, embora fosse legítimo distribuir o tempo de antena e a cota do fundo partidário segundo critérios capazes de diferenciar os partidos que já obtiveram a adesão dos eleitores em outro pleito. A Corte estabeleceu também que os novos partidos deveriam contar com o direito de antena e ao fundo partidário correspondente ao número de parlamentares que passaram a integrá-los. Segundo o Tribunal, quando um parlamentar larga o seu partido para fundar um novo, a quota

de tempo que a sua eleição havia somado ao cômputo geral do seu antigo partido passa a aproveitar ao novo partido nas eleições subsequentes. O parlamentar leva consigo para o novo partido a sua representatividade também para esses fins. De outro modo, seria praticamente inviável, na prática, a criação de um novo partido, impedindo a dinâmica própria de uma democracia representativa.

XIII. LIBERDADE DE EXERCÍCIO DE PROFISSÃO: ADVOCACIA

Em 24 de maio de 2012, foi publicado o acórdão em que o STF decidiu que a Ordem dos Advogados do Brasil está legitimada a condicionar o ingresso de novos bacharéis aos seus quadros ao êxito em prova de conhecimentos jurídicos (RE 603.583). A exigência decorre de lei, mas foi desafiada, ao entendimento de que não se referiria a «qualificação profissional», que o legislador pode demandar em restrição à liberdade de exercício de ofício ou profissão. Ao ver dos críticos da lei a única condição cabível de se impor seria a da obtenção do diploma de bacharel em direito. A discussão atinge um número considerável de interessados, já que somente os inscritos na OAB podem desempenhar atividades de advocacia, não bastando para tanto a mera conclusão do curso superior.

O Tribunal não hesitou em enxergar na exigência legal uma razoável cobrança de qualificação profissional, dada a repercussão que a atuação profissional do advogado exerce sobre o interesse de terceiros e da própria Justiça.

XIV. FEDERALISMO. SIMETRIA E COMPETÊNCIAS NO PROCESSO LEGISLATIVO

No campo do federalismo, no ano de 2012, como invariavelmente ocorre, houve também censura a disposições normativas estaduais que não obedecem o padrão federal em temas de processo legislativo atinentes à distribuição de atribuições entre os Poderes.

No AI 643.926 ED, julgado em 13 de março de 2012, reiterou-se que lei estadual de iniciativa parlamentar não pode dispor sobre atribuições de órgãos da Administração Pública. Afirmou-se formalmente inconstitucional, assim, a lei do Estado do Rio de Janeiro que obriga todas as instituições do Estado a manter balcões ou lojas de atendimento direto ao consumidor, visto como «nítida interferência indevida em outra esfera de poder». Lembrou-se que nessa linha, o Tribunal já decidira, na ADI 2417, DJ 5.122.2003, a inconstitucionalidade de alteração de denominação e atribuições de órgão da Administração Pública por meio de lei oriunda de projeto da própria Assembleia Legislativa.

Na ADI MC 4725, julgada em 21 de março de 2012, o STF entendeu que possuía vício de forma a emenda à Constituição do Estado de Rorai-

ma, que teria instituído ali um Ministério Público de Contas autônomo e independente, além de desvinculado da estrutura administrativa do Tribunal de Contas estadual.

O STF recordou que os Estados estão obrigados a seguir o padrão federal de organização do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público que junto a ele atua. Nesse sentido, o Ministério Público de contas tem estatutura constitucional, mas não dispõe de autonomia administrativa. Além disso, reafirmou a sua jurisprudência que aborrece à utilização de emenda constitucional nos Estados para burlar regra constitucional de reserva de iniciativa. Isso teria ocorrido na espécie, já que a iniciativa de leis que tratam da organização e da estrutura interna dos Tribunais de Contas, inclusive do Ministério Público especial que lhe integra a organização, é reservada ao próprio Tribunal de Contas.

XV. ALGUMAS DECISÕES TOMADAS EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL

O STF resolveu alguns pontos em que se notava polêmica pelo número de casos que chegavam à Corte versando o mesmo assunto.

No ARE 663.261, em 13.12.2012, o STF declarou inconstitucional dispositivos da Lei de Drogas que proíbem a conversão em pena restritiva de direitos das penas privativas de liberdade nos casos de condenados por tráfico de drogas.

No RE 630.501, em 21.2.2012, afirmou-se o direito do segurado da Previdência Social a calcular o benefício da aposentadoria conforme a legislação em vigor no instante em que completou os requisitos para a inativação, independentemente de posteriores alterações legislativas.

No RE 596.478, em 13.6.2012, proclamou-se o direito dos trabalhadores que tiveram anulados contratos de trabalho com a Administração Pública por falta de concurso público a receber os depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

No RE 562.276, em 11.10.2012, admitiu-se a responsabilidade solidária do sócio de sociedade por cotas de responsabilidade limitada no que tange a dívidas com a Seguridade Social.

Em 2012, o Tribunal enfrentou temas altamente polêmicos e decidiu causas que afetaram consideravelmente o modo como a população enxerga o Judiciário. Não obteve – como é óbvio – a unanimidade das críticas positivas, mas, não importando como cada decisão foi recebida, obteve o respeito da população, ainda que certos setores políticos não escondam o propósito de promover retaliações por conta do conteúdo de certos decisórios. O STF marcou, mais uma vez, com a respeitabilidade dos seus argumentos, papel protagonista no prosclênio da vida política nacional.