

CRÔNICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO EM 2009

Por PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (*)

SUMARIO

1. EXTRADIÇÃO: O CASO BATTISTI.—2. DIREITO DOS ÍNDIOS: TERRITÓRIO INDÍGENA. CASO RAPOSA SERRA DO SOL. PET 3388/RR, DJE-25-09-2009.
3. MONOPÓLIO DOS CORREIOS.—4. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.—
5. DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO PENAL.—6. TIPIFICAÇÃO PENAL E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.—7. LIBERDADE DE EXPRESSÃO.—
8. LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO E DEFESA EM JUÍZO DE ASSOCIADOS.—
9. LIBERDADE RELIGIOSA E NEUTRALIDADE DO ESTADO.—10. DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA.—11. GREVE DE SERVIDOR PÚBLICO.—12. DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA JURÍDICA.—13. ESTRANGEIROS NÃO RESIDENTES NO BRASIL E DIREITOS FUNDAMENTAIS.—14. DIREITO À PRIVACIDADE.—15. UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO.—16. MINISTÉRIO PÚBLICO E TEMAS CONSTITUCIONAIS.—17. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – ASPECTOS TÉCNICOS.

No ano de 2009, completaram-se dois terços do mandato do Ministro Gilmar Mendes como Presidente do Supremo Tribunal Federal. Já se podem avaliar as profundas marcas que deixará na vida institucional do Poder Judiciário brasileiro. Não é tarefa pequena arrolar as tantas realizações da presidência do Ministro Gilmar Mendes, podendo-se, decerto, assegurar que o Supremo Tribunal Federal acentuou o seu desempenho de um operante e destacado agente da cena sócio-política brasileira, lançando-se, igualmente, à frutífera convivência com outros sistemas constitucionais e com a comunidade acadêmica para além das fronteiras nacionais.

Durante a presidência do Ministro Gilmar Mendes, a Corte deu curso decisivo ao impulso iniciado no biênio anterior de integrar o STF no con-

(*) Doutor em Direito Constitucional (UnB). Professor e Coordenador do Mestrado em Direito Constitucional do IDP (Instituto Brasiliense de Direito Público). Membro do Ministério Público Federal.

certo das cortes constitucionais do resto do mundo. Foram promovidos vários encontros entre presidentes e membros de tribunais constitucionais de várias partes do globo. O STF passou à condição de membro efetivo da Comissão de Veneza — órgão consultivo do Conselho da Europa para assuntos constitucionais — e formou com os seus congêneres do chamado bloco BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China) e do MERCOSUL intenso intercâmbio de ideias e experiências.

A comunidade de língua inglesa também recebeu atenção em grau inédito. Encontros com a Corte Constitucional sul-africana desvendaram instigantes pontos em comum no que diz com o papel criativo dos mais altos tribunais dos dois países na preservação dos direitos fundamentais. O Presidente do STF manteve, ainda, proveitosos encontros com a comunidade acadêmica dos Estados Unidos e da Inglaterra, onde pôde expor as variações brasileiras às soluções constitucionais no plano das instituições e da defesa dos direitos básicos dos indivíduos herdadas da família americana e européia, além de acompanhar os debates de questões jurídicas de cunho constitucional relevantes.

O ano foi igualmente pródigo em interações com as comunidades jurídicas espanhola e portuguesa, de decisiva importância para o pensamento jurisprudencial brasileiro.

No plano interno, a preocupação em fomentar e preservar os direitos fundamentais não apenas foi a tônica dos precedentes mais relevantes do Tribunal no ano, como também ganhou expressão concreta em práticas do órgão encarregado de supervisionar as ações do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça-CNJ. O CNJ é presidido pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, que lhe imprime a pauta dos aspectos prioritários de sua atuação.

Na gestão do Ministro Gilmar Mendes, o CNJ promoveu uma longamente esperada modernização de métodos de trabalho do Judiciário nacional, promovendo, simultaneamente, uma acentuada abertura dos órgãos jurisdicionais para a sociedade. Talvez se possam salientar, na miríade de missões assumidas pelo CNJ no período, duas especialmente significativas — a concretização do direito fundamental de acesso expedito à Justiça e o empenho em resgatar a dignidade dos presos.

O CNJ, sob a direção do Presidente Gilmar Mendes, lançou-se a uma descomunal tarefa de identificar e enfrentar os problemas que mais sensivelmente bloqueiam o exercício da função judicante em termos ágeis e exatos em todo o vasto país. O CNJ, por seu Presidente ou por outros conselheiros, esteve nos mais variados rincões do Brasil. Em grandes consultas públicas, por exemplo, populações tanto de Estados ermos como dos mais pujantes foram ouvidas, no esforço pela melhoria dos serviços. Meta de se julgarem, em todo o país, todos os processos distribuídos antes de

dezembro de 2005 obteve taxa de êxito de 60,78%, equivalente ao julgamento de 2,72 milhões desses feitos. O empenho de todo o Judiciário nacional na realização possível dessa meta visava a assegurar efeito prático à garantia constitucional da «razoável duração do processo judicial».

O CNJ, no mesmo ano, sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes, lançou-se ao trabalho de aprofundamento da atuação do Judiciário no sistema carcerário brasileiro. Diversos mutirões foram realizados em vários Estados, para detectar e solucionar casos de detentos que se encontravam presos por tempo excessivo ou que, por falha da máquina burocrática, não usufruíam dos direitos previstos na Lei de Execuções Penais. Mais de vinte mil presos encontraram a liberdade que já lhes era devida e que tardava por entraves administrativo-burocráticos. Os estudos de campo do CNJ confirmaram também, na população carcerária, uma elevada taxa de reincidência, que se situaria na faixa entre 60 e 70%. O órgão deu início, então, a programas de ressocialização, objetivando sensibilizar a sociedade e empresas para a necessidade de se oferecerem cursos de capacitação e vagas no mercado de trabalho para os egressos do sistema penitenciário — colhendo já agora frutos esperados.

As ações do CNJ não podem ser compreendidas sem que se interliquem com o momento vibrante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em termos de firme compromisso com a preservação e fomento dos direitos fundamentais — especialmente aqueles de urgência mais elemental. As ações do CNJ são o reflexo mais concreto da ativa postura da Suprema Corte brasileira no campo dos direitos básicos, por meio de uma desassomburada ação fiscalizatória da constitucionalidade dos atos dos Poderes Públicos. Essa fase atual da jurisprudência do STF, que tem sido acompanhada com interesse pelo meio acadêmico, motivou, por exemplo, Peter Häberle a associar a Corte Gilmar Mendes ao que melhor se pode auferir das típicas Cortes Constitucionais¹.

No âmbito da atuação jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal deu prosseguimento ao empenho de racionalizar a sua carga de trabalho, a fim de viabilizar a sua missão institucional. Cada vez mais, o Tribunal deixa de ser uma instância de solução de casos individuais, para se dedicar às interpretações da Constituição que sirvam de norte e correção de rumos à sociedade em geral. Daí toda uma nova estrutura normativa, construída pela jurisprudência e pela legislação, visando a reservar a ação do Supremo Tribunal Federal aos casos de interesse geral mais palpitantes, preservando a Corte de ter que repetir uma mesma máxima de julgamento em incontáveis processos individuais semelhantes. A nova sistemática ainda

¹ Entrevista de Peter Häberle a Raul Gustavo Ferreyra. Universidade de Buenos Aires, Faculdade de Direito, 21.4.2009 (mimeo).

não contou com tempo hábil para surtir seus plenos efeitos redutores da carga de processos da Corte. Ainda assim, foram proferidas 115 mil decisões — a maioria delas, como é óbvio, meramente técnica, de menor exigência argumentativa —, enquanto no ano anterior esse número chegara a 130 mil.

Um dos instrumentos de racionalização dos trabalhos do STF é a súmula vinculante, que expressa uma máxima de julgamento sobre um ponto de direito constitucional que deve ser seguida por todos os demais órgãos do Judiciário e também pela Administração Pública de todas as esferas da Federação. As súmulas vinculantes estão vocacionadas a abater significativamente o número de controvérsias individuais análogas que, antes, chegavam ao Supremo Tribunal, onerando a Corte com o trabalho, sem maior significado para a fixação da inteligência dos assuntos constitucionais, de meramente reiterar o que já decidira antes.

Em 2009, foram editadas quatorze dessas súmulas, versando variados assuntos. As súmulas são numeradas sucessivamente a cada aprovação do seu verbete. O leitor das crônicas da jurisprudência do STF anteriores reconhecerá em duas das novas súmulas os precedentes que as originaram. A Súmula 25 assenta que «é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito». A de número subsequente dispõe que «é inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo».

Além das súmulas vinculantes, a redução de 38,5% na distribuição de processos no STF, na comparação de 2009 com o ano anterior, também deve ser creditada à estipulação da exigência da chamada repercussão geral para os recursos extraordinários.

O recurso extraordinário é o instrumento processual mais utilizado para levar uma demanda individual à Corte, repondo pela maior parte da avassaladora quantidade de feitos que aportam ao Tribunal. Após uma concertada ação do poder constituinte de reforma e do legislador ordinário e de intensa atividade normativa pelo próprio STF, passou-se a exigir, como requisito de admissibilidade do recurso, que ele verse uma questão que tenda a se reproduzir em outros processos ou que seja especialmente relevante para a orientação futura das ações públicas e também dos particulares.

Essas inovações, para além do seu imediato interesse prático, testemunham uma mudança significativa na percepção do papel constitucional do STF. A sua função de corte de justiça esmaece ante o realce crescente do seu feitio de corte constitucional. Repare-se que as novidades que vão ganhando efeito apontam claramente para o reconhecimento da vocação precípua do Tribunal de guardião da ordem constitucional e da segurança jurídica, sem detrimento, mas tampouco sem a predominância, do atendimento que lhe cabe das expectativas de solução de lides individuais.

Em suma, as alterações em curso confirmam os instigantes estudos de Francisco Segado sobre a convergência dos modelos originais de controle de constitucionalidade — realidade que resumiu no sugestivo título do ensaio, «*La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano — modelo europeu-kelseniano) de Justicia Constitucional*»². Repara-se, mais do que nunca, uma evidente tendência para a *abstrativização* da jurisdição constitucional no Brasil, não obstante as suas primeiras origens a vincularem ao sistema americano.

É tempo de repassar os principais julgados de 2009, iniciando com o que mais atenção provocou na imprensa — o chamado caso Battisti.

1. EXTRADIÇÃO: O CASO BATTISTI

Em 18 de novembro de 2009 conclui-se o julgamento do pedido de extradição (Ext 1.085), formulado pela Itália, que condenara o seu nacional Cesare Battisti a pena de prisão perpétua por quatro homicídios. O julgamento começara em setembro e atraiu votos longos, extensas discussões dentro e fora do Plenário da Corte e uma boa medida de paixão política.

Battisti fora militante de grupo extremista de esquerda na Itália dos conturbados anos 1970. Foi condenado pela Justiça italiana, em processos que correram à sua revelia, já que se refugiou fora do seu país. Morou algum tempo na França, onde se tornou escritor. Veio para o Brasil às pressas, quando o governo francês deu mostras da intenção de recambiá-lo para a sua pátria. Ao ser descoberto, a Itália formulou o pedido de extradição. Uma parcela operosa da opinião pública no Brasil, identificada com segmentos de esquerda, passou a se bater por que fosse dado asilo territorial a Battisti, a fim de livrá-lo das penas que o aguardavam na Europa. Por outro lado, o governo italiano e a maioria dos políticos peninsulares insistiam na entrega de Battisti, com razões veementes e ânimo em ascendente escala de exaltação. A imprensa dos dois países passou a cobrir o episódio, muitas vezes com inequívocas inclinações de ânimo.

Em certo instante, o Ministério da Justiça brasileiro concedeu refúgio político ao extraditando. Isso equivaleria a tornar inviável a extradição. O julgamento, entretanto, não ficou prejudicado. O STF, por maioria, entendeu que as hipóteses legais de concessão de refúgio são taxativas e que, se a autoridade do Executivo é livre para conceder a vantagem, somente o pode fazer nos casos em que a lei autoriza essa faculdade.

² Este é o título do artigo publicado no Brasil na *Revista Direito Público* (Brasília: IDP/ Síntese, out/nov. 2003, pp. 55-82).

O relator, Ministro Cezar Peluso, salientou que o refúgio, por força de lei, cabe a quem teme perseguição por motivos variados, como, por exemplo, à conta de suas opiniões políticas. Estimou, contudo, que o temor de hostilidades dessa ordem era despropositado, tendo em vista a notória organização democrática-constitucional da sociedade italiana. Afastou, ainda, por fantasiosa, a alegação de que as condenações sofridas pelo extraditando seriam o resultado da infiltração de «forças políticas subversivas», ante a absoluta ausência de suporte em fatos concretos para a suposição.

O STF também censurou o ato do governo brasileiro, no ponto em que o Ministro da Justiça classificou como crimes políticos as práticas imputadas ao extraditando. O Supremo afirmou que o sistema jurídico brasileiro designa o próprio Tribunal como o competente, com exclusividade, para proceder a tais qualificações.

A legislação brasileira, ademais, expressamente dispõe que «não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que tenham cometido crime hediondo» (art. 3º, III, da Lei nº 9.474/97). Anotou-se, então, que os crimes cometidos pelo extraditando não apresentaram conotação política; antes, «entrariam com folga na classe dos crimes comuns graves, qualificados de hediondos». Acrescentou-se que os crimes de homicídio doloso pelos quais o extraditando fora julgado, mesmo que à revelia, eis que fujitivo, e condenado, «não guardariam relação com fins altruístas que caracterizariam movimentos políticos voltados à implantação de nova ordem econômica e social, mas revelariam, pelo contrário, puro intuito de vingança pessoal».

Em votação por maioria, a extradição foi deferida, mas, por apertado número de votos, se reconheceu, também, que o Presidente da República gozava de discricionariedade política para proceder ou não à extradição que a Corte estimara legal, já que a ele competia operar no âmbito das relações internacionais.

Outros dois casos de extradição atraíram interesse. Num deles (Ext 974, j. 6.8.2009), um militar uruguaio era reclamado pela Argentina, acusado de haver tomado parte ativa em operação conjunta de militares do Cone Sul (Operação Condor), orientada a reprimir atividades de oposição aos regimes no poder, na década de 1970. O crime era de sequestro e foram levantadas objeções à extradição, relacionadas com a concessão de anistia no país requerente e com a prescrição. O obstáculo da anistia foi superado, dada a invalidade declarada no país vizinho da lei que a concedeu. A prescrição foi afastada, com o argumento de que o sequestrado nunca reapareceu, sendo o crime, ademais, permanente.

Na Extr. 1.122 (DJe 27.8.2009), foi concedido o pedido de entrega, formulado por Israel, de um religioso acusado de torturar crianças em cidade palestina, durante rituais de purificação. O ponto controverso esta-

va na circunstância de o crime ter sido praticado em área que seria administrada pela Autoridade Nacional Palestina, que não possui tratado de extradição com o Brasil, nem manifestou interesse no acusado. Entendeu o Tribunal que Israel era competente «para o ajuizamento do pleito extradição, seja porque o extraditando cometeu, em solo exclusivamente israelense, os mesmos crimes descritos no pedido inicial, seja porque o extraditando é de nacionalidade israelense. Além do que são de nacionalidade israelense as vítimas arroladas no pedido inicial.» Acrescentou o STF que «a própria natureza do crime de tortura autoriza a adoção do princípio da extraterritorialidade da lei incriminadora.» Afinal, o STF relatou que, para dirimir qualquer dúvidas sobre competência para julgar o extraditando, procedeu a diligências, de que resultou a conclusão de que «o Poder Judiciário de Israel possui competência para julgar fatos ocorridos na área “C” do Acordo Provisório, que inclui a área onde Beitar Illit está localizada, haja vista se tratar de uma área na qual Israel possui jurisdição exclusiva em questões legais, administrativas e relativas à segurança».

2. DIREITO DOS ÍNDIOS: TERRITÓRIO INDÍGENA. CASO RAPOSA SERRA DO SOL. PET 3388/RR, DJE- 25-09-2009

Outro julgado de intensa repercussão envolveu o tema do direito dos índios às terras por eles imemorialmente ocupadas. O STF foi chamado a decidir se eram constitucionais a delimitação e qualificação como indígena de vasta área na Região Norte do país (Raposa/Serra do Sol), levada a cabo por decreto do Presidente da República. O problema foi suscitado em ação popular. O processo envolveu vários estudos multidisciplinares e até uma visita de Ministros à região do atrito.

Afinal, o Tribunal concordou em que o decreto de delimitação da área era legítimo, embora haja explicitado diversas salvaguardas fundamentais a serem necessariamente observadas.

No importante precedente, ficou assentado que a Constituição protege não apenas os silvícolas, «índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva», como também os índios em processo de aculturação.

Proclamou-se que «os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente reconhecidos, e não simplesmente outorgados [pela Constituição]».

Isso não obstante, o constituinte cogitou de terras indígenas e, não, de território indígena. Não conferiu a essas terras um status político, nem lhes conferiu a «dimensão de uma instância transnacional». Quis a Constituição, antes, que todas as terras indígenas fossem um bem público federal. Daí que «nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura

normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como Nação, País, Pátria, território nacional ou povo independente».

Segundo a Constituição, são terras indígenas aquelas tradicionalmente por eles ocupadas. Essas porções não perdem essa característica quando, «ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios». Tais áreas compreendem as terras utilizadas para atividade produtiva, mas, também, as que são «imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar» e ainda aquelas que se revelarem «necessárias à reprodução física e cultural de cada qual das comunidades étnico-indígenas, segundo seus usos, costumes e tradições».

De toda sorte, o status das terras indígenas deve ser conciliado com a presença nelas de não-índios. Não pode significar a exclusão da ação do Poder Público, que nelas pode agir, por exemplo, por meio da «instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas».

O STF igualmente esclareceu que as instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal, principalmente) podem e devem estar também presentes nessas terras, «com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência eventualmente malsã de certas organizações não-governamentais estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade». De todo modo, «é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa», conforme concluiu o Supremo Tribunal.

3. MONOPÓLIO DOS CORREIOS

Lei de 1978, anterior, portanto, à Constituição de 1988, instituiu o monopólio das atividades postais em favor de empresa pública (a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT). Esse diploma legal foi desafiado perante o STF, em arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 46/DF, j. 5.8.2008), argumentando-se que não teria sido re-

cebido pela Constituição em vigor, que incorpora os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

O precedente fixa que «o serviço postal constitui serviço público, portanto, não atividade econômica em sentido estrito», daí não se lhe aplicarem os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Aduziu que os serviços públicos são prestados em regime de privilégios, entre os quais a exclusividade na exploração, até mesmo para incentivar a prestação do serviço público pelo setor privado, quando este atua na condição de concessionário ou permissionário.

O Tribunal referiu que a livre prestação do serviço postal por empresa privada dependeria de disposição constitucional específica nesse sentido, como o constituinte, por exemplo, fez, com relação à saúde e à educação, tornadas atividades que podem ser realizadas por particulares independentemente de concessão ou permissão³.

A decisão significa, na prática, que cartas pessoais e comerciais, cartões-postais e correspondências agrupadas (malotes) só poderão ser transportados e entregues pela empresa pública. Não há crime, porém, no transporte de outros tipos de correspondências e encomendas.

4. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Tendo sido absorvido como princípio constitucional, o respeito à dignidade da pessoa humana tem sido invocado em múltiplos contextos, muitas vezes antagônicos entre si. Observa-se uma certa falta de parâmetro na evocação desse princípio de tão amplos e vaporosos contornos. Em doutrina, afirma-se mesmo ser preferível que o princípio se mantenha amorfo e adaptável às circunstâncias. Na jurisprudência, tem sido invocado, quer para superar barreiras legais estritas e expressas a certas pretensões, quer para reforçar posições já consolidadas em lei, acaso objeto de alguma sorte de resistência.

Exemplo deste segundo grupo de casos é o julgado no HC 95.464, DJ 13.3.2009. Tratava-se de *habeas corpus* impetrado em favor de pessoa que se encontrava presa, cautelarmente, sem ainda condenação proferida, por mais tempo do que a lei o admite. O Tribunal, para realçar a gravidade que via no fato, expressou:

«A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa — considerada a centralidade desse princípio

³ Diz o art. 199 da CF que «a assistência à saúde é livre à iniciativa privada». De seu turno, o art. 209 estipula que «o ensino é livre à iniciativa privada».

essencial (CF, art. 1º, III) — significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo».

Como exemplo do primeiro grupo de propósitos a que serve a invocação do princípio, serve o que foi decidido no HC 98.675, DJe 21.8.2009. Um preso pela prática de homicídio qualificado postulava ser recolhido em regime de prisão domiciliar, dado que necessitava de assistência médica que o estabelecimento prisional não tinha como dispensar. O preso não se encontrava em regime aberto, como exigia a lei para que pudesse usufruir da vantagem. Mesmo, porém, sem que o seu caso houvesse sido contemplado pela Lei de Execuções Penais, o STF concedeu a ordem conforme requerida, com o argumento jurídico único centrado no princípio da dignidade. Lê-se do acórdão:

«Em que pese a situação do paciente não se enquadrar nas hipóteses legais, a excepcionalidade do caso enseja o afastamento da Súmula 691-STF e impõe seja a prisão domiciliar deferida, pena de violação do princípio da dignidade da pessoa humana [artigo 1º, inciso III da Constituição do Brasil].»

Em outro precedente, porém, mesmo suscitado o princípio, não houve atendimento do que se pedia em *habeas corpus*. No HC 85.203, j. 6.8.2009, o Tribunal, embora por maioria, entendeu que o estrangeiro expulso do Brasil, após haver cumprido pena por tráfico de entorpecentes, não podia retornar ao Brasil, mesmo aqui tendo filha e companheira. Prevaleceu o ponto de vista de que, em casos assim, os princípios da proteção da dignidade e da família teriam sido também considerados no que tange à necessidade de resguardo da coletividade nacional, não incumbindo ao Judiciário se substituir ao poder político nessa avaliação.

O julgado em que o princípio da dignidade da pessoa humana apresentou mais influente repercussão, porém, ainda provoca bastante polêmica. No HC 84.078 (julgado em Plenário em 5.2.2009 e publicado no DJe 26.2.2010), o Tribunal, com quatro votos vencidos, afirmou que antes do trânsito em julgado da condenação penal, a prisão somente pode ocorrer a título cautelar.

No caso, o paciente vira-se submetido a prisão imediata, depois de ser condenado em primeira e segunda instâncias. Ainda lhe restavam recursos de índole especial para o Superior Tribunal de Justiça ou para o Supremo Tribunal Federal. Esses recursos, contudo, por lei, não possuem efeito suspensivo; portanto, não obstarão à aplicação imediata da pena. Ocorre que

a Lei de Execução Penal, posterior, não cogita de cumprimento de pena que não haja transitado em julgado.

Afastando-se de entendimento de tempos mais antigos, o Tribunal, nessas circunstâncias, afirmou a impossibilidade da prisão antes de esgotados todos os recursos cabíveis, mesmo aqueles sem efeito suspensivo, ao fundamento de que essa é a inteligência que impõem os princípios da ampla defesa e da presunção de inocência. Especialmente, a nova linha, segundo a Corte, seria reclamada pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Daí, dizer o acórdão:

«Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.»

5. DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO PENAL

O precedente em que se fixou que não deve haver cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória não foi a única deliberação importante, no que tange à incidência dos direitos fundamentais sobre a atividade punitiva do Estado.

O princípio da presunção de inocência também foi considerado decisivo para que se considerassem dispositivos do Código de Processo Penal, que é anterior a 1988, como não recebidos pela atual ordem constitucional. Nos HC 90.279 e HC 85.369, ambos julgados em 26.3.2009, afirmou-se contrário à Constituição — especificamente, avesso ao princípio de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da decisão judicial pertinente —, a previsão normativa de que a apelação de réus foragidos ou desaparecidos não deve ser conhecida pelo tribunal de segunda instância.

O STF continua firme na jurisprudência de que é imprescindível que o juiz, ao decretar a prisão cautelar, justifique fundamentadamente a providência, que deve ser excepcional. No HC 98.862 MC, DJe 12.5.2009, tornou-se a ensinar que «a fundamentação idônea é requisito de validade do decreto de prisão preventiva», não cabendo ao tribunal de segunda instância corrigir a fundamentação, aduzindo razões, mesmo que válidas, que deveriam, contudo, ter constado do decreto de segregação. Ratificou-se antiga e constante jurisprudência no sentido de que «a motivação há de ser

própria, inerente e contemporânea à decisão que decreta o ato excepcional de privação cautelar da liberdade, pois — insista-se — a ausência ou a deficiência de fundamentação não podem ser supridas *a posteriori*».

Em outra oportunidade, o Tribunal examinou a compatibilidade com a Constituição do uso da prova emprestada (prova produzida em outro processo), não censurando decisão do Superior Tribunal de Justiça, que admira tal evidência, em processo penal, desde que sobre ela as partes fossem cientificadas e pudessem contrastá-la com argumentos ou contra-provas (contraditório). É o que se encontra no HC 95.186, DJe 12.6.2009.

Ainda enfatizando a necessidade de fundamentação clara e bastante, sobretudo nos processos penais, o Supremo Tribunal anulou decisão de outra corte, que se recusara, mesmo provocada especificamente a tanto, por meio de embargos de declaração, a enfrentar certa tese da defesa. Ao tribunal inferior parecera que, se já havia lançado razão para a improcedência do pedido deduzido, seria desnecessário comentar argumentos outros levantados pela parte. O STF não admitiu o procedimento, tendo-o como hostil ao princípio constitucional do devido processo legal, afirmando:

«Transgredir a noção do devido processo legal, desafiando os recursos de revista, especial e extraordinário pronunciamento que, inexistente incompatibilidade com o já assentado, implique recusa em apreciar causa de pedir veiculada por autor ou réu. O juiz é um perito na arte de proceder e julgar, devendo enfrentar as matérias suscitadas pelas partes, sob pena de, em vez de examinar no todo o conflito de interesses, simplesmente decidi-lo, em verdadeiro ato de força, olvidando o ditame constitucional da fundamentação, o princípio básico do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional» (RE 435.256, DJe 26.5.2009).

O STF tem assumido linha de adesão à teoria da insignificância penal, impedindo que haja condenação ou mesmo persecução penal quando o bem atingido é de reduzido valor econômico. Diz-se que, nessas hipóteses, falta mesmo a tipicidade penal. Em 2009, outras decisões mais foram tomadas nessa diretriz. Numa delas, o Tribunal entendeu que não configura crime de descaminho a supressão de tributo (de R\$ 2.500,00, aproximadamente US\$ 1.300) que seria devido pelo ingresso de mercadoria importada no país. Isso porque, o próprio Poder Público, por lei, não leva adiante execuções fiscais de valor consolidado inferior a R\$ 10.000,00. Disse o Tribunal, no RE 435.256, DJe 26.5.2009:

«Não há sentido lógico permitir que alguém seja processado, criminalmente, pela falta de recolhimento de um tributo que nem sequer se tem a certeza de que será cobrado no âmbito administrativo-tributário do Estado. Estado julgador que só é de lançar mão do direito

penal para a tutela de bens jurídicos de cuja relevância não se tenha dúvida».

Nos crimes, todavia, em que o bem juridicamente tutelado não possui significado econômico específico, a teoria não se aplica. Daí o HC 96.153, DJe 26.5.2009, ter admitido o prosseguimento da persecução penal contra réu acusado de crime de moeda falsa. Lê-se no precedente:

«A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de reverenciar — em crimes de moeda falsa — a fé pública, que é um bem intangível, que corresponde, exatamente, à confiança que a população deposita em sua moeda».

6. TIPIFICAÇÃO PENAL E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Duas decisões sobre um mesmo problema jurídico põem em evidência os riscos de incerteza suscitados pela aplicação do princípio da proporcionalidade. Em especial, mostram a influência inescapável do subjetivismo do julgador nesse tipo de juízo.

Em termos gerais, o problema surgiu porque o *caput* do art. 180 do Código Penal prevê pena de um a quatro anos de reclusão para o comportamento de adquirir coisa que o agente saiba ser produto de crime, enquanto o § 1º pune com três a oito anos de reclusão aquele que adquire, «no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime».

Em 2008, registrou-se decisão, monocrática, no âmbito do STF, declarando que o § 1º do art. 180 do Código Penal feria o princípio da proporcionalidade, já que, cogitando de crime culposo («deveria saber»), cominava pena mais grave do que aquela reservada para o crime na modalidade dolosa, descrita no *caput* («sabe ser produto de crime»). O raciocínio subjacente ao decisório era o de que, se o legislador considerou bastante a pena de reclusão em certo patamar para reprimir a conduta dolosa, não poderia impor pena ainda mais drástica para punir conduta culposa, de menor gravidade. Essa pena não seria necessária (HC 92525 MC, DJe 4.4.2008).

Em 2009, a mesma questão recebeu solução distinta na 2ª Turma do STF (HC 97.344, DJe 29-05-2009). Não se viu falta de razoabilidade na opção do legislador, já que a conduta do comerciante (§ 1º) seria mais grave do que a do indivíduo comum (*caput*), uma vez que aquele, «em virtude da própria atividade profissional, possui maior facilidade para agir como receptor de mercadoria ilícita.» Além disso a conduta de quem deve saber também abrange o dolo direto, ao lado do eventual.

A variação de inteligência exemplifica os riscos de divergências envolvidos na crítica ao legislador a partir do juízo de proporcionalidade, mesmo no que tange ao subprincípio da necessidade.

Em outra ocasião, (RE 543.974, DJe 29.5.2009), o STF se recusou aplicar o princípio da proporcionalidade, quando, na realidade, a sua invocação se prestaria a criticar opção feita pelo constituinte originário.

A Constituição estabelece, no art. 243, que «as glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei».

Um tribunal de segunda instância havia decidido que essa desapropriação-confisco deveria abranger apenas a área da gleba em que a plantação ilegal ocorria, não podendo alcançar toda a gleba, até porque, de outro modo, o princípio da proporcionalidade ficaria aviltado. No caso, a plantação ocupava pequenos 150 m² de uma gleba muito mais vasta, de mais de 25 ha.

O STF cassou a decisão da instância ordinária, apontando que a Constituição nitidamente fizera a opção por desapropriar toda a fazenda em que a plantação de substâncias alucinógenas ocorria, mesmo que essa cultura não ocupasse toda a extensão da propriedade. Esclareceu que essa deliberação do constituinte não estava sujeita a revisão de razoabilidade pelo Judiciário.

O relator do precedente foi incisivo na sua crítica ao julgado do Tribunal Regional Federal. Depois de advertir contra a «banalização da proporcionalidade», lançou essas duras palavras:

«Diz-se [no tribunal de segunda instância], em outros termos, que a expropriação da totalidade da gleba onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas é desproporcional. Como se o Tribunal Regional Federal apontasse, corrigindo-o, um desvio do Poder Constituinte. Como se o ‘princípio da proporcionalidade’ a ele, Poder Constituinte, se impusesse, limitando-o. O Poder Constituinte seria soberano nos limites da proporcionalidade... Não seria soberano! Uma coisa nunca vista!»

A Corte não é, decerto, avessa a se valer do juízo de proporcionalidade — claro que em situações em que se examina ato de algum poder constituído —, máxime em reforço de outro argumento técnico. Em 5.6.2009, o Diário de Justiça publicou o acórdão no RE 349.703, em que o STF assentou que a prisão civil do devedor-fiduciante no contrato de alienação fiduciária em garantia, prevista em Decreto-Lei de 1969 e reforçada em

dispositivo do Código Civil de 2002, não somente não prevalecia sobre norma que o vedava da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o Pacto de San José), como também porque feria a exigência da proporcionalidade.

O STF fixou que os tratados de direitos humanos de que o Brasil faz parte ostentam *status* normativo infraconstitucional, mas supralegal. Vale, portanto, acima de qualquer lei interna, ainda que esteja abaixo da Constituição.

Além disso, e como apoio para a solução de repudiar a aplicação da prisão civil do devedor-fiduciante, a Corte declarou que a medida de privação de liberdade para satisfação de crédito de outrem viola o princípio da proporcionalidade, já que a ordem jurídica «prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso».

O juízo de proporcionalidade voltou a ser relevante para a solução de outro processo, o RE 511.961, como será visto mais adiante.

7. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Julgamento bastante esperado e de considerável impacto social aconteceu quando o STF apreciou a ADPF 130, em 30.4.2009. Discutia-se a subsistência, na ordem constitucional inaugurada em 1988, da chamada «Lei de Imprensa», a Lei nº 5.250/1967.

O Tribunal, com longos e eruditos votos de todos os seus integrantes, concluiu, por maioria, que a lei de 1967 não havia sido recebida pela Constituição em vigor, dado o ânimo mesmo do diploma, elaborado durante o período do regime militar, inconciliável com a índole democrática da sociedade pós-88.

O voto do relator, Ministro Carlos Britto, assinalou que «a Lei de Imprensa foi concebida e promulgada num longo período autoritário (...), regime esse patentemente inconciliável com os ares da democracia resgatada e proclamada na atual Carta Magna. Essa impossibilidade de conciliação, sobre ser do tipo material ou de substância, contaminaria grande parte, senão a totalidade, da Lei de Imprensa, quanto ao seu ardiloso ou subliminar entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; e quanto ao seu *spiritus rectus* ou fio condutor do propósito último de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder».

O acórdão enfatizou a «relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia, [a] relação de inerência entre pensamento crítico e imprensa livre, a imprensa como instância natural de formação da opinião pública e como alternativa à versão oficial dos fatos».

O relator expressou, mais ainda, a convicção de ser «da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil».

Por fim, o Tribunal considerou que nenhum dos artigos da lei poderia subsistir, mesmo que autonomamente, sob pena de a Corte desvirtuar a essência que conferia sentido unificado ao diploma. Por isso não admitiu nem sequer o emprego tópico do método da interpretação conforme a Constituição. A esse propósito, o acórdão consignou que «a técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria».

Ao ver do Tribunal, estava-se diante de um texto que não poderia ser dividido, tendo em vista a «inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado». Daí haver dito que se estava diante de «caso-limite de interpretação necessariamente conglomerante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo».

Não se poderia, à guisa de atividade hermenêutica, proceder a um desvio das finalidades da lei. Por isso, a verificação da «impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal n.º 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo *pro indiviso*».

Assentou-se que as causas decorrentes das relações de imprensa haveriam de se resolver à vista do disposto no Código Civil, no Código Penal e nos códigos de processo.

Conquanto na ementa do acórdão haja várias referências do relator sobre a impossibilidade de até mesmo o Judiciário interferir na publicação de matéria jornalística, mesmo que atuando na defesa de direitos fundamentais de indivíduos retratados nas reportagens, esse tema não foi objeto de decisão da Corte, restando como *obiter dictum*. Isso foi o que acabou ficando esclarecido no julgamento, em 10.12.2009, da Rcl 9.428.

Neste último caso, o irmão de uma personalidade política influente, obtivera medida judicial que impedia a publicação pela imprensa do teor de conversas telefônicas por ele mantidas, que haviam sido gravadas, com

autorização judicial, para fins de instrução de inquérito policial. A decisão do Tribunal de Justiça não se baseara, em nenhum momento, na Lei de Imprensa de 1968, mas na necessidade de proteção de valores constitucionais.

No acórdão, o relator afirmou que não era possível extrair dos votos constantes da ADPF 130 uma posição do Tribunal como um todo contrária a que a liberdade de imprensa pudesse vir a ser sopesada, em casos concretos, com o direito à privacidade, à honra e à imagem. Em consequência, a deliberação do Tribunal de Justiça não poderia ser vista como, em si, contrastante com o decidido na ADPF 130.

Ainda no campo da liberdade de expressão, mais especificamente, no lado da liberdade de imprensa, o STF tomou outra decisão de vasta repercussão. No RE 511.961, DJe 13.11.2009, proclamou a revogação, pela Constituição de 1988, do Decreto-Lei n.º 972/69, em que se exigia diploma de curso superior de jornalismo, registrado no Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista.

Tornou-se a explicitar o que o STF decidiu na ADPF 130, acentuando-se que «as liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente poderiam ser restringidas pela lei em casos excepcionalíssimos, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. Nesse sentido, aduziu-se que o constituinte de 1988 não concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição pelo Judiciário ou pelo Legislativo, mas apenas estabeleceu ser inadmissível que a disciplina legal criasse embaraços à liberdade de informação».

A exigência de diploma de curso superior para o exercício profissional da liberdade de expressão foi tida, em seguida, pela Corte como um empeco injustificado à liberdade de profissão e de informação. A Constituição não autoriza o controle pelo Estado do acesso à profissão de jornalista, nem o monitoramento do seu desempenho. «Qualquer tipo de controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura — disse o Tribunal, pela voz do seu Presidente, Ministro Gilmar Mendes —, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, inciso IX, da Constituição».

O acórdão explicitamente se alinhou com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, em 1985, declarara hostil ao art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (que proclama a liberdade de expressão) a exigência de diploma universitário e de inscrição em ordem profissional como pressuposto para o exercício do jornalismo.

No decisório, mencionou-se que a Constituição permite que a liberda-

de de exercício de profissão sofra limite pela lei, tendo em vista razões de qualificação profissional. Trata-se de uma reserva legal qualificada, que submete o legislador ao escrutínio da razoabilidade e da proporcionalidade, não se admitindo que reste afetado o núcleo essencial da liberdade.

O relator do processo, Ministro Gilmar Mendes, analisando a restrição em causa sob o ponto de vista da proporcionalidade, anotou que era «preciso verificar se o exercício da profissão de jornalista exige qualificações profissionais e capacidades técnicas específicas e especiais e se, dessa forma, estaria o Estado legitimado constitucionalmente a regulamentar o tema em defesa do interesse da coletividade».

Prosseguindo, atinou para que, «no exame da proporcionalidade, o art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei n.º 972/1969 não passa sequer no teste da adequação». Explicou:

«É fácil perceber que a formação específica em curso de graduação em jornalismo não é meio idôneo para evitar eventuais riscos à coletividade ou danos efetivos a terceiros. De forma extremamente distinta de profissões como a medicina ou a engenharia, por exemplo, o jornalismo não exige técnicas específicas que só podem ser aprendidas em uma faculdade. O exercício do jornalismo por pessoa inapta para tanto não tem o condão de, invariável e incondicionalmente, causar danos ou pelo menos risco de danos a terceiros. (...) As violações à honra, à intimidade, à imagem ou a outros direitos da personalidade não constituem riscos inerentes ao exercício do jornalismo; são, antes, o resultado do exercício abusivo e antiético dessa profissão.»

De toda forma, acrescentou o Tribunal, no caso do jornalista, a atividade profissional se liga diretamente à liberdade de expressão, o que a imuniza de exigências de qualificação técnica. Lê-se no acórdão:

«Não se trata apenas de verificar a adequação de uma condição restritiva para o exercício da profissão, mas de constatar que, num âmbito de livre expressão, o estabelecimento de qualificações profissionais é terminantemente proibido pela ordem constitucional, e a lei que assim proceder afronta diretamente o art. 5º, inciso XIII, da Constituição».

A Corte também teve o ensejo, em outro precedente, de confirmar a doutrina de que na liberdade de expressão se inclui não somente o direito de informar, de buscar informação e de opinar, como também o de criticar, especialmente figuras públicas ou notórias.

No AI 505.595, o relator, Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática de 20.11.2009, mais tarde confirmada pela 2ª Turma do STF (em 2.3.2010), acentuou-se que «o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as

pessoas públicas». Daí que, embora seja certo que «o direito de crítica não assume caráter absoluto», «a crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, por mais acerba, dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade».

O recurso foi, afinal, provido, para isentar o jornalista da condenação por danos morais sofrida em instância ordinária.

8. LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO E DEFESA EM JUÍZO DE ASSOCIADOS

No domínio da liberdade de associação, o STF teve a oportunidade de elucidar que, se os estatutos sociais dessas entidades contêm cláusula prevendo a possibilidade de defesa em juízo dos interesses dos filiados, essa autorização genérica não é suficiente para legitimar que por eles litigue como representante processual. É indispensável que haja também autorização expressa e específica para a causa, ainda que não se exija procuração de cada associado, sendo bastante a autorização conferida pela assembléia geral da entidade.

9. LIBERDADE RELIGIOSA E NEUTRALIDADE DO ESTADO

Na STA 389 AgR, j. 3.12.2009, foi enfrentado tema relacionado com o princípio da neutralidade do Estado em tema de religião e o respeito devido ao exercício da fé dos titulares do direito de liberdade religiosa.

O processo surgira de problema suscitado pela designação de data de realização da prova nacional para aferição de conhecimentos dos alunos concluintes do ensino médio (ENEM) que recaía em dia da semana de recolhimento de alunos de fé judaica. Vinte e dois alunos secundaristas obtiveram de Tribunal Regional Federal provimento para que pudessem realizar essa prova nacional em dia alternativo ao sábado, em igual nível de dificuldade.

O Supremo Tribunal, ao examinar o recurso contra a decisão, conferiu ênfase à noção de que «o dever de neutralidade do Estado não se confunde com a idéia de indiferença estatal, devendo o Estado, em alguns casos, adotar comportamentos positivos, com a finalidade de afastar barreiras e sobrecargas que possam impedir ou dificultar determinadas opções em matéria de fé».

O STF declaradamente recusou valia no Brasil à jurisprudência norte-americana que entende que a Constituição erige um muro entre Igreja e Estado, não autorizando que se possam aprovar leis que «favoreçam uma religião, que auxiliem todas as religiões».

Concordando com a doutrina de Jorge Miranda de que «o silêncio sobre religião, na prática, redundava em posição contra a religião», salientou que «é importante afirmar que, em nosso país, neutralidade estatal não se confunde com indiferença». Daí a legitimidade de ações positivas do Estado em matéria religiosa, «buscando-se afastar sobrecargas sobre determinadas confissões religiosas, principalmente sobre as minoritárias».

No caso levado ao STF, entretanto, a data da prova marcada se avizinhava e o Tribunal anteviu dificuldades administrativas decorrentes da providência determinada pelo TRF, que poderiam inviabilizar a própria prova nacional. Além disso, observou que o Ministério da Educação permite aos estudantes que não podem fazer prova durante o dia do sábado, que a prestem após o pôr-do-sol. Essa medida, disse o acórdão, «revela-se, em face dos problemas advindos da designação de dia alternativo, mais consentânea com o dever do Estado de neutralidade diante do fenômeno religioso (...) e com a necessidade de se tratar todas as denominações religiosas de forma isonômica».

Com isso, foi desautorizada a decisão do Tribunal Regional Federal.

10. DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

Outro importante pronunciamento se deu na ADI 2.139 MC, DJe 23.10.2009. O STF asseriu que o legislador não pode exigir a observância de procedimentos prévios ao acesso à Justiça, sob pena de desrespeito à garantia constitucional da prestação jurisdicional (Constituição, art. 5º, XXXV). Por isso, o STF concedeu medida cautelar afastando a obrigatoriedade de que as demandas trabalhistas fossem submetidas preliminarmente a comissão de conciliação prévia, conforme estipulava lei do ano 2000.

Asseverou que «a Constituição Federal em vigor (...) é exaustiva quanto às situações jurídicas passíveis de ensejar, antes do ingresso em juízo, o esgotamento da fase administrativa, alcançando, na jurisdição cível-trabalhista, apenas o dissídio coletivo».

11. GREVE DE SERVIDOR PÚBLICO

Em 2008, publicou-se o acórdão em que o STF decidiu que os servidores públicos não podem ter o seu direito de greve, que foi assegurado pela Constituição «nos termos da lei», inviabilizado pela inércia do legislador em regular o modo de exercício desse direito fundamental social. O Tribunal, diante da omissão inconstitucional, decidiu que a greve pode ser exercida, respeitadas as peculiaridades que estremam o servidor público do

trabalhador em geral. Se a greve destes é resultado de tensão entre trabalho e capital, pressionando o interesse privado do detentor do capital, a greve dos servidores públicos compromete o interesse dos cidadãos, que necessitam dos serviços públicos e a ele fazem jus. Daí o entendimento de que as greves dos servidores públicos devem ser analisadas sob o aspecto da legalidade com cautela, sem a transposição imediata e integral da legislação trabalhista em vigor.

Na Rcl 6.568, DJe 25.9.2009, o STF resolveu que greve de policiais civis, vinculados a Estado-membro, deve ter a sua legalidade apurada, segundo esses parâmetros, não pela Justiça especializada do Trabalho, mas pela Justiça comum estadual. Vários ministros, contudo, anteciparam posição no sentido de que a greve seria inadmissível em setores vitais do Estado, como o da segurança pública. Consta do acórdão:

«Os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve. Essa é a regra. Ocorre, contudo, que entre os serviços públicos há alguns que a coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totalidade. Atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da Justiça — onde as carreiras de Estado, cujos membros exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária — e a saúde pública não estão inseridos no elenco dos servidores alcançados por esse direito. Serviços públicos desenvolvidos por grupos armados: as atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve».

12. DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA JURÍDICA

A Constituição brasileira assegura, no *caput* do art. 5º, o direito à segurança, que inclui a segurança jurídica, a proteção da confiança e da boa fé do cidadão em face dos poderes públicos. Esse direito está, em alguns pontos, especificado sob a designação de «direito adquirido» e também pela garantia da «irredutibilidade de vencimentos» dos servidores públicos. As controvérsias envolvendo o tema da segurança jurídica não são poucas. Em 2009, vale o destaque de algumas delas.

No RE 563.965 (DJe 20.3.2009), o STF reafirmou a sua jurisprudência no sentido de não se poder invocar direito adquirido à manutenção de um dado regime jurídico. Se os servidores públicos fazem jus a não ver abatido o total da remuneração que percebem, isso não impede que a legislação seja alterada no que tange ao modo como esse total é calculado, desde que preservado o valor já obtido anteriormente. Nesses limites, a só

alteração da «forma de cálculo de gratificações e, conseqüentemente, a composição da remuneração de servidores públicos, não ofende a Constituição».

Em outras oportunidades, o STF também agiu para preservar situações consolidadas, contra ações de órgãos do poder público, como o Tribunal de Contas da União (TCU), que, no Brasil, integra o Poder Legislativo.

No MS MC 27.962, DJe 25.3.2010, não se admitiu que o Tribunal de Contas da União pudesse, ao apreciar aposentadoria, suprimir dos proventos de servidor verba que lhe havia sido deferida por decisão judicial transitada em julgado, com a qual o TCU não concordava. Não somente a garantia da coisa julgada se opunha à decisão da corte de contas, como, da mesma forma, o valor da segurança jurídica ficara atingido pelo fato de a alteração determinada romper com situação que se estabelecera há mais de dezesseis anos. A decisão apresenta essa expressiva argumentação:

«A fluência de tão longo período de tempo culmina por consolidar justas expectativas no espírito do administrado (do servidor público, no caso) e, também, por inculcar, nele, a confiança da plena regularidade dos atos estatais praticados, não se justificando — ante a aparência de direito que legitimamente resulta de tais circunstâncias — a ruptura abrupta da situação de estabilidade em que se mantinham, até então, as relações de direito público entre o agente estatal, de um lado, e o Poder Público, de outro.

Cumpra observar, neste ponto, que esse entendimento — que reconhece que o decurso do tempo pode constituir, ainda que excepcionalmente, fator de legitimação e de estabilização de determinadas situações jurídicas — encontra apoio no magistério da doutrina.»

Em dois outros casos, MS 26.393 e MS 26.404, todos julgados em 29.10.2009, também se aplicou o princípio da segurança jurídica para recusar que o TCU pudesse determinar o desfazimento de atos de ascensão funcional (pelos quais servidores mudaram de carreira numa mesma entidade, obtendo maiores ganhos, mas sem submissão a concurso público específico, como estabelecido pela Carta da República) ocorridas entre 1993 e 1995. A decisão do TCU era de 2006. Aplicando-se o princípio da segurança jurídica, reafirmou-se a jurisprudência do STF no sentido de que o TCU teria prazo de 5 anos para objetar contra a legalidade dos atos submetidos ao seu escrutínio. Ratificou-se a inteligência expressa em outro julgado, MS 24.448, DJ 14.11.2007, em que se esclareceu que «este aspecto temporal diz intimamente com o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito».

13. ESTRANGEIROS NÃO RESIDENTES NO BRASIL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O *caput* do art. 5º da Constituição brasileira garante direitos fundamentais aos «brasileiros e aos estrangeiros residentes no País». Esses dizeres aparentemente excluiriam os estrangeiros não-residentes de invocar direitos e garantias individuais dispostos nos mais de setenta incisos do artigo. A inteligência do STF sempre foi, porém, ampliativa, com base até mesmo na norma do art. 1º, III, da Carta, que indica a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de direito do Brasil. Direitos que se prendem a esse valor, portanto, são titularizados por todos, independentemente do *status* da sua entrada no país. Assim, apenas alguns direitos e garantias descritos no art. 5º seriam recusados ao estrangeiro (como, por exemplo, o direito de ajuizar ação popular para preservar o patrimônio público).

No HC 94.016 (DJ 20.2.2009), outra vez se disse que a garantia constitucional do *habeas corpus* pode ser impetrada pelo estrangeiro, mesmo que não-residente no Brasil. Mais ainda, reiterou-se que esse estrangeiro faz jus inequivocamente à garantia do devido processo legal. Lê-se no decisório:

«O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do «habeas corpus», em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal».

No precedente, o STF garantiu ao réu alienígena o direito de formular perguntas a co-réu, no momento do interrogatório.

Nessa mesma linha, no HC 97.147, julgado em 4.8.2009, ficou estabelecido que «o fato de o condenado por tráfico de droga ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no país e ser objeto de processo de expulsão, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena».

14. DIREITO À PRIVACIDADE

Duas decisões tocaram o tema do direito à privacidade.

Numa delas, entendeu-se, por maioria de votos, que a gravação ambiental de conversa incriminadora por um dos participantes do encontro não fere a garantia da privacidade e não constitui, por isso, prova ilícita no processo penal (AP 447, j. 18.2.2009).

Em outra, foi trancada uma ação penal, porque baseada, toda ela, em dados bancários obtidos sem autorização judicial. O sigilo bancário é visto como expressão do direito à privacidade e somente pode ser rompido por força de autorização judicial ou por decisão de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI). No caso, o réu havia confessado o crime, depois de confrontado com os dados relativos a movimentação bancária apresentados. Ainda assim, o processo foi encerrado. Entendeu o Tribunal que a confissão somente se dera como efeito da prova ilícitamente colhida. Prestigiou-se a doutrina dos *fruits of the poisonous tree* (HC 90.298, Dje 15.10.2009).

15. UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO

Numa disputa entre duas mulheres por pensão decorrente da morte de servidor público, o STF pôde fazer uma distinção entre concubinato e união estável. No concubinato, um dos integrantes do casal é casado, vive matrimonialmente com o cônjuge, e mantém outro relacionamento. Na união estável, não há o impedimento decorrente do casamento em vigor de uma das partes. Afirmou-se que o direito apenas protege o segundo caso. Daí a decisão no sentido de que «a titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina» (RE 590.779, Dje 27.3.2009).

16. MINISTÉRIO PÚBLICO E TEMAS CONSTITUCIONAIS

Uma das instituições que mais ganharam realce na Constituição de 1988 foi a do Ministério Público, que não apenas possui atribuições de persecução penal, mas também exerce funções relevantes de fiscal da lei, além de operar como guardião da sociedade. Pode, nessa capacidade assemelhada à de um *ombudsman*, ajuizar ações no interesse da generalidade dos consumidores, e atuar na defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis.

Em 2009, algumas características do Ministério Público foram mais precisadas pela jurisprudência do STF.

Conquanto a Constituição estipule desde logo várias das atribuições do parquet, permite que outras atribuições lhe sejam entregues, mas por meio de lei. Na ADI 3.999, Dje 17.4.2009, porém, o STF entendeu que resolução do Tribunal Superior Eleitoral também poderia somar-lhe competências. Tratava-se de resoluções (atos sem *status* de lei, provenientes do pró-

prio Tribunal Eleitoral) estipulando que o parlamentar que muda injustificadamente de partido no curso do mandato perde o cargo político por infidelidade partidária. As resoluções também confiam ao Ministério Público, se o próprio partido não o fizer, a tarefa de postular a perda do cargo do congressista infiel à sua agremiação. As medidas foram tidas como legítimas pelo STF, ao argumento de que «as resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar». O acórdão ainda acrescentou que «não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo».

O Ministério Público, na Constituição em vigor, apresenta ramos da União e dos Estados-membros, todos com os seus próprios Procuradores-Gerais. Todos eles podem ajuizar ações, que podem vir a aportar, em grau de recurso, no STF. A Corte decidiu na Rcl 4.785-MC-AgR (DJe 21.8.2009) que, mesmo assim, somente o Procurador-Geral da República, que chefia o Ministério Público da União, pode atuar pelo parquet, em qualquer dos seus ramos, perante o próprio STF. Da mesma forma, embora a Constituição haja estabelecido explicitamente as atribuições do Procurador-Geral da República, entendeu a Corte que isso não era impedimento a que a lei lhe acrescentasse outras, como a de propor ação penal nos casos de competência originária do Superior Tribunal de Justiça (ADI 2.913, j. 20.5.2009).

A Constituição não prevê que o Ministério Público possa ajuizar ação no interesse específico de uma determinada pessoa. Por isso, certo Tribunal de Justiça julgara que o Ministério Público não tinha legitimidade para propor demanda em favor de indivíduo, buscando que os Poderes Públicos lhe fornecessem medicamentos para males agudos. O STF, porém, ante o bem «saúde» envolvido e a obrigação do Estado de fornecer os medicamentos necessários aos que deles carecem, entendeu que «o Ministério Público é parte legítima para ingressar em juízo com ação civil pública visando a compelir o Estado a fornecer medicamento indispensável à saúde de pessoa individualizada» (RE 407.902, DJe 28.8.2009).

Em outro precedente, assentou-se que o Ministério Público pode ajuizar ação civil pública para impugnar aumento, por ele tido como abusivo, das tarifas de transporte público coletivo, dado o interesse difuso do consumidor aí envolvido (RE 228.177, j. 17.11.2009).

Tendo em vista a transcendência dos interesses que o parquet defende, nas ações civis públicas em que é vencido, sem ter-se portado de modo malicioso ou abusivo, não há de ser condenado nos ônus da sucumbência (custas processuais, honorários de advogado da outra parte e despesas pro-

cessuais), como acontece com os demais autores que perdem as demandas que intentam. Esse entendimento constou do RE 233.585, DJe 28.9.2009.

Afinal, uma intensa polêmica que opõe o Ministério Público e a polícia diz respeito a saber se apenas a esta cabe realizar investigações para fins de persecução penal, ou se também ao parquet seria dado coletar evidências para a propositura de ação penal. A dúvida é suscitada pelo fato de a Constituição entregar às instituições policiais a função de polícia judiciária e de apuração de infrações penais. A questão ainda aguarda um pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Mas, em 20.10.2009, a Segunda Turma decidiu, no HC 89.837 (DJe 20.11.2009), que «a outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o *dominus litis*, determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua *opinio delicti*». Enfatizou-se que «o poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de «*dominus litis*» e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a *opinio delicti*, em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública».

17. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – ASPECTOS TÉCNICOS

Cabe mencionar algumas decisões do Tribunal que resolveram questões técnicas em torno da atividade do controle de constitucionalidade.

Na ADI 4.071 AgR (DJe 16.10.2009), o Plenário estabeleceu que «o *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta [de julgamento]».

Assentou-se, igualmente, em outro feito (ADPF 167 MC, j. 1.10.2009), que o instrumento de controle abstrato da ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental) também pode ser utilizado para atacar orientação do Tribunal Superior Eleitoral, tida como violadora de preceitos fundamentais da Constituição (juiz natural, representação popular e devido processo eleitoral), independentemente de haver controvérsia judicial a respeito. A ADPF tem caráter subsidiário. É cabível quando não há

outra forma de remediar o problema. A esse respeito, foi também esclarecido que «não é a simples existência de um meio outro que afasta a utilização da ADPF, porque ela, como processo objetivo, visa sanar, de uma vez por todas, a lesão causada pelo Poder Público. Assim, a existência de mecanismos eventuais de proteção de caráter individual não elidiria a utilização da ADPF».

Tema que vinha suscitando alguma perplexidade é o da natureza da participação do Advogado-Geral da União no processo da ação direta de inconstitucionalidade. A Constituição determina que ele seja citado para defender o ato impugnado. Com frequência, entretanto, o Advogado-Geral da União perfilha as críticas deduzidas pelo autor da ação, para pedir a declaração de inconstitucionalidade da norma atacada, acaso baldando a expectativa do constituinte de que aja como curador da presunção de constitucionalidade das leis. O Tribunal assentou, na ADI 3.916 (j. 7.10.2009), que, como a função precípua do Advogado-Geral da União é a de defender os interesses da União, uma interpretação sistemática da Carta conduziria à consequência de lhe ser dado concordar com o autor, quando o interesse da União coincidir com o pedido de declaração de inconstitucionalidade. Nos demais casos, o Tribunal conformou-se com a afirmação de que não lhe seria dado tomar medida sancionatória contra a posição do Advogado-Geral da União de não defender o ato impugnado.

Vale ressaltar, por fim, que, novamente em 2009, repetiu-se o fenômeno, que pode parecer inusitado em outros sistemas de controle, da declaração de inconstitucionalidade de norma editada pelo poder constituinte de reforma, por ferimento de cláusula pétreia. Foi o que se viu na ADI 4.307 MC, j. 11.11.2009.

* * *

Estas são algumas das decisões mais significativas e de interesse mais geral que o Supremo Tribunal Federal proferiu ao longo de 2009.

A Corte persistiu na sua inclinação liberal em temas de direito penal e acentuou a propensão ativista no que tange a problemas de concretização dos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal permaneceu coerente com a firme linha de não tolerar que razões de estado ou pressões de opinião pública, porventura dirigida, influenciem negativamente sobre o seu empenho, que marcou a década, de inculcar o respeito, por todos, dos direitos individuais básicos de cada um. Sem prescindir de, enfática e destemidamente, concitar e compelir os poderes políticos a medidas de satisfação dos direitos sociais, buscou dirigir os esforços da sociedade para o zelo pelo valor máximo da dignidade da pessoa humana — valor que confere o tónus da Constituição de 1988 e o vértice da democracia por ela desejada.

