

## JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA: UMA RADIOGRAFIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM 2011

*Eric Baracho Dore Fernandes<sup>1</sup>  
Gustavo Sampaio Telles Ferreira<sup>2</sup>*

**Resumo:** O objeto deste breve trabalho é realizar uma radiografia da jurisdição constitucional no ano de 2011, analisando a atuação do Supremo Tribunal Federal no período em relação a três grandes blocos temáticos, a saber: (i) jurisdição constitucional e direito processual constitucional; (ii) direitos fundamentais e democracia; (iii) organização do Estado, federalismo e separação de poderes. Acredita-se que por meio de uma análise temporal e materialmente delimitada da atuação da Corte Suprema seja possível compreender e criticar de forma mais profunda o papel do Poder Judiciário brasileiro na construção das instituições políticas sob a égide da Constituição Federal de 1988.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal. Jurisdição Constitucional. Direitos Fundamentais. Organização do Estado. Organização dos Poderes.

**Abstract:** This paper broaches the role of the Supreme Federal Court in 2011, discussing paradigmatic decisions of the Court in that year concerning three main themes: (i) judicial review and constitutional process; (ii) fundamental rights and democracy; (iii) state, federalism and separation of powers. The study of such decisions by means of a thematic and chronologic criteria seeks to better comprehend and criticize the role of the Judicial Branch in Brazil under its Constitution.

**Keywords:** Supreme Federal Court. Judicial Review. Fundamental Rights. Federalism. Separation of Powers.

### 1. Introdução.

Nas proximidades do primeiro quarto de século de vida e prática da Constituição Republicana de 1988, é com palmar evidência que a judicialização do debate público tem conduzido às instâncias jurisdicionais o protagonismo na resolução dos mais delicados dissensos da cidadania brasileira. A retração da atividade parlamentar e o alargamento do controle contramajoritário amplia o papel do Poder Judiciário e lhe

<sup>1</sup>Mestrando em Direito Constitucional (UFF - 2012-2013). Pós-graduando: Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura (EMERJ - 2012-2014) e Especializações em Direito Público, Processual e Privado (UCAM - 2012-2012). Bacharel em Direito (UFF - 2007-2011). Advogado.

<sup>2</sup>Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro/ Professor Adjunto do Departamento de Direito Público da Universidade Federal Fluminense/ Professor do Programa de Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense/ Professor do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Universidade Gama Filho

concede inaudita responsabilidade sobre a sustentação do ordenamento jurídico superior. Na guarda da Carta Magna Brasileira e sob este pressuposto, o Estado-Juiz verga-se a desempenhar a fiscalização permanente sobre a produção legislativa e a pronunciar a não aplicação do direito legislado em nome da supremacia dos princípios e das regras que o vinculam.

Embora recente o processo de redemocratização do País, a autocontenção do legislador eleito induz ao Poder Judiciário o encargo fiscalizador da parametricidade das leis e atos normativos primários em face das normas de superior regência. No sincretismo próprio do processo constitucional pátrio, do controle difuso ao concentrado exsurtem decisões credoras de análise e apreciação. Por tais razões, faz-se necessário estudos de maior fôlego sobre a atuação da jurisdição constitucional em geral e do Supremo Tribunal Federal em específico dentro de limites temporais específicos que nos possibilitem compreender de forma mais clara o papel do Judiciário na delimitação do sentido e alcance das normas constitucionais que tem conformado as instituições políticas e jurídicas no Brasil.

Nestas linhas, os comentários tópicos se vergam ao exame de julgamentos ocorridos em sede de controle concentrado e difuso e que se destacam por sua importância na demarcação desta referida contramajoritariedade. Ano a ano, assomam-se os precedentes definidores do papel do Supremo Tribunal Federal no teatro das relações entre os Poderes Constituídos do Estado Nacional, sendo o objetivo deste trabalho realizar uma radiografia do Supremo Tribunal Federal no ano de 2011, agrupando estudos de casos paradigmáticos em três grandes linhas temáticas: (i) jurisdição constitucional e direito processual constitucional, de modo a melhor observar o contínuo processo de construção dos instrumentos de controle de constitucionalidade em 2011; (ii) direitos fundamentais e democracia, compreendendo o papel do Supremo na delimitação do sentido, alcance e âmbito de proteção das normas constitucionais definidoras de direitos; e, por fim, (iii) organização do Estado, federalismo e separação de poderes, de modo a compreender o papel do Supremo na solução de dilemas institucionais do modelo brasileiro de organização política.

## **2. Jurisdição Constitucional e Direito Processual Constitucional.**

Neste tópico, à distância das relevantes questões de índole substancial vinculadas ao estudo da defesa e da guarda da Constituição, examinar-se-ão elementos procedimentais que se estabeleceram viventes nos diálogos travados pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2011. Tais institutos, na completude normativa oferecida pela providência constituída legislativa, ganharam importantes limites e esclarecimentos em sede de decisões paradigmáticas proferidas pela Corte neste intervalo de análise. Algumas destas matérias encontram breves comentários a seguir.

### **2.1. Modulação de efeitos em recurso extraordinário.**

No informativo nº 619 do Supremo Tribunal Federal, há notícia do julgamento dos embargos de declaração opostos em face da decisão de mérito no Recurso Extraordinário nº 500.171, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski<sup>3</sup>. O julgado em referência demonstra a atual tendência de importação de institutos do controle concentrado para o controle difuso, notadamente a modulação dos efeitos temporais da decisão. De fato, alguns precedentes atuais demonstram que a possibilidade de aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99<sup>4</sup> em recursos extraordinários já é uma realidade na jurisprudência do STF<sup>5</sup>, de modo que neste julgado a Corte apenas reforça o entendimento já consolidado.

O ponto mais significativo da controvérsia, contudo, diz respeito ao fato de que, na sequência de uma linha mais tradicional de sua jurisprudência, o Tribunal vem impedindo que a modulação seja suscitada pela primeira feita em sede de embargos de declaração. Todavia, diante de situações em que se verifique excepcional interesse público ou necessidade de preservar a segurança das relações jurídicas, o Supremo Tribunal tem relativizado esse entendimento. E foi justamente a hipótese noticiada no informativo. O recorrente, Universidade Federal de Goiás, alegou que, a despeito do

<sup>3</sup> BRASIL. STF. RE 500.171 ED/GO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 16.3.2011.

<sup>4</sup> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. BRASIL. Lei nº 9.868/99. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm)>. Acesso em: 20/11/2011.

<sup>5</sup> Outro julgado significativo que ilustra essa tendência diz respeito ao RE nº 600.685, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, a respeito da limitação etária para ingresso nas forças armadas. Teremos a oportunidade de analisar o julgado de forma mais aprofundada mais adiante neste trabalho.

reconhecimento pelo Supremo quanto a inconstitucionalidade da cobrança de taxas de matrícula (nos termos da Súmula Vinculante nº 12), seria impossível devolver as quantias já pagas pelos estudantes até então, razão pela qual requereu, na via dos embargos de declaração opostos, fossem atribuídos efeitos futuros para a decisão do recurso extraordinário, a despeito da modulação não ter sido requerida no momento apropriado.

Duas posições surgiram no plenário. De um turno a posição vencedora, capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, que ponderou que a vasta abrangência da decisão e o excepcional interesse social existente na delicada conjuntura financeira das universidades públicas brasileiras justificaria o acolhimento dos embargos. De outro, a posição vencida, sustentada pelo Ministro Marco Aurélio, obtemperava que os embargos não deveriam ser providos, diante da insegurança jurídica que poderia ser causada pela inesperada modificação do julgamento já ultimado, o que, segundo S. Exa., estaria a se consumir de ofício, diante da ausência de provocação anterior.

A posição vencedora deu ensejo ao acórdão assim ementado:

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CABIMENTO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. CONCESSÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS. I – Conhecimento excepcional dos embargos de declaração em razão da ausência de outro instrumento processual para suscitar a modulação dos efeitos da decisão após o julgamento pelo Plenário. II – Modulação dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade da cobrança da taxa de matrícula nas universidades públicas a partir da edição da Súmula Vinculante 12, ressalvado o direito daqueles que já haviam ajuizado ações com o mesmo objeto jurídico. III – Embargos de declaração acolhidos.<sup>6</sup>**

## 2.2 Normas pré-constitucionais e modulação de efeitos.

Consoante noticiado no informativo nº 614 do Supremo Tribunal Federal<sup>7</sup>, a Corte concluiu o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

<sup>6</sup> BRASIL. STF. Tribunal Pleno. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 500.171/GO**, rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 16.3.2011.

<sup>7</sup> BRASIL. STF. ADPF 151 MC/DF, rel. orig. Min. Joaquim Barbosa, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, J. 2.2.2011.

nº 151. A medida judicial em questão foi ajuizada pela Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços (CNS), em face do art. 16 da Lei nº 7.394/85, diploma que previa a vinculação do piso salarial dos técnicos de radiologia a dois salários mínimos da região, incidindo sobre tais vencimentos um adicional de 40% correspondente a risco de vida e insalubridade. Alegou-se incompatibilidade material com o disposto no art. 7º, IV da Constituição Federal<sup>8</sup> e a inexistência de outro meio cabível para impugnar a norma, por se tratar de norma pré-constitucional.

De fato, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, é pacífico que o juízo acerca da parametricidade material entre uma norma pré-constitucional e uma Constituição posterior traduz, em verdade, juízo de recepção, não sendo cabível o controle por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>9</sup>. Pelo critério da subsidiariedade, portanto, seria cabível a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Quanto ao reconhecimento do art. 7º, IV, da Carta da República, como *preceito fundamental*, é importante destacar que o reconhecimento das normas constitucionais abrangidas por tal categoria tem sido realizado de forma casuística na jurisprudência do Supremo Tribunal, embora alguns de seus integrantes já reconheçam, de forma exemplificativa, um rol de dispositivos constitucionais em relação aos quais há uma zona de certeza positiva no que pertine a esta natureza<sup>10</sup>.

No entanto, não são estes os pontos mais significativos da decisão. Por maioria, os Ministros reconheceram a incompatibilidade material entre o dispositivo impugnado e o preceito fundamental contido no art. 7º, IV, mas, para evitar contingência de insegurança jurídica ensejada pela lacuna a respeito do piso salarial, decidiram pela modulação temporal dos efeitos. Dessa forma, o dispositivo impugnado continuará a

<sup>8</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim (grifo nosso); (...) BRASIL. **Constituição Federal**.

<sup>9</sup> Vide a decisão paradigmática firmada na ADI nº 02, da relatoria do Min. Paulo Brossard. A respeito da construção jurisprudencial a respeito do tema, confira-se BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p.71-83. Vide também MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Comentários à Lei n. 9.882 de 3.12.1999**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 114-127.

<sup>10</sup> Vide o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 33, julgada em 2005, na qual enumera exemplificadamente como preceitos fundamentais reconhecíveis os princípios fundamentais (Título I), direitos fundamentais (título II), princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII), o art. 37 e as cláusulas pétreas. Confira-se também MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1267-1270.

valer até a edição de uma nova norma que disponha sobre o tema. O julgado em comento é de conveniente análise justamente por se tratar de modulação de efeitos da decisão na hipótese do controle incidir sobre normas pré-constitucionais, o que não se tem observado na jurisprudência da Corte.

### **2.3 *Amicus Curiae* e controle difuso de constitucionalidade.**

Trata-se de precedente inovador, no qual se reconhece, ainda que de forma limitada, a possibilidade de participação de *amicus curiae* nas hipóteses de controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Conforme noticiado no informativo nº 623<sup>11</sup>, a Corte entende que se deve reconhecer a possibilidade de intervenção dos *amici curiae* não somente nas hipóteses de controle abstrato de constitucionalidade instaurado originariamente perante o Tribunal de Justiça local, mas também nos casos de recurso extraordinário interposto em face da decisão proferida pelo órgão *a quo*.

Como fundamentos da decisão, é possível identificar algumas das idéias recorrentes nos debates a respeito do instituto, como sói na necessidade de uma abertura procedimental que confira maior grau de legitimação ao diálogo constitucional, com o intuito de suprir o déficit democrático inerente à atividade contramajoritária da jurisdição constitucional. De fato, um dos maiores desafios para o direito constitucional contemporâneo reside no problema da legitimidade democrática das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, em especial no que se relaciona àquelas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Enquanto os membros do poderes Executivo e Legislativo são agentes públicos eleitos e investidos em seus cargos pelo batismo da vontade popular, o mesmo não ocorre na função jurisdicional, cuja investidura se dá predominantemente através de critérios técnicos. Daí se questiona a legitimidade de um poder formado por indivíduos não representativos da vontade popular para invalidar atos de poderes representativos. É a chamada *dificuldade contramajoritária*<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> BRASIL. STF. RE 597165/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

<sup>12</sup> BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**, 1986, p. 16 e ss., *apud* BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 338-339.

Diante desse problema, já não são recentes as preocupações doutrinárias em obter soluções capazes de conciliar a força normativa da Constituição e a necessidade de imprimir maior conteúdo de legitimidade democrática à atividade jurisdicional. Dentre as possíveis soluções, fala-se em uma abertura procedimental, nas quais as decisões sejam fundamentadas e expostas ao debate público, o que seria dotado de um “potencial racionalizador e legitimador” das decisões judiciais<sup>13</sup>. Fala-se, com amparo na obra de Peter Haberle, em uma “sociedade aberta e pluralista de intérpretes da Constituição”, na qual o Estado-Juiz seria um intérprete qualificado do texto constitucional, mas não o único<sup>14</sup>. Como uma das possíveis soluções, o Direito Brasileiro adota a figura do *amicus curiae*, que, juntamente com as audiências públicas<sup>15</sup>, tem representado um significativo avanço no caminho edificador uma corte suprema democrática e receptiva ao pluralismo<sup>16</sup>.

Apesar de se tratar de um precedente expressivo a respeito da participação do *amicus curiae* em recursos de vinculada motivação, a hipótese deve ser vista como *exceptio*, não como regra. No caso concreto, o que o Supremo Tribunal reconheceu foi a legitimidade da intervenção única e exclusivamente vergada aos casos em que o recurso

<sup>13</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 322.

<sup>14</sup> “*Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo, diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição*”. HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, 1997, p. 42, apud BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 124.

<sup>15</sup> De fato, nos últimos anos têm-se observado um aumento quantitativo e qualitativo nas audiências públicas realizadas pelo STF em temas de relevante interesse público, como no caso da interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF nº 54), importação de pneus remoldados (ADPF nº 101), ações afirmativas e políticas públicas de saúde. Mais informações no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>. Acesso em: 20/11/2011.

<sup>16</sup> Em sentido diametralmente oposto, cabe citar decisão criticável do Superior Tribunal de Justiça que entendeu não existir qualquer direito do *amicus curiae* oferecer sustentação oral no julgamento, sendo tal possibilidade analisada de acordo com a conveniência e oportunidade do órgão julgador. Nos termos do noticiado no informativo nº 481 do Tribunal: “Em questão de ordem, a Corte Especial, por maioria, firmou a orientação de não reconhecer o direito do *amicus curiae* de exigir a sua sustentação oral no julgamento de recursos repetitivos, a qual deverá prevalecer em todas as Seções. Segundo o voto vencedor, o tratamento que se deve dar ao *amicus curiae* em relação à sustentação oral é o mesmo dos demais atos do processo: o STJ tem a faculdade de convocá-lo ou não. Se este Superior Tribunal entender que deve ouvir a sustentação oral, poderá convocar um ou alguns dos *amici curiae*, pois não há por parte deles o direito de exigir sustentação oral. QO no REsp 1.205.946-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, em 17/8/2011.”

extraordinário tenha por objetivo impugnar decisão de Tribunal de Justiça no exercício de sua competência originária para exercício do controle abstrato de constitucionalidade. Em outras palavras, recurso extraordinário interposto em face de decisão proferida em sede de representação de inconstitucionalidade. Logo, ainda não se pode afirmar com segurança que se admita, como regra, a participação do *amicus curiae* em recursos extraordinários de qualquer espécie e alçada.

#### 2.4. Recurso extraordinário e não-cabimento de reclamação.

Em julgado noticiado no informativo nº 623 do Supremo Tribunal Federal, o Colegiado reconheceu não ser cabível reclamação com fundamento no desrespeito a julgado produzido em sede de recurso extraordinário com repercussão geral conhecida<sup>17</sup>. Na hipótese, o reclamante sustentava que a medida judicial seria cabível em face de decisão de primeiro grau que teria transgredido precedente firmado pela Corte em recurso extraordinário, no qual se teria reconhecido a incompetência da Justiça do Trabalho para julgar a execução de créditos trabalhistas no caso de empresas em recuperação judicial.

Não é uma grande surpresa que o Supremo Tribunal Federal tenha decidido pelo não cabimento da reclamação, reiterando-se<sup>18</sup> uma inflexão defensiva em relação ao emprego do instituto, o que, com nitidez, depreende-se da análise do inteiro teor da decisão. À guisa de exemplo, sejam conferidos alguns trechos do voto da Relatora, Min. Ellen Gracie:

(...)

O instituto da repercussão geral sobreveio como instrumento para desafogar o Supremo Tribunal Federal e racionalizar a sua atividade jurisdicional, restringindo o conhecimento dos recursos extraordinários àqueles que apresentem questão constitucional de tal relevância que sua solução seja do interesse da sociedade e não apenas das partes. Daí porque se tem falado

<sup>17</sup> BRASIL. STF. Rcl. 10793/SP, rel. Min. Ellen Gracie, J. 13.4.2011.

<sup>18</sup> Vide por exemplo trecho do voto do Min. Celso de Mello no agravo regimental na reclamação nº 6.534: “o remédio constitucional da reclamação não pode ser utilizado como um (inadmissível) atalho processual destinado a permitir, por razões de caráter meramente pragmático, a submissão imediata do litígio ao exame direto do Supremo Tribunal Federal” (DJe 17.10.2008).”

na objetivação do julgamento dos recursos extraordinários a partir da implantação do requisito da repercussão geral.

(...)

A atuação desta Corte, há de ser subsidiária, só se justificando quando o próprio Tribunal a quo negar observância ao leading case da repercussão geral, ensejando, então, a interposição e a subida de recurso extraordinário para cassação ou revisão do acórdão, conforme previsão legal específica constante do art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil.

Caso contrário, o instituto da repercussão geral, ao invés de desafogar esta Corte e liberá-la para a discussão das grandes questões constitucionais, passaria a assoberbá-la com a solução dos casos concretos, inclusive com análise de fatos e provas, trabalho que é próprio e exclusivo dos Tribunais de segunda instância.

7. Não é dado às partes de uma ação judicial, portanto, ajuizarem Reclamação perante esta Corte quando se depararem com decisões contrárias ao entendimento firmado em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Não se deve substituir as vias recursais ordinária e extraordinária pela via da reclamação. O acesso ao STF não se faz per saltum.

De fato, as reformas trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/04, em relação às competências do Supremo Tribunal Federal, surgiram como um instrumento de racionalização e filtragem do acesso à Corte, máxime no intuito de combater aquilo que Victor Nunes Leal, já na década de sessenta, chamou de “fardo asfíxiante”, e “uma fábrica montada para fazer dos juízes estivadores<sup>19</sup>”. Sendo um problema antigo o excessivo volume de processos na Suprema Corte, cada época apresentou sua contribuição própria para alcançar uma solução. Desde a criação da súmula de jurisprudência dominante pelo Ministro Victor Nunes Leal<sup>20</sup> até a adoção da argüição de relevância<sup>21</sup>, já precedida da jurisprudência defensiva como forma de reação

<sup>19</sup> LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal, **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 61, v. 208, out./dez. 1964, p. 16, *apud* LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 50.

<sup>20</sup> Conforme destaca José Afonso da Silva, “Foram criadas primeiramente pelo STF por influência do Min. Victor Nunes Leal, e adotadas pelos tribunais superiores, inclusive pelo TCU. Tais súmulas constituem um repositório extremamente importante para se conhecer a orientação do tribunal a respeito de determinadas matérias, mas não são de observância obrigatória, não são impositivas, ainda que o tribunal que as produziu tenda a decidir em sua conformidade.” Cf. SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 572.

<sup>21</sup> Da mesma forma que a repercussão geral, a argüição de relevância tinha como principal objetivo lidar com o volume elevado de trabalho que chegava ao STF. Ainda que as comparações entre os institutos tenha sido inevitável, há importantes diferenças entre ambos. Entendia-se a argüição de relevância como ato político, e não jurisdicional, o que era utilizado como justificativa para apreciação da argüição em sessão administrativa secreta e sem qualquer tipo de fundamentação, o que hoje não mais se admite, à luz

institucional pelo STF<sup>22</sup>, é possível identificar o mesmo objetivo. Institutos como a repercussão geral e súmula vinculante, introduzidos pela já referenciada EC nº 45/04, não são a exceção. Por esse motivo é possível identificar certa cautela e uma tendência defensiva dos julgadores, de sorte a evitar que a racionalização trazida pela repercussão geral se esgote com a possibilidade de um crescimento desenfreado das reclamações que chegam à cúpula da estrutura judiciária nacional.

## 2.5. Reclamação e legitimidade do Ministério Público Estadual.

Trata-se aqui de questão também atinente ao instituto da reclamação, embora, na espécie, a controvérsia diga respeito à questão da legitimidade. Mais especificamente, a *legitimatío* do Ministério Público do Estado para ajuizar diretamente a reclamação, sem intermédio do Ministério Público da União, conforme noticiado no informativo nº 623<sup>23</sup>.

Antes dessa mudança de entendimento, o Supremo Tribunal Federal entendia que, para o ajuizamento de reclamação perante o Tribunal, o Ministério Público Estadual dependeria do chefe do Ministério Público da União, com fundamento no art. 46 da Lei Complementar nº 75/93, que prevê como atribuição do Procurador Geral da República a *de* representar o *Parquet* em todas as causas de competência do Supremo Tribunal<sup>24</sup>. Logo, o Ministério Público do Estado estaria adstrito ao entendimento do Procurador Geral da República.

Contudo, com base no princípio federativo e na autonomia funcional dos diferentes órgãos do Ministério Público, o STF modificou o entendimento. Do ponto de vista da autonomia funcional, o art. 128 da Constituição da República, ao enumerar os órgãos que compõem o Ministério Público, separa em incisos distintos aqueles que

---

do atual art. 93, IX. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 115;. VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo:Saraiva, 2010, p. 4-8.

<sup>22</sup> O surgimento da jurisprudência defensiva teve causa na formulação genérica e ampla dos casos de cabimento do recurso extraordinário, problema já identificável sob a vigência da Constituição de 1967 (e também na EC 1/69). Ante o rol abrangente de permissivos, o STF passou a criar mecanismos defensivos específicos, como por exemplo o requisito do pré-questionamento (Súmulas 282 e 356). Cf. VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo:Saraiva, 2010, p. 3-4.

<sup>23</sup> BRASIL. STF. Rcl 7358/SP, rel. Min. Ellen Gracie, J. 24.2.2011.

<sup>24</sup> Art. 46. Incumbe ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal, manifestando-se previamente em todos os processos de sua competência. BRASIL. Lei Complementar nº 75/93.

compõem o Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados. Além disso, dispõe nos parágrafos 1º e 3º do mesmo artigo que a chefia de cada um será exercida por um agente distinto. Se não há subordinação entre as instituições, não parece fazer sentido que se condicione a atuação do agente do Ministério Público Estadual ao que entender o chefe do Ministério Público da União. Já do ponto de vista do quadro federativo, não faria sentido que um agente estadual submetesse uma ação ao crivo de um agente federal.

É por tais fundamentos que, nessa decisão, o Supremo Tribunal confirmou a mudança de entendimento, reconhecendo-se a possibilidade de o Ministério Público Estadual apresentar reclamação constitucional diretamente à Corte, tendo ratificado, contudo, o posicionamento de que os órgãos do *Parquet* da União não podem apresentar a reclamação diretamente, mas apenas por meio do Procurador Geral da República, com base no art. 46 da Lei Complementar nº 75/93. Dessa forma, o Ministério Público da União estaria subordinado ao Procurador Geral da República, mas o Ministério Público Estadual somente ao Procurador Geral de Justiça, seu Chefe e autônomo dirigente.

### **3. Democracia e Direitos Fundamentais.**

Aqui se estabelecem elementos temáticos de rica experimentação na atividade judicial de defesa e guarda do ordenamento superior. Em tempos de judicialização, o neoconstitucionalismo se consolida na coexistência harmônica de instituições próprias da vocação principialista que a superação do positivismo jurídico clássico anunciou à segunda metade do último século.

Destarte, o processo de restauração democrática vivenciado na Europa do Pós-Guerra, em fases distintas do seu transcurso, consolidou-se como via de soerguimento e positivação das liberdades públicas. A degeneração institucional ensejada pelo totalitarismo foi sucedida pela reafirmação do princípio democrático e dos direitos fundamentais. Estes pilares, na sua conjugada hermenêutica, são objeto de exame neste capítulo, de sorte a se extrair do Supremo Tribunal Federal a fonte de análise sobre alguns precedentes que se destacam por sua relevância.

#### **3.1. Mandado de Injunção, teoria concretista e aposentadoria especial.**

A Constituição de 1988 inovou no que diz respeito ao controle das omissões inconstitucionais, instituindo dois instrumentos capazes de, em tese, garantir-lhe efetividade e plena aplicabilidade: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Em relação ao mandado de injunção, observa-se que a jurisprudência do STF tem, nos últimos anos, reavivado a importância deste remédio, atribuindo-lhe feições capazes de dar maior concretude aos direitos fundamentais por ele tutelados. Superando a tradicional e bastante criticada posição *não concretista*<sup>25</sup>, o Supremo Tribunal consagrou uma teoria *concretista geral*<sup>26</sup> no julgamento dos mandados de injunção nº 670, 708 e 712<sup>27</sup>, garantindo-se aos funcionários públicos as condições para o exercício do direito de greve previsto pelo art. 37, VII da Constituição, em decisão provida de conteúdo eficaz *erga omnes*. Tal posição certamente privilegia a efetividade dos direitos fundamentais, embora se possam tecer críticas do ponto de vista democrático e da separação de poderes. Por esta razão, a Corte vem agindo com maior temperamento e tem adotado com maior frequência uma posição *concretista individual*, suprimindo judicialmente a lacuna normativa em decisão cujos efeitos são apenas *inter partes*.

A decisão noticiada nas transcrições do informativo nº 630 do Supremo Tribunal<sup>28</sup> demonstra exatamente o panorama descrito acima, tendo o Colegiado adotado a *posição concretista individual* para suprir a lacuna normativa a respeito da

<sup>25</sup> Para uma das críticas mais conhecidas a respeito desse entendimento, confira-se BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido. Uma proposta de reformulação. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **Temas de Direito Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 189-198.

<sup>26</sup> Essa classificação foi proposta por Alexandre de Moraes, com base em classificação feita pelo Ministro Néri da Silveira. Tal classificação agrupou os diferentes entendimentos do Supremo a respeito dos efeitos da decisão proferida no julgamento do writ nas seguintes categorias: (i) não concretista (decisão puramente mandamental), e (ii) concretista (decisão capaz de suprir judicialmente a mora na elaboração da norma, possibilitando o exercício do direito), subdividindo-se esta última hipótese em (iii) geral (decisão com efeitos *erga omnes*) e (iv) individual (efeitos *inter partes*), esta podendo a posição concretista ser ainda (v) direta (suprimento imediato da lacuna pelo Judiciário) ou (vi) intermediária (Judiciário estabelece prazo para que a autoridade omissa saia da inércia). Cf. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 186-192. A respeito do acórdão que originou a classificação proposta, confira-se Ata da 7ª sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, realizada em 16 de março de 1995 e publicada no Diário da Justiça de 4 de abril de 1995, Seção I, p. 8.625.

<sup>27</sup> BRASIL. STF. **Mandado de Injunção nº 670**. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 25/10/2007; BRASIL. STF. **Mandado de Injunção nº 708**. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 25/10/2007; BRASIL. STF. **Mandado de Injunção nº 712**. Rel. Min. Eros Grau. J. 25/10/2007. Cf. Informativo nº 485 do STF.

<sup>28</sup> BRASIL. STF. Mandado de Injunção nº 1697. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 27/05/2011.

regulamentação do artigo 40, parágrafo 4º da Constituição Federal<sup>29</sup>. O caso concreto foi julgado monocraticamente pelo Relator, Min. Celso de Mello, tendo em mira entendimento firmado pelo Tribunal no julgamento do Mandado de Injunção nº 795, no sentido de ser cabível julgamento monocrático do relator na hipótese de mandado de injunção impetrado para exercer o direito previsto no dispositivo em questão. Na hipótese, o impetrante era servidor público portador de deficiência física e pretendia exercer o direito previsto no inciso I do parágrafo 4º. A decisão foi no sentido de reconhecer o direito do impetrante em ter seu pedido analisado administrativamente pela autoridade competente, que deverá verificar se o servidor preenche os requisitos do art. 57 da Lei nº 8.213/1991, aplicável à hipótese por analogia, conforme o entendimento anteriormente firmado no julgamento dos embargos de declaração no MI nº 1.286<sup>30</sup>.

A decisão noticiada no informativo não foi a única na qual o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de aplicar a teoria concretista no ano de 2011, podendo também ser citada como exemplo a decisão no MI nº 3.322, igualmente da relatoria do Min. Celso de Mello. A hipótese tratava de Mandado de Injunção Coletivo, impetrado pelo Sindicato dos Servidores Públicos Federais da Justiça do Trabalho da 15ª Região (SINDIQUINZE). Aplicou-se o mesmo entendimento descrito no caso anterior, ou seja, o direito dos membros da categoria abrangida pela entidade de terem seus pedidos de aposentadoria especial analisados administrativamente, observando-se o art. 57 da Lei nº 8.213, aplicável por analogia. A hipótese serve não apenas para ilustrar o entendimento atual do STF quanto aos efeitos da decisão proferida no julgamento do remédio, mas também o entendimento há muito pacífico<sup>31</sup> no sentido de ser cabível a legitimidade ativa coletiva para impetração do *writ*. A legitimidade extraordinária para a

<sup>29</sup> Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003) (...) § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005) I portadores de deficiência; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005); II que exerçam atividades de risco; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005); III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005).

<sup>30</sup> BRASIL. STF. MI nº 1286. Rel. Min. Cármen Lucia. Julgamento: 18/12/2009.

<sup>31</sup> Vide por exemplo o seguinte acórdão da década de 1990: **BRASIL. STF. Mandado de Injunção nº 20. Rel. Min. Celso de Mello. J. 19/05/1994. DJ 22/11/1996.**

impetração do mandado de injunção também encontra apoio por parte significativa da doutrina. Para o professor José Afonso da Silva<sup>32</sup>, firme-se à guisa de exemplo, a possibilidade do mandado de injunção coletivo encontra previsão implícita no art. 8º, III<sup>33</sup> da Constituição Federal. É também a posição de autores como Gilmar Ferreira Mendes<sup>34</sup>, Paulo Hamilton Siqueira Jr<sup>35</sup>, Dirley da Cunha Júnior<sup>36</sup> e Luís Roberto Barroso<sup>37</sup>.

### 3.2. União estável homoafetiva<sup>38</sup>.

Cuida-se de um dos julgados com maior repercussão no ano de 2011, a demonstrar mais uma vez a importância do papel político conferido ao Supremo Tribunal pela ordem jurídica instituída pela Carta Republicana de 1988. No julgamento conjunto da ADPF nº 132 e ADI nº 4.277, o STF entendeu que a união entre pessoas do mesmo sexo deve ser reconhecida como entidade familiar, merecendo, portanto, a mesma proteção jurídica reservada à união estável, ao contrário do que se poderia depreender de uma interpretação literal do art. 1.723 do Código Civil.

De modo a solucionar a controvérsia de maneira definitiva, o Governador Sérgio Cabral, fazendo uso da prerrogativa constitucional do art. 103, ajuizou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com o intuito de atribuir uma interpretação conforme à Constituição ao Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-Lei nº 220 de 1975, regulamentado pelo Decreto nº 2.479 de 1979). Sendo a referida norma pré-constitucional, a ADPF mostrou-se como único meio

<sup>32</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 171.

<sup>33</sup> Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; (...)

<sup>34</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Revisada e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1257-1273.

<sup>35</sup> JUNIOR, Paulo Hamilton Siqueira. **Direito Processual Constitucional**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 408-413.

<sup>36</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 540.

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 156-158.

<sup>38</sup> BRASIL. STF. ADI 4277/DF, rel. Min. Ayres Britto, 4 e 5.5.2011; BRASIL. STF. ADPF 132/RJ, rel. Min. Ayres Britto, 4 e 5.5.2011.

cabível para sanar a lesividade ao preceito fundamental violado, quedando-se satisfeito, portanto, o requisito da subsidiariedade.

A ADI nº 4.277, por sua vez, foi ajuizada pelo Procurador Geral da República, buscando-se obter interpretação conforme à Constituição para o art. 1.723 do Código Civil<sup>39</sup>, de modo a considerar como abrangida pelo texto normativo também a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Pelo objeto da ADI ser mais amplo e abranger o da ADPF, esta foi conhecida também como ADI.

No mérito, prevaleceu por unanimidade (dez votos a zero) a posição contida no voto do Relator, Min. Carlos Ayres Britto. A decisão foi no sentido de uma interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil de 2002, excluindo qualquer significado contrário ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, garantindo-se a mesma proteção jurídica dada para as uniões estáveis heterossexuais. Da mesma forma que outros fatores acidentais ou fortuitos, como origem social, idade ou cor, o Ministro destacou que a opção sexual não deveria constituir fator de merecimento ou desmerecimento a quem quer que fosse. Além disso, o texto constitucional é expresso ao proibir o preconceito em razão do sexo, razão pela qual existiria um "direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher", incluindo-se o direito de (i) não sofrer discriminação pela condição física; (ii) do uso feito da própria sexualidade; e (iii) de optar pela prática sexual com pessoas adultas do mesmo sexo ou não.

A unanimidade da decisão demonstra a firmeza com que o Tribunal exerceu sua função contramajoritária para resguardar direitos fundamentais de uma minoria que, a despeito de uma progressiva emancipação social, ainda não foi capaz de efetivamente superar os obstáculos impostos pelas maiorias políticas ocasionais<sup>40-41</sup>. De fato, é certo

<sup>39</sup> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

<sup>40</sup> Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. **Retrospectiva 2011. Direito Constitucional e o Supremo Tribunal Federal. Um ano para não esquecer.** Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/01/Retrospectiva-2011\\_31dez11.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/01/Retrospectiva-2011_31dez11.pdf)>. Acesso em: 31/12/2011, p. 7.

<sup>41</sup> Curiosamente, o Tribunal Superior Eleitoral já teve a oportunidade de se debruçar sobre a questão da união estável homoafetiva. No Recurso Especial Eleitoral nº 24.564, o Tribunal entendeu que os sujeitos desse tipo de relação estariam abrangidos pelo conteúdo da norma do art. 14, § 7º da Constituição, que dispõe que "São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição." Confira-se MENDES, Gilmar

que a visão contemporânea do conceito de democracia já não se esgota em uma dimensão meramente *formal*, na qual as maiorias ditam os rumos políticos da vida do Estado, mas também incorpora uma dimensão de conteúdo *material*, na qual os direitos fundamentais das minorias devem ser protegidos em face da deliberação política majoritária<sup>42</sup>. Fala-se hoje em uma idéia de *democracia deliberativa*, que não se esgota com a representatividade concedida aos representantes eleitos, preocupando-se com a garantia de um contexto aberto, livre e igualitário, no qual todos possam participar da deliberação públicas dotados de iguais possibilidades e capacidades de persuasão<sup>43</sup>. Garantir a proteção dos direitos fundamentais das minorias, então, surge como pressuposto necessário a qualquer democracia, razão pela qual a decisão do Supremo Tribunal Federal mostra-se legítima diante do princípio democrático.

### 3.3. Ficha Limpa.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se manifestar a respeito da aplicabilidade no tempo da Lei Complementar nº 135/2010, popularmente conhecida como “Lei da Ficha Limpa”. Tal diploma normativo alterou de forma significativa a Lei Complementar nº 64/90, lei que, na conformidade do art. 14, § 9º da Constituição<sup>44</sup>, dispõe sobre hipóteses de inelegibilidades além das contidas no texto constitucional. A lei alteradora torna muito mais severas as hipóteses de inelegibilidade, fundadas, inclusive, em decisões judiciais não transitadas em julgado, desde que proferidas por órgão colegiado. Ainda que atendendo a anseios antigos da sociedade brasileira, a Lei Complementar nº 135/2010 trouxe consigo diversas dúvidas a respeito de sua compatibilidade material com outros dispositivos constitucionais, tais como

Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional (2002-2010)**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 93.

<sup>42</sup> Sobre a idéia de democracia substancial ou material, BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. 6ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 1997, p. 157-158; BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 1ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 41. Sobre as minorias como um limite ao princípio majoritário, KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 411.

<sup>43</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>44</sup> Art. 14. (...) § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994).

aqueles contidos no art. 5º, LVII e no art. 16. Conforme teremos a oportunidade de analisar a seguir, o Supremo Tribunal, até o momento, manifestou-se apenas sobre a aplicabilidade da norma às eleições de 2010 e em decisões com eficácia *inter partes*, não tendo se posicionado de forma definitiva sobre a constitucionalidade da lei. Espera-se que em 2012 o Supremo conclua o julgamento das duas ações declaratórias de constitucionalidade e uma ação direta de inconstitucionalidade ajuizadas em face da norma, razão pela qual a lei da ficha limpa ainda se constituiu tema de destaque na jurisprudência da Corte no ano de 2012.

A discussão a respeito da ficha limpa e da anterioridade possui contornos que não são exatamente novos no direito brasileiro. Em uma primeira fase de sua jurisprudência (confira-se ADI nº 354<sup>45</sup>), o Supremo Tribunal chegou a admitir que normas alteradoras do processo eleitoral produzissem efeitos no mesmo ano de sua vigência. Um segundo posicionamento é identificável de forma mais clara a partir do julgamento da ADI nº 3.685. No julgamento da referida ação, foi impugnado o art. 2º da EC nº 52/2006, norma que alterou o art. 17, parágrafo 1º da Constituição<sup>46</sup>, garantindo-se aos partidos políticos em nível estadual e municipal a desvinculação de quaisquer formas de verticalização das coligações partidárias. Contudo, a norma alteradora surgiu sete meses antes das eleições, tendo o STF consignado expressamente que a aplicação imediata de regras sobre o processo eleitoral violaria o princípio da anterioridade, razão pela qual concedeu interpretação conforme à Constituição ao dispositivo, determinando que este de aplique somente depois de decorrido o prazo contido no art. 16 do texto constitucional<sup>47</sup>. Dessa forma, a ADI nº 3685 acabou por revigorar o princípio da anterioridade eleitoral, inclusive estabelecendo parâmetros mais claros a respeito do que consistiria o processo eleitoral e que momentos identificariam sua existência: (i) a fase pré-eleitoral; (ii) eleitoral; e (iii) pós-eleitoral.

<sup>45</sup> “EMENTA: Não infringe o disposto no art. 16 da Constituição de 1988 (texto original) a cláusula de vigência imediata constante do art. 2º da Lei nº 8.037, de 25 de maio de 1990, que introduziu na legislação eleitoral normas relativas à apuração de votos. Ação Direta julgada improcedente, por maioria.” BRASIL. STF. ADI nº 354. Rel. Min. Octavio Gallotti. J. 24/09/1990. Tribunal Pleno. DJ 22/06/2001.

<sup>46</sup> Art. 17 (...) § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 2006).

<sup>47</sup> BRASIL. STF. ADI nº 3.685. Rel. Min. Ellen Gracie. J. 22/03/2006. Tribunal Pleno. DJ 10/08/2006.

No julgamento dos Recursos Extraordinários nº 630.147 e 631.102, a tese discutida disse respeito à incidência das alterações legislativas em questão à luz do disposto no art. 16 da Constituição Federal, que dispõe que normas alteradoras do processo eleitoral só se aplicarão a eleições ocorridas até um ano da data de sua vigência plena<sup>48</sup>. O primeiro recurso foi interposto por Joaquim Roriz em face de decisão do TSE que manteve, em recurso ordinário, provimento do TRE do DF que indeferiu sua candidatura com base no art. 1º, I, alínea “k” da LC nº 64/90 (redação dada pela LC nº 135/2010)<sup>49</sup>, tendo em vista que o recorrente renunciara em 04/07/2007 ao cargo de Senador, após oferecida representação para abertura de processo de cassação do mandato. O segundo recurso, interposto por Jader Barbalho, buscava impugnar indeferimento fundado no mesmo dispositivo, uma vez que renunciara a mandato em 2001. Contudo, após a renúncia, o recorrente havia sido eleito em duas eleições, e, por força da LC 135/2010, tornara-se inelegível por fato ocorrido há nove anos, o que, segundo Gilmar Mendes, evidenciaria de forma bastante clara os problemas decorrentes da eficácia retroativa da lei<sup>50</sup>. A despeito de vários comentários em *obiter dictum* firmados nas sessões de julgamento e a respeito do papel da LC nº 135/2010 no Estado Democrático de Direito, a controvérsia enfrentada se restringiu à aplicabilidade da norma em questão diante do art. 16 da Constituição Federal. Em ambos os casos, o Supremo Tribunal decidiu pelo conhecimento e pelo provimento dos recursos interpostos.

A questão foi novamente discutida no julgamento do RE nº 633.733, ocorrido em 23/03/2011 e noticiado no informativo nº 620 do Supremo Tribunal Federal<sup>51</sup>. No caso concreto, o recorrente discutia o indeferimento do registro de sua candidatura ao cargo de Deputado Estadual nas eleições de 2010, com base em condenações por

<sup>48</sup> Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 4, de 1993)

<sup>49</sup> Art. 1º (...) I – (...) k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura;

<sup>50</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional (2002-2010)**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95-96.

<sup>51</sup> BRASIL. STF. RE 633703/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, 23.3.2011.

improbidade administrativa por órgão colegiado, ainda que não transitadas em julgado (art. 1º, I, I, da LC 64/90, com redação dada pela LC 135/2010<sup>52</sup>). Sendo por manifesto reconhecida a repercussão geral da matéria, a questão foi decidida por maioria e, após voto do Min. Luiz Fux, predominou a posição contida no voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes. Destacou-se que o princípio da anterioridade se estabelece à condição de garantia fundamental tanto dos cidadãos eleitores quanto dos candidatos e respectivos partidos, constituindo, inclusive, cláusula pétrea, oponível até mesmo em face do poder constituinte derivado<sup>53</sup>. Ao dispor sobre hipóteses de inelegibilidade, a LC nº 135/2010 interfere nos registros de candidatura, parte da etapa pré-eleitoral, que, segundo a jurisprudência da Corte, é etapa do processo eleitoral. Dessa forma, a referida hipótese alteraria as normas do processo eletivo, devendo a questão ser analisada sob o prisma da proteção das minorias, que poderiam vir a ser surpreendidas pela imposição de mudança súbita nas “regras do jogo” por obra das maiorias. Logo, entendeu-se como papel da jurisdição constitucional atuar de forma contramajoritária nesse caso, em que pese as manifestações favoráveis da opinião pública majoritária no sentido de aplicação imediata da norma.

Ao final, em decisão com efeitos *inter partes*, o Tribunal se valeu da técnica de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, retirando os efeitos da lei da ficha limpa do ano de 2010. A despeito de longas considerações tecidas, por exemplo, pelo Ministro Gilmar Mendes, tais ponderações não passaram de *obiter dictum*. O STF ainda não analisou definitivamente a constitucionalidade da lei em si, mas sua aplicabilidade ou não da lei em 2010. E, em decisão apertadíssima, predominou o entendimento no sentido da não aplicação nas eleições de 2010.

Com vistas a pacificar de forma definitiva a questão, tramitaram também no Supremo Tribunal Federal ações que discutiram, em abstrato, a constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010, a saber: ADC nº 29, ADC nº 30 (ajuizadas pelo Partido Popular Socialista – PPS e Ordem dos Advogados do Brasil – OAB) e ADI nº 4578

---

<sup>52</sup> Art. 1º São inelegíveis: I – para qualquer cargo: (...) I) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena.

<sup>53</sup> Nesse sentido, cf. BRASIL. STF. ADI nº 3.685. Rel. Min. Ellen Gracie. J. 22/03/2006. Tribunal Pleno. DJ 10/08/2006.

(Confederação Nacional das Profissões Liberais). Segundo íntegra do voto do relator, três questões fundamentais seriam enfrentadas no julgamento, a saber:

(1) se as inelegibilidades introduzidas pela Lei Complementar nº 135/10 poderão alcançar atos ou fatos ocorridos antes da edição do mencionado diploma legal e (2) se é constitucional a hipótese de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, “m”, da Lei Complementar nº 64/90, inserido pela Lei Complementar nº 135/10. Sucede que o exame dessas questões demanda, previamente, (3) a própria fiscalização abstrata de constitucionalidade de todas as hipóteses de inelegibilidade criadas pela Lei Complementar nº 135/10, que podem ser divididas, basicamente, em cinco grupos, a saber: (i) condenações judiciais (eleitorais, criminais ou por improbidade administrativa) proferidas por órgão colegiado; (ii) rejeição de contas relativas ao exercício de cargo ou função pública (necessariamente colegiadas, porquanto prolatadas pelo Legislativo ou por Tribunal de Contas, conforme o caso); (iii) perda de cargo (eletivo ou de provimento efetivo), incluindo-se as aposentadorias compulsórias de magistrados e membros do Ministério Público e, para os militares, a indignidade ou incompatibilidade para o oficialato; (iv) renúncia a cargo público eletivo diante da iminência da instauração de processo capaz de ocasionar a perda do cargo; e (v) exclusão do exercício de profissão regulamentada, por decisão do órgão profissional respectivo, por violação de dever ético-profissional.

Trata-se, contudo, de desafio enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal em 2012 e, portanto, fora do escopo temporal deste trabalho.

### **3.4. Convocação de suplente e coligação<sup>54</sup>**

No julgamento dos Mandados de Segurança nº 30.260 e 30.272, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, no caso do afastamento temporário de Deputados Federais, a vaga deve ser preenchida pelos suplentes mais votados da coligação, não do partido político ao qual pertença o parlamentar afastado.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem valorizado a importância das coligações partidárias como instrumentos relevantes a assegurar que as minorias

<sup>54</sup> BRASIL. STF. MS 30260/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 27.4.2011; BRASIL. STF. MS 30272/MG, rel. Min. Cármen Lúcia, 27.4.2011.

políticas consigam participar do processo de formação da vontade política. Em decisão relativamente recente, entendeu, por exemplo, que não deve haver verticalização das coligações partidárias, remanescendo autonomia para que as mesmas se formem de acordo com a autoridade local dos partidos. Nesse julgado, a questão que se colocou a frente do Tribunal foi acerca de quem assumiria a vaga do titular em hipótese de suplência ou de licença, se o membro do partido que recebeu mais votos ou o próximo da lista da coligação.

Como a coligação partidária se constitui instrumento para viabilizar a eleição dos parlamentares filiados a partidos menores e permitir a participação das minorias no processo democrático, e considerando também que o candidato titular teria sido eleito graças à coligação, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a vaga do suplente integra o universo decisório da coligação.

### 3.5. Liberdade de expressão e “marcha da maconha”.

Até que ponto vai a liberdade de reunião e manifestação do pensamento no direito brasileiro? Como identificar a tênue fronteira entre a liberdade de expressão e a conduta tipificada como apologia ao crime no art. 287 do Código Penal? O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se debruçar sobre algumas dessas questões no julgamento da ADPF nº 187, noticiada no informativo nº 631, em junho de 2011<sup>55</sup>. Na arguição em questão, objetivava-se a obtenção de pronunciamento judicial favorável ao movimento popularmente conhecido como “marcha da maconha”, manifestação que, segundo a tese que predominou, está incluída no âmbito de proteção da liberdade de expressão e reunião. Partindo-se da premissa de que o art. 5º, IV da Constituição institui, *per se*, preceito fundamental, e de que o Código Penal é sistema jurídico legal da década de quarenta, estar-se-iam preenchidos os requisitos de lesão a preceito fundamental e subsidiariedade exigidos para o ajuizamento da ADPF. A relatoria foi do Min. Luiz Fux.

O debate acerca dos limites da liberdade de expressão e reunião não é algo novo no Direito Brasileiro. Em 2009, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se dedicar à questão no julgamento da ADPF nº 130, que teve como

<sup>55</sup> BRASIL. STF. ADPF 187/DF, rel. Min. Celso de Mello, 15.6.2011.

resultado final o reconhecimento da não recepção da Lei de Imprensa, Lei nº 5.250/67<sup>56</sup>. A despeito de a impugnação ter se restringido a apenas parte da norma, a posição vencedora considerou toda a norma inconstitucional “por arrastamento” ou, como prefere o Ministro Ayres Britto, por “reverberação normativa<sup>57</sup>”. No julgado, entendeu-se que o bloco de direitos fundamentais relacionados com a liberdade de expressão ocuparia uma “posição privilegiada” que justificaria uma prevalência, a *priori*, na ponderação em face de direitos como honra, imagem e intimidade<sup>58</sup>, aproximando-se da tradição sedimentada pela Suprema Corte dos Estados Unidos na matéria<sup>59</sup>.

A decisão na ADPF em comento se aproximou do entendimento acima, privilegiando a liberdade de expressão e reunião, ao considerar como atípica a conduta de participação nos movimentos de “marcha da maconha” desde que fossem respeitados os parâmetros traçados pelo relator: (i) ausência de armas; (ii) que a reunião seja pacífica; (iii) notificação prévia; (iv) sem incitação de violência; (v) sem a presença de menores.

Posteriormente, foi noticiado no informativo nº 649 do Supremo Tribunal Federal o julgamento da ADI nº 4274, ajuizada pelo Procurador Geral da República em face do art. 33, § 2º da Lei nº 11.343/2006<sup>60</sup> (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD), que tipifica como crime “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga”.<sup>61</sup> Acolhendo o pedido, o Supremo concedeu interpretação

<sup>56</sup> BRASIL. STF. ADPF nº 130. Rel. Min. Ayres Britto. DJE 06/11/2009.

<sup>57</sup> Valendo-se do termo, confira-se as transcrições de voto do Ministro do informativo nº 622 do Supremo Tribunal Federal.

<sup>58</sup> Confira-se parte da ementa: “PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO.”

<sup>59</sup> Ressalte-se, contudo, as posições vencidas dos Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, que demonstraram um grau maior de temperamento ao lidar, por exemplo, com a regulamentação do direito de resposta. Ao revés, os demais Ministros entenderam como não recepcionada toda a norma, deixando sem qualquer tipo de regulamentação infraconstitucional o exercício do direito previsto no art. 5º, V da Constituição Federal. A posição vencedora apostou no Judiciário para, em casos concretos, apresentar soluções melhores do que as previstas na lei, mas se omitiu na elaboração de quaisquer parâmetros para nortear a atuação dos magistrados. O panorama de inseguranças e incertezas levou até mesmo ao ajuizamento da ADO nº 09, ainda em tramitação no Supremo Tribunal Federal. Para algumas críticas a respeito, vide DORE FERNANDES, Eric Baracho. LEGALE FERREIRA, Siddharta. Comentário à ADPF 130: Parâmetros para as decisões após a não recepção da Lei de Imprensa. **Revista de Direito dos Monitores da Universidade Federal Fluminense - RDM**, v. 5, p. 103-136, 2009. Disponível em: <[http://www.uff.br/rdm/revistas/rdm\\_ano2\\_ed5.pdf](http://www.uff.br/rdm/revistas/rdm_ano2_ed5.pdf)>. Acesso em: 20/03/2011.

<sup>60</sup> Art. 33 (...) § 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

<sup>61</sup> BRASIL. STF. ADI 4274/DF, rel. Min. Ayres Britto, 23.11.2011. (ADI-4274).

conforme à Constituição ao dispositivo, excluindo quaisquer significados que resultassem na criminalização de manifestações e debates públicos sobre a legalização do uso de drogas ou quaisquer outras substâncias, sendo integralmente mantido o entendimento já firmado por ocasião do julgamento da ADPF nº 187. Frise-se que o Ministro Fux fez questão de lembrar dos parâmetros firmados na referida ADPF, (i) ausência de armas; (ii) que a reunião seja pacífica; (iii) notificação prévia; (iv) sem incitação de violência; (v) sem a presença de menores.

### **3.6. Livre exercício profissional e registro na Ordem dos Músicos.**

No ano de 2011, foram trazidos à apreciação do STF dois grandes casos a respeito do alcance do direito fundamental ao livre exercício profissional, previsto no art. 5º, XIII da Constituição<sup>62</sup>. O primeiro deles, noticiado no informativo nº 634<sup>63</sup>, consistiu em recurso extraordinário no qual o recorrente, Ordem dos Músicos do Brasil, sustentava que o exercício de atividades de músico dependeria de registro prévio na entidade de classe, conforme disporia a Lei nº 3.857/1960, diploma normativo que, segundo sua ementa, “cria a Ordem dos Músicos do Brasil e dispõe sobre a regulamentação do exercício da profissão de músico e dá outras providências”. O RE foi interposto em face de decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que entendeu que, com fundamento no art. 5º, IX e XIII do texto constitucional, a atividade de músico não dependeria de registro ou licença, não podendo sua livre expressão ser impedida pelos interesses da entidade de classe em questão. Após o voto da Min. Ellen Gracie, a 2ª Turma acolheu a proposta do Min. Gilmar Mendes para submeter a questão ao Pleno, uma vez que se trataria de matéria relevante a respeito da interpretação do art. 5º, XIII, sendo inclusive semelhante ao caso da exigibilidade do diploma de jornalista.

Trazida a questão para apreciação do Plenário, asseverou-se que a despeito da existência de ADPF para questionar a recepção de dispositivos da Lei nº 3.857, o feito não se encontra pronto para julgamento ou incluído em pauta, razão pela qual não haveria óbice ao conhecimento do recurso. No mérito, a Relatora destacou que,

<sup>62</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; (...)

<sup>63</sup> BRASIL. STF. RE 414426/SC, rel. Min. Ellen Gracie, 1º.8.2011.

diferente de diversas outras profissões que apresentariam risco para terceiros, não existiria qualquer interesse social que justificasse condicionar o exercício da atividade a registro prévio. Lembrou também que exigir registro junto ao conselho profissional apropriado seria o mesmo que exigí-lo de escritores ou jornalistas. De fato, a questão diria respeito não somente ao livre exercício de atividade profissional, mas também ao direito de livre manifestação do pensamento artístico, contido no art. 5º, IX da Constituição.

O voto da Relatora foi acompanhado de forma unânime por seus pares. Digno de nota foi o voto do Min. Gilmar Mendes, que fez questão de tecer algumas considerações a respeito da liberdade de expressão artística, no sentido de que, no caso do inciso XIII, se estaria diante de uma “reserva legal qualificada”, exigindo-se a intervenção do Estado somente quando for necessário algum tipo de tutela. Citou julgado antigo do Supremo Tribunal no qual se discutia a regulamentação da profissão de corretor de imóvel, profissão relevante, mas que não constituiria uma situação de risco para a sociedade a ponto de justificar intervenções estatais. Permitir uma regulamentação estatal da profissão seria um precedente perigoso, permitindo que o Estado se imiscua na arte e até mesmo crie exames que estabeleçam critérios de “bons ou maus músicos”.

Em conclusão, parece-nos possível extrair desse julgado um importante parâmetro de interpretação do art. 5º, XIII. Diante da reserva legal qualificada desta garantia, a restrição do exercício profissional deve observar eventual risco daquela profissão para a coletividade. E, de fato, parece ter sido também um dos parâmetros mais importantes invocados no caso que se passa a discutir adiante.

### **3.7. Liberdade de exercício profissional e exame da OAB.**

O segundo e mais repercutido julgado do Supremo Tribunal Federal em 2011, a respeito da liberdade de exercício profissional, foi noticiado no informativo nº 646 desta Corte<sup>64</sup>. Trata-se do RE nº 603.583, no qual o recorrente questionou a constitucionalidade dos artigos 8º, IV; 8º, § 1º; e 44 da Lei nº 8.906/2004 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). O recurso foi interposto por bacharel que colou grau no ano de 2007, na Universidade Luterana do Brasil, em Canoas, Rio Grande do Sul.

<sup>64</sup> BRASIL. STF. RE 603583/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 26.10.2011.

Sustentava que o bacharel em Direito deveria ser considerado capaz de exercer a profissão até prova em contrário, podendo a OAB dispor de mecanismos disciplinares para exercer tal controle. Dentre os argumentos mais relevantes, sustentou a violação ao princípio da igualdade, uma vez que outras profissões de risco (como medicina e engenharia) não teriam exames semelhantes, a violação ao princípio do livre exercício profissional e ao princípio da proporcionalidade. Além disso, alegava o recorrente que a avaliação sobre a capacidade do exercício da profissão deveria ser feita por instituições públicas, com imparcialidade e sem quaisquer tipos de interesse de classe.

Por unanimidade, negou-se provimento ao recurso. A votação acompanhou o entendimento do Ministro Marco Aurélio, para quem os dispositivos questionados não afrontariam a liberdade profissional prevista pelo art. 5º, XIII. Aplicando o mesmo parâmetro do julgado acima (*confira-se* 3.8), o Ministro ressaltou que, muito embora o dispositivo em questão impeça o Poder Legislativo de impor barreiras ao exercício de uma profissão, há um interesse metaindividual nos casos em que determinada atividade ofereça riscos para a coletividade, sendo necessário, portanto, estabelecer limites em função do interesse coletivo.

Relevantes para nota foram as ressalvas do Min. Fux sobre a matéria. A despeito de o modelo atual ser uma medida adequada para a finalidade a que se destina, as normas infraconstitucionais a respeito do exame de ordem estarão “em trânsito para a inconstitucionalidade” caso não sejam criadas normas para tornar a organização do exame mais pluralista, com a participação de outros setores da comunidade jurídica na elaboração do certame. Segundo o Ministro, o modelo atual poderia levar a questionamentos a respeito da isenção do exame de interesses corporativos e a respeito da observância do princípio democrático. De fato, a doutrina há muito reconhece a possibilidade de mudanças nas relações fáticas ou na interpretação jurídica gerarem uma inconstitucionalidade superveniente, sendo possível o reconhecimento de normas “em trânsito para a inconstitucionalidade<sup>65</sup>”. É o caso da atribuição do Ministério Público para promover ações civis *ex delicto*<sup>66</sup> e do prazo em dobro para a Defensoria Pública<sup>67</sup> enquanto sua estrutura ainda não estiver efetivamente instalada no país.

<sup>65</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1066.

<sup>66</sup> BRASIL. STF. **RE nº 135.328**. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 29/06/2004. DJ 20/04/2001.

<sup>67</sup> BRASIL. STF. **HC nº 70.514**. Rel. Min. Sidney Sanches. J. 23/03/1994. DJ 27/06/1997.

Gilmar Mendes, em suas considerações, lembrou do parâmetro utilizado pelo Supremo Tribunal a respeito da liberdade do exercício profissional contida no art. 5º, XIII da Constituição. A despeito de se tratar de uma reserva legal qualificada, o exame da OAB seria plenamente justificável e não violaria o princípio da proporcionalidade.

#### **4. Organização do Estado, Federalismo e Separação de Poderes.**

A complexidade organizacional da República não se encerra na horizontalização tipificadora do sistema de separação de poderes e sua inclusão na mecânica de *checks and balances*. Também do núcleo irreformável da Constituição de 1988 exsurge a forma estatal federativa e sua realidade tridimensional. Desta sorte, a organização político-administrativa do Estado Brasileiro se escora na coexistência das três esferas governamentais e na sua complexa sistemática de distribuição de competências legislativas e executivas entre União, Estados e Municípios.

Neste mister, alguns cardeais elementos de análise são extraídos dos debates ocorridos no Plenário do Supremo Tribunal Federal no ano judiciário de 2011.

##### **4.1. Inconstitucionalidade formal por vícios de competência.**

Não é incomum que o Supremo Tribunal Federal reconheça como inconstitucionais normas locais que exorbitem os limites materiais de competência delimitados no texto da Constituição. Não é grande surpresa, considerando o rol generoso de competências atribuído pelo Constituinte de 1988 para a União, fruto de uma tradição federativa que sempre privilegiou as atribuições do ente central, em contraposição ao modelo clássico de federação norte-americana.

Em relação à competência do art. 22, XI, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal normalmente interpreta de forma extensiva o que corresponderia a “trânsito e transportes”. Nesse sentido, já declarou como inconstitucionais, por exemplo, leis locais que dispunham sobre o uso de pisca-alerta durante blitz policial. Mais recentemente, em 2011, há notícia no informativo nº 614 de que o STF declarou a inconstitucionalidade de norma estadual que dispunha sobre a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança, a despeito da posição vencida do Ministro Marco Aurélio, para quem uma questão

atinente à segurança do cidadão seria de competência concorrente<sup>68</sup>. Também em 2011, há notícia no informativo nº 619 de que o Supremo teria declarado inconstitucional a Lei nº 10.884/2001 do Estado de São Paulo, que disciplinava a obrigatoriedade de reserva de espaço para o tráfego de motocicletas nas vias públicas de grande circulação<sup>69</sup>.

A interpretação do Supremo Tribunal é também generosa quanto ao alcance da competência para legislar sobre direito civil, contida no art. 22, I da Constituição. Em julgado noticiado no informativo nº 619, a Corte entendeu que a competência para legislar sobre cobrança de estacionamento se constitui sob a atmosfera União, incluindo-se entre as matérias de direito civil. Na hipótese, a Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral da República impugnava a Lei nº 2.050/92 do Estado do Rio de Janeiro, que alterou a Lei Estadual nº 1.748/90 com a introdução de dispositivo que proibia a cobrança de qualquer quantia pela utilização de estacionamentos particulares. Além da inconstitucionalidade formal, entendeu-se que tal restrição também seria materialmente inconstitucional, por afrontar o direito de propriedade<sup>70</sup>.

A mesma tendência é perceptível no que diz respeito à competência privativa da União para legislar sobre direito do consumidor (art. 22, IV da Constituição). Conforme noticiado pelo informativo nº 637, o plenário deferiu por maioria medida liminar em ADI para suspender a aplicação dos artigos 1º e 2º da Lei 18.403/2009, de Minas Gerais, mas somente em relação às empresas concessionárias de serviços públicos de telecomunicação delegados pela União. As normas impugnadas disciplinam a obrigação de que o fornecedor informe, na fatura de cobrança, a existência de débitos anteriores. A posição vencedora considerou que uma norma local não poderia impor obrigações não previstas em contratos de concessão previamente firmados pela União e, ainda que pudesse fazê-lo, a proteção do consumidor seria de competência privativa da União. Restaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto, que entendiam que a hipótese se encaixaria na competência concorrente para legislar sobre consumo, prevista no art. 24, V da Constituição<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> BRASIL. STF. ADI 874/BA, rel. Min. Gilmar Mendes, 3.2.2011.

<sup>69</sup> BRASIL. STF. ADI 3121/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 17.3.2011.

<sup>70</sup> BRASIL. STF. ADI 1623/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, 17.3.2011.

<sup>71</sup> BRASIL. STF. ADI 4533 MC/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25.8.2011.

#### **4.2. Simetria e processo legislativo.**

Processo legislativo é, tradicionalmente, matéria na qual o Supremo Tribunal Federal entende que a auto-organização dos entes federativos é limitada de forma intensa pelo princípio da simetria. Por tal razão, não é surpresa decisões como a noticiada no informativo nº 615<sup>72</sup>, na qual o STF declarou a inconstitucionalidade de norma estadual de iniciativa parlamentar que determinava a necessidade de diploma de nível superior para inscrição em concurso para o cargo de agente da polícia civil do Espírito Santo. O Tribunal ressaltou que leis estaduais que versem sobre o regime jurídico e provimento de servidores públicos são de iniciativa reservada do Executivo, devendo ser observado também no processo legislativo estadual o disposto no art. art. 61, § 1º, II, alíneas “a” e “c” da Constituição. Também com fundamento no princípio da simetria, o Supremo declarou inconstitucionais dispositivos da Constituição do Piauí que impunham reserva de lei complementar em matérias para as quais a Constituição Federal prevê o processo legislativo ordinário<sup>73</sup>.

#### **4.3. Desmembramento de Estado e população diretamente interessada.**

Ao se debruçar sobre o sentido e alcance da expressão “população diretamente interessada”, constante do art. 18, parágrafo 3º da Constituição<sup>74</sup>, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão pautada em uma interpretação eminentemente sistemática do texto constitucional, entendendo que a referida expressão compreende tanto a população da área que está sendo desmembrada quanto da área remanescente, conforme noticiado no informativo nº 637 do Tribunal<sup>75</sup>. Foi a conclusão unânime a que chegou o plenário ao analisar a ADI nº 2650, da Relatoria do Min. Dias Toffoli. A ação, ajuizada pela

<sup>72</sup>BRASIL. STF. ADI 2856/ES, rel. Min. Gilmar Mendes, 10.2.2011.

<sup>73</sup> BRASIL. STF. ADI 2872/PI, rel. orig. Min. Eros Grau, red. p/ o acórdão, Min. Ricardo Lewandowski, 1º.8.2011.

<sup>74</sup> Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. § 3º - Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.

<sup>75</sup> BRASIL. STF. ADI 2650/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24.8.2011.

Mesa da Assembléia Legislativa de Goiás, objetivava impugnar a primeira parte do art. 7º da Lei nº 9.709/98, que dispõe que se entende “por população diretamente interessada tanto a do território que se pretende desmembrar, quanto a do que sofrerá desmembramento”<sup>76</sup>. Em primeiro lugar, o Plenário rejeitou a tese de que somente Emenda poderia dispor sobre a matéria do art. 18, parágrafo 3º, não acolhendo a alegação de inconstitucionalidade formal. A norma estaria dentro dos limites da soberania popular (art. 14), limitando-se a revelar o significado já contido na norma constitucional em referência, sem ir além do que dispõe a Constituição. Nas palavras utilizadas pelo Relator, “processo de concretização da norma constitucional”.

Quanto ao aspecto material, a Procuradoria Geral da República, em parecer, destacou que no caso do plebiscito para desmembramento de Municípios, a EC nº 15/1996 já havia alterado a redação do § 4º do art. 18 para compreender “todos os Municípios envolvidos”. Antes da alteração, o STF interpretava o dispositivo como compreendendo somente a área a ser desmembrada, não a área remanescente. Se a alteração se restringiu ao § 4º, o Procurador Geral da República entendeu que o STF deveria interpretar o parágrafo terceiro da mesma forma que interpretava o parágrafo quarto antes da alteração.

O Plenário, contudo, afastou essa interpretação. Conforme voto do Relator, destacando que a jurisprudência antiga, de 1997, deveria ser revista. Para o Ministro Toffoli, há clara vontade da Constituição em incluir no desmembramento toda a população da área afetada, tendo esse sempre sido o real significado da expressão em ambos os parágrafos. Segundo entendeu, tanto a EC nº 15/1996 quanto a norma infraconstitucional impugnada apenas teriam tornado mais claro o real significado das normas constitucionais sobre o tema. Interpretar de forma distinta as hipóteses de desmembramento de Estados e Municípios feriria a isonomia entre os entes federativos, facilitando o processo de desmembramento estadual. Além disso, permitir que todos os cidadãos da área afetada participem do plebiscito configuraria exercício necessário da soberania popular, eis que o desmembramento pode acarretar conseqüências significativas para a realidade local.

<sup>76</sup> Art. 7º Nas consultas plebiscitárias previstas nos arts. 4o e 5o entende-se por população diretamente interessada tanto a do território que se pretende desmembrar, quanto a do que sofrerá desmembramento; em caso de fusão ou anexação, tanto a população da área que se quer anexar quanto a da que receberá o acréscimo; e a vontade popular se aferirá pelo percentual que se manifestar em relação ao total da população consultada.

Dessa forma, invocando o princípio da unidade e harmonia da Constituição para afastar a interpretação eminentemente gramatical pretendida pelo requerente, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou improcedente a ADI, valendo-se de interpretação sistemática para entender compreendido na expressão “população diretamente interessada” todos os habitantes da área remanescente e da área a ser desmembrada.

Vale lembrar que a questão adquiriu contornos significativos na decisão desse ano, em especial devido ao plebiscito para desmembramento do Pará, que possivelmente teria um resultado diferente se a Corte tivesse mantido a jurisprudência tradicional<sup>77</sup>.

## 6. Conclusões.

Mesmo que tópicas, as notas jurisprudenciais colimadas neste brevíário encerram o destacamento das decisões mais sensíveis da atividade do Supremo Tribunal Federal no ano judiciário de 2011. A cada ano, o acréscimo dos precedentes hauridos na fiscalização concentrada de constitucionalidade e no controle difuso avolumam a demarcação dos limites do Poder Judiciário na guarda da Constituição e no teatro das relações edificadas entre este e os demais Poderes Constituídos da República.

Em síntese, observa-se que em relação aos instrumentos de controle de constitucionalidade, o desenvolvimento do direito processual constitucional tem aproximado institutos de processo subjetivo e outros de natureza tipicamente objetiva. Quanto aos direitos fundamentais, observa-se, de um lado, um papel de protagonismo do Tribunal na defesa de minorias e, por outro, a adequada delimitação do sentido e alcance das liberdades inerentes a um Estado democrático. Por fim, têm-se observado que o Supremo tem atuado não somente como Corte Constitucional, mas verdadeiro “Tribunal da Federação”, atenuando as tensões inerentes à forma federativa de Estado, bem como conflitos institucionais entre os poderes.

---

<sup>77</sup>Conforme destacam BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. **Retrospectiva 2011. Direito Constitucional e o Supremo Tribunal Federal. Um ano para não esquecer.** Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/01/Retrospectiva-2011\\_31dez11.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/01/Retrospectiva-2011_31dez11.pdf)>. Acesso em: 31/12/2011, p. 11-12.

É certo que em razão dos limites materiais de um trabalho como este, não é possível esgotar todos os julgados significativos do período. Espera-se, todavia, que as reflexões e críticas tornem possível uma compreensão delimitada temporal e materialmente do papel do Supremo Tribunal Federal no ano de 2011.

## 7. Referências Bibliográficas.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011

\_\_\_\_\_. Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido. Uma proposta de reformulação. BARROSO, Luís Roberto (org.). **Temas de Direito Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Diferentes mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Uniões Homoafetivas no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em: 31/12/2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. ; MENDONÇA, Eduardo. **Retrospectiva 2011. Direito Constitucional e o Supremo Tribunal Federal. Um ano para não esquecer**. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/01/Retrospectiva-2011\\_31dez11.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/01/Retrospectiva-2011_31dez11.pdf)>. Acesso em: 31/12/2011.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. 6ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Revisada e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUNIOR, Paulo Hamilton Siqueira. **Direito Processual Constitucional**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Comentários à Lei n. 9.882 de 3.12.1999**

\_\_\_\_\_. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional (2002-2010)**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. O Advogado-Geral da União e a ação direta de inconstitucionalidade. **Correio Braziliense**, Brasília, 20 nov. 2000. Caderno Direito & Justiça. Disponível também em: <<http://www.redebrasil.inf.br/0artigos/agu.htm>>. Acesso em: 01/06/2010.

\_\_\_\_\_.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1267-1270.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2010.

*Artigo recebido em 31 de agosto de 2012.  
Artigo aceito para publicação em 17 de setembro de 2012.*