

ano 18 - n. 74 | outubro/dezembro - 2018
Belo Horizonte | p. 1-280 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v19i74
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2018 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003- Trimestral ISSN: 1516-3210 Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba 1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum. CDD: 342 CDU: 342.9
------	--

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Editores Acadêmicos Responsáveis

Daniel Wunder Hachem

Ana Cláudia Finger

Assessor Editorial

Felipe Klein Gussoli

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (UniBrasil-PR)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Clêmerston Merlin Clève (UFPR)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG-GO)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Odilon Borges Junior (UFES)
Emerson Gabardo (UFPR)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Eros Roberto Grau (USP)	Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP-PR)
Imgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
José Carlos Abraão (UEL-PR)	Rogério Gesta Leal (UNISC-RS)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Weida Zancaner (PUC-SP)

Homenagem Especial

Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)
Guillermo Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jorge Luís Salomoni (*in memoriam*)
Julio Rodolfo Comadira (*in memoriam*)
Lúcia Valle Figueiredo (*in memoriam*)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)
Paulo Henrique Blasi (*in memoriam*)
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)
Rolando Pantoja Bauzá (*in memoriam*)

O ativismo do Supremo Tribunal Federal e a ausência de critérios claros em matéria de direitos fundamentais*

The activism of the Federal Supreme Court and the lack of clear criteria on fundamental rights

Marcelo Figueiredo**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
mfigueiredo@mfaa.com.br

Recebido/Received: 17.01.2018 / January 17th, 2018

Aprovado/Approved: 08.02.2019 / February 8th, 2019

Resumo: O Brasil adota dois sistemas básicos de controle da constitucionalidade: o sistema difuso de origem norte-americana e o sistema concentrado ou abstrato de controle de constitucionalidade de matriz europeia. Através do controle concentrado, almeja-se expurgar do sistema lei ou ato normativo viciado (material ou formalmente), buscando-se, por conseguinte, a sua invalidação. O controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil é bem amplo e compreensivo. O Supremo Tribunal Federal tem feito um grande esforço para responder a uma gama enorme de temas e problemas regulados pela Constituição de 1988 e suas sucessivas

Como citar este artigo/*How to cite this article:* FIGUEIREDO, Marcelo. O ativismo do Supremo Tribunal Federal e a ausência de critérios claros em matéria de direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 97-123, out./dez. 2018. DOI: 10.21056/aec.v19i74.910.

* Gostaria de agradecer imensamente o convite dos Professores Alexandru Tănase e Rainer Arnold para participar deste importante encontro internacional, ocasião em que serão discutidos em uma perspectiva comparada a *Justiça Constitucional e o Desenvolvimento dos Direitos Individuais*. Este texto serviu de apoio para a exposição e será publicado em inglês nos anais do XIX International Congress on European and Comparative Constitutional Law, Constitutional Justice and the Development of Individual Rights, Republic of Moldova.

** Professor Associado de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil), onde também foi Diretor do Curso de Direito (gestões 2005-2009-2009-2013). Doutor em Direito pela PUCSP. É Presidente da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD), seção brasileira do Instituto Ibero-Americano de Direito Constitucional com sede no México e Vice-Presidente da Associação Internacional de Direito Constitucional (IACL-AIDC). Advogado e consultor jurídico em São Paulo-SP, Brasil. E-mail: <mfigueiredo@mfaa.com.br>.

emendas. Comentam-se casos em que são discutidos direitos fundamentais. Muitos o acusam de ser ativista, outros de não deixar claro quais os métodos e os critérios de interpretação constitucional que utiliza.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Controle concentrado. Direitos fundamentais. Ativismo judicial. interpretação.

Abstract: Brazil has two systems of constitutional control: the diffuse system (North American origin) and the concentrated or abstract system of constitutional control (European origin). Through the concentrated control, the aim is to put the law out of the legal system or the normative act (materially or formally), seeking, therefore, its nullification. The concentrated or abstract control of constitutionality exercised by the Federal Supreme Court in Brazil is very broad and comprehensive. The Federal Supreme Court has made a great effort to respond to a huge range of issues and problems regulated by the 1988 Constitution and its successive amendments. There are cases where fundamental rights are discussed. Many accuse the Supreme Court of being activist, others of not making clear which methods and criteria for constitutional interpretation are utilized.

Keywords: Federal Supreme Court. Concentrated constitutional control. Fundamental rights. Judicial Activism. Construction.

Sumário: **1** O Supremo Tribunal Federal no Brasil: composição, críticas e competências – **2** O exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal: o controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade – **3** A proteção dos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal – **4** O ativismo do Supremo Tribunal Federal, a ausência de critérios claros para o exercício da jurisdição constitucional. Conclusões – Referências

1 O Supremo Tribunal Federal no Brasil: composição, críticas e competências

A denominação “Supremo Tribunal Federal”¹ foi adotada na Constituição Provisória publicada com o Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, e repetiu-se no Decreto nº 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal.

A Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891, que instituiu o controle de constitucionalidade das leis, dedicou ao Supremo Tribunal Federal os artigos 55 a 59.

Naquela época, o Supremo era composto de quinze juízes nomeados pelo Presidente da República, com posterior aprovação do Senado. Após a Revolução de 1930, o Governo Provisório decidiu, pelo Decreto nº 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, reduzir o número de juízes, para onze.

¹ O ascendente mais remoto do Supremo Tribunal Federal foi a chamada “Casa da Suplicação do Brasil”, criada por Alvará do Príncipe Regente D. João, em 10 de maio de 1808. Até então os processos eram enviados a Lisboa, pois o Brasil foi colônia de Portugal. Com a chegada da Família Real Portuguesa, que fugia da invasão do Reino pelas tropas de Napoleão, era inviável a remessa de todos os processos para Lisboa. Daí decidiu o Príncipe Regente criar o embrião do que, séculos depois, viria a ser o Supremo Tribunal Federal.

Em 21 de abril de 1960, em decorrência da mudança da capital federal, o Supremo Tribunal Federal transferiu-se para Brasília, depois de ter funcionado 69 (sessenta e nove) anos na cidade do Rio de Janeiro.

O Supremo Tribunal Federal, segundo a Constituição brasileira vigente, de 1988, é composto de 11 (onze) juízes denominados Ministros, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, entre cidadãos brasileiros (natos), com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Muito se têm discutido ultimamente sobre a conveniência de se manter o modelo de acesso e de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no Brasil. Afirmam os críticos que poucos são os requisitos para acesso à Corte, além da idade mínima e máxima e os conceitos abertos de “notável saber jurídico” e “reputação ilibada”.

Similar ao processo de nomeação dos Ministros da Suprema Corte norte-americana, critica-se o modelo por apresentar no início do processo uma politização excessiva, seja do próprio “candidato” a ser escolhido, seja em relação ao amplo poder do Presidente da República em escolhê-lo, seja ainda na escolha propriamente dita, que não raro recai sobre pessoas que ocupam posições relevantes na alta cúpula da Administração Federal, quando não assessores mais diretos do Presidente da República, como consultores jurídicos ou advogados da União, Ministros de Estado, políticos em geral.

Do mesmo modo, critica-se o papel do Senado Federal que salvo em algumas exceções, não realiza como deveria – a exemplo do modelo norte-americano – um escrutínio mais profundo do indicado pelo Presidente da República, limitando-se a fazer uma sabatina formal.

Adauto Suannes,² comentando a composição dos membros da Suprema Corte norte-americana, salienta que, dos 60 (sessenta) juízes indicados pelo Presidente da República no século XX, cinco foram rejeitados pelo Senado norte-americano, ponto no qual registra a experiência brasileira diferente do Brasil. Afirma:

Jamais tivemos um candidato a Ministro da Suprema Corte rejeitado pelo Senado, que se limita a inquirir o candidato, sem qualquer preocupação com o seu passado, e sua cultura jurídica. Tivemos, como é de todos sabido, o incrível caso de um *justice* que, renunciando ao cargo, foi servir ao Poder Executivo, de onde retornou ao Supremo Tribunal Federal, ali se aposentando. Além disso, chegaram a integrar a Corte, no passado, um médico e dois generais.

² SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 117.

As críticas a esse processo têm se fortalecido, na medida em que o Supremo Tribunal Federal no Brasil hoje, por força do sistema constitucional brasileiro, outorga àquele Tribunal relevantíssimas e amplas competências, como veremos mais adiante.³ Postula-se uma maior democratização e participação social nesse processo.⁴

Passemos ao estudo de suas competências. Segundo o artigo 102 da Constituição Federal podemos dividir a competência do STF em três grupos, seguindo aqui a lição de José Afonso:⁵

- (1) as que lhe cabe processar e julgar originariamente, ou seja, como Juízo único e definitivo, relacionadas no inciso I;
- (2) as que lhe cabe julgar, em recurso ordinário, e são indicadas no inciso II;
- (3) e, finalmente, as que lhe toca julgar, em recurso extraordinário, e são as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida envolve uma das questões constitucionais referidas nas alíneas do inciso III.

³ Postulam-se em trabalhos doutrinários diversas mudanças no STF, seja para um modelo mais similar a uma Corte Constitucional, como a alemã, por exemplo, com juízes dotados de mandatos de 10 ou 12 anos como ocorre em diversos Países. Seja sua “democratização” com membros oriundos de outros ramos da família judiciária, como advogados, promotores, professores universitários e agentes políticos oriundos das minorias do Parlamento. Evidentemente que essa e outras propostas não encontram até o momento eco, quer no Legislativo, quer no próprio Supremo Tribunal Federal que prefere manter o seu *status quo*.

⁴ Recorde-se, a propósito, não no processo de nomeação, mas do processo no controle *concentrado de constitucionalidade* que já houve avanços no sentido de sua abertura a sociedade civil por intermédio da Lei 9.869/99 que dentre outros aspectos, introduziu importantes novidades, tais como: a possibilidade do ingresso de *amicus curiae* e *audiências públicas* no processo constitucional, o que pode ser notado como um grande avanço. Mediante esses dois importantíssimos instrumentos, podem manifestar-se no controle concentrado de constitucionalidade, sobre temas técnicos, *experts*, sobre temas técnicos que envolvem distintas áreas do conhecimento. Sem dúvida alguma, ambos os institutos tiveram como objetivo, conferir maior legitimidade democrática e técnica às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de constitucionalidade, como veremos. Extraído da experiência norte-americana, o *amicus curiae* permite que entidades representativas da sociedade civil, ligadas ao tema objeto da discussão constitucional possam levar novos argumentos para o debate a ser travado na Corte. Mesmo não consistindo sua participação, em princípio, em assunção de posição a favor ou contra a tese levantada pelo autor ou legitimado da ação, é inegável que ambos os institutos podem exercer um relevante papel de auxiliares da Corte, seja evitando uma decisão equivocada, seja aprimorando e adensando os argumentos apresentados pelas partes. Já a audiência pública consiste na convocação de pessoas com experiência e autoridade na matéria levada ao conhecimento da Corte. Podem esclarecer questões técnicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas, como promover uma jurisdição constitucional mais democrática. As audiências públicas foram previstas, inicialmente, nas Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99, que disciplinam o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceitos fundamentais. Posteriormente, as audiências públicas foram regulamentadas pela Emenda Regimental nº 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente do STF ou ao Relator do caso, nos termos dos artigos 13, XVII, e 21, XVII do Regimento Interno da Corte, para “Convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante” debatidas pelo Tribunal. O procedimento a ser observado consta do artigo 154, parágrafo único do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A primeira audiência pública realizada pelo Tribunal foi convocada pelo Ministro Ayres Britto, Relator da ADI nº 3510, que impugnava dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.05/2005), e ocorreu no dia 20 de abril de 2007.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 565.

As competências judicantes previstas nos incisos do artigo 102 têm, quase todas, conteúdo de litígio constitucional. Logo, a atuação do STF, aí, se destina a compor lide constitucional, mediante o exercício de jurisdição constitucional.

Prossegue José Afonso,⁶ afirmando que a jurisdição constitucional comporta conteúdos e objetivos diversos, que autorizam distinguir três modalidades que podem ser observadas na competência daquele Tribunal, a saber:

- a) jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade;
- b) jurisdição constitucional da liberdade;
- c) jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade

Basicamente, no item “a” encontramos as ações de inconstitucionalidade por ação ou por omissão e o recurso extraordinário.

Basicamente no item “b”, encontramos os remédios constitucionais destinados à defesa dos direitos fundamentais e seus mecanismos próprios (mandado de segurança, *habeas corpus*, mandado de injunção, *habeas data*);

Basicamente no item “c”, encontramos a competência para julgar crimes de membros de outros poderes, litígios entre Estados, conflitos de competência, e outras ações.

Em seguida, examinando a competência do Supremo Tribunal Federal, ainda encontraremos: a) a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF⁷), as súmulas vinculantes e impeditivas de recursos e o efeito vinculante.

Em seguida temos o artigo 103 da CF, que, como dissemos no início do trabalho, alargou enormemente o rol de legitimados ativos que podem propor ações de inconstitucionalidade.

2 O exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal: o controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade

Inicialmente sublinhe-se que o Brasil adota dois sistemas básicos de controle da constitucionalidade. O sistema difuso de origem norte-americana e o sistema concentrado ou abstrato de controle de constitucionalidade de matriz europeia. Conquanto essas duas origens históricas existam, desenvolvemos peculiaridades próprias, como é natural em diferentes Estados da região.

O sistema difuso, repressivo ou posterior de constitucionalidade é bem conhecido no mundo. Pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário. Por seu intermédio, verifica-se em um caso concreto a existência da

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 566-568.

⁷ Lei nº 9.882/99

inconstitucionalidade, e a declaração de inconstitucionalidade se dá de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao exame do mérito.

Requer-se algo em juízo, no bojo de uma lide, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou de uma norma jurídica, tendo como causa de pedir processual a inconstitucionalidade.

O juiz ou tribunal, a reconhecendo, afasta, para o caso concreto a incidência da norma questionada como inconstitucional, reconhecendo sua inconstitucionalidade. Tem efeito *inter partes*.

Nos Tribunais ocorre o mesmo, aplicando-se o já visto artigo 97 da Constituição Federal, tendo sido mais recentemente dispensada sua aplicação se já existente decisão do próprio Tribunal (*ad quem*) ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

Não vamos nos fixar no controle difuso. Passemos de imediato para o controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade, em que encontramos maiores e mais abrangentes problemas ligados à jurisdição constitucional.

Nota-se um extenso rol de legitimados ativos no artigo 103 da CF acima transcrito. O controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade no Brasil vem se fortalecendo a cada reforma constitucional.

Por seu intermédio, nas diversas ações lá previstas (ações diretas de inconstitucionalidade, ação de descumprimento de preceito fundamental e Reclamações Constitucionais), o que se busca é o controle de constitucionalidade do ato normativo em tese, abstrato, marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração.

Em regra, através do controle concentrado, almeja-se expurgar do sistema lei ou ato normativo viciado (material ou formalmente), buscando-se, por conseguinte, a sua invalidação.

O controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil é bem amplo e compreensivo.⁸ Emendas Constitucionais podem ser objeto de controle, medidas provisórias, editadas pelo Executivo, decretos autônomos, tratados e convenções internacionais (excluídos os de direitos humanos, que têm *status* constitucionais), podem também ser objeto de controle de constitucionalidade.

Até mesmo alguns tipos de atos estatais de efeitos concretos e atos estatais de efeitos concretos editados sob a forma de lei (exclusivamente formal) podem ser controlados no controle abstrato ou concentrado.

Em ao menos três decisões importantes, o Supremo Tribunal Federal no Brasil, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, admitiu o controle concentrado de constitucionalidade da lei orçamentária.

⁸ Lei nº 9.868/1999 com os acréscimos da Lei nº 12.063/2009. Vide também a Lei nº 9.882/99

Na primeira, ADI nº 2925, Relator a Ministra Ellen Gracie, Relator para Acórdão, Ministro Marco Aurélio, julgado em 19.12.2003, entendeu inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária nº 10.640/2003, que implicava a abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no §4º do artigo 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso II do citado parágrafo.

Em Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) que atacava a Medida Provisória nº 405 de 2007, que tratava de abertura de crédito extraordinário, entendeu que há limites a atividade legislativa excepcional do Poder Executivo na edição de tais medidas. Como os créditos abertos eram destinados a despesas correntes e não imprevisíveis, julgou inconstitucional a Medida Provisória, suspendendo a vigência da Lei nº 11.658/2008. (ADI nº 4.048, MC, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008).

Por fim, na ADI nº 4.049, Relator o Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05.11.2008, entendeu também que abertura de crédito extraordinário para pagamento de despesas de simples custeio e investimentos triviais não caracteriza imprevisibilidade e urgência, nos termos do artigo 167, §3º, da CF. Cautelar deferida.

3 A proteção dos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal

Qualquer pessoa ou interessado pode bater às portas do Judiciário para levar a seu conhecimento, por intermédio de diversas ações,⁹ a discussão sobre a aplicação dos direitos fundamentais. É natural que por veicularem matéria constitucional, ainda que se iniciem na via difusa, acabem chegando ao Supremo Tribunal intérprete final da jurisdição constitucional.

Acresçam-se ainda todas as competências das ações do controle concentrado (art. 103) que também veiculam muitas das vezes lesão, ameaça ou discussões sobre direitos fundamentais das mais variadas espécies.

⁹ Entre outras: o *Habeas Corpus*, o *Habeas Data*, o Mandado de Segurança, o Mandado de Injunção, a Ação Popular, a Ação Civil Pública, a Ação de Responsabilização do Agente Público ou Terceiro, por ato de improbidade administrativa, as Ações Eleitorais, dentre outras.

3.1 O caso da constitucionalidade da antecipação do parto de fetos anencefálicos.¹⁰ Descaracterização do crime de aborto (ADPF nº 54-DF, Relator Ministro Marco Aurélio)

Não há uma definição constitucional ou legal do significado e extensão do conceito de “preceito fundamental”. A doutrina e a jurisprudência do STF têm procurado densificar seu conteúdo por meio dos casos julgados.

A doutrina, em síntese, embora não equipare os “preceitos fundamentais”, aos “direitos fundamentais”, vê alguns pontos de contato para a proteção via ADPF.

A ADPF veio suprir uma lacuna existente no controle de constitucionalidade abstrato das leis no Brasil. Por seu intermédio, agora é possível superar a antiga impossibilidade de fiscalização abstrata do direito pré-constitucional e das normas infralegais, como também fazer o controle direto do direito municipal, que anteriormente não tinha acesso direto ao Supremo Tribunal Federal.

A ADPF pode ser utilizada para censurar atos normativos, atos administrativos e até mesmo atos jurisdicionais. A expressão “atos do poder público”, constante de sua lei regulamentadora, é compreendida no sentido lato e alcança atos de particulares que agem investidos de autoridade pública.

Ademais, a ADPF também permite antecipar decisões do STF sobre controvérsias constitucionais relevantes, que antes só chegariam após um longo percurso processual. Evita-se, assim, que nesse ínterim haja incerteza jurídica, congestionando os Tribunais nacionais, ensejando a possibilidade de decisões discrepantes e permitindo a consolidação do tempo de situações subjetivas que possam vir a contrariar a orientação que, depois, o Supremo venha a adotar em relação a certas questões de índole constitucional.¹¹

A ADPF guarda algumas semelhanças com o recurso de amparo espanhol e com o recurso constitucional do direito alemão, pois possui uma dimensão subjetiva, já que é suscitada em razão de um caso concreto, e uma dimensão objetiva, pois se destina à proteção da higidez da ordem jurídico-constitucional. Sem embargo, na ADPF, o aspecto objetivo sobreleva, porque o incidente não pode ser

¹⁰ A anencefalia é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas um resíduo do tronco encefálico. Conhecida vulgarmente como “ausência do cérebro”, a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central, responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal. A anencefalia é incompatível com a vida extrauterina, sendo fatal em 100% dos casos. Não há controvérsia sobre o tema na literatura científica ou na experiência médica. O procedimento judicial exigível para obter a autorização de abortamento nesses casos envolve inúmeras complexidades.

¹¹ Cf. SARMENTO, Daniel Sarmento. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Direito Administrativo*, v. 224, 2001.

provocado pelas partes do processo judicial, mas apenas pelos legitimados para o ajuizamento das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), tendo em vista um veto presidencial ao inciso II do artigo 2º da Lei nº 9.882/99, que outorgava legitimidade para a sua propositura a qualquer pessoa lesada por ato do Poder Público.

Somente os legitimados do artigo 103 da CF podem promovê-la. Ademais, a ADPF não se restringe à tutela dos direitos fundamentais. O instituto foi criado visando muito mais à tutela da governabilidade e ao combate à chamada “indústria de liminares”.

Ela tem por objeto, segundo a Lei nº 9.882/99, “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante do ato do Poder Público”. Caberá à ADPF também “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual e municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

A decisão tomada pelo STF na ADPF é imediatamente autoaplicável na medida em que o Presidente do STF determinará o imediato cumprimento da decisão lavrando-se o acórdão posteriormente.

Como em qualquer ação do controle concentrado de constitucionalidade, a decisão poderá ser modulada tendo em vista “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”. Poderá o STF, por maioria qualificada de dois terços de seus membros, restringir os efeitos de qualquer de suas decisões para o momento que achar adequado iniciar sua aplicação no tempo, com efeitos retroativos ou não.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde ingressou no Supremo Tribunal Federal com a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Requereu e alegou então ao Tribunal para legitimar seu pedido: 1) a interrupção da gestação das mulheres com fetos anencéfalos; 2) alegou atipicidade do fato; 3) a interpretação evolutiva do Código Penal brasileiro (de 1940); 4) a prevalência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à saúde.

Em um processo complexo, com audiências públicas realizadas em setembro de 2008, em que foram ouvidas diversas entidades médicas, religiosas, entidades da sociedade civil e autoridades públicas, e diversos depoimentos de mulheres, o tribunal por maioria, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124,126,128, inciso I e II, todos do Código Penal, com os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificados no voto do Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cesar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Plenário 12/04.2012. Em seu voto condutor, o Ministro Marco Aurélio escreveu:

Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta

inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade dessas mulheres. Não de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que preferiam interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento.¹² (...)

Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados em audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calçados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro.¹³

3.2 O caso das pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI nº 3.510-DF, Rel. Min. Carlos Britto, 05.03.2008)

O objeto central da controvérsia era o artigo 5º da Lei nº 11.105, de 24.03.2005. Conhecida como Lei de Biossegurança, esse diploma legal cuida de matérias diversas, sendo que a parte impugnada dispõe, especificamente, sobre a utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco obtidas de embriões humanos, produzidos mediante fertilização *in vitro*, e que não foram transferidos para o útero materno.

A tese central sustentada na ação movida pelo Procurador Geral da República era a de que “a vida humana acontece na, e a partir da fecundação”. Fundado em tal premissa, alegava que os dispositivos legais impugnados violariam dois preceitos da Constituição da República: o artigo 5º, *caput*, que consagra o direito à vida; e o artigo 1º, III, que enuncia como um dos fundamentos do Estado brasileiro o princípio da dignidade da pessoa humana. Os argumentos desenvolvidos na petição inicial podiam ser resumidos em uma proposição: o embrião é um ser humano cuja vida e dignidade seriam violadas pela realização das pesquisas que as disposições legais impugnadas autorizavam.

¹² BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12 de abril de 2012, p. 36

¹³ BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12 de abril de 2012, p. 38

A fertilização *in vitro* é um método, como se sabe, de reprodução assistida, destinado, em geral, a superar a infertilidade conjugal, utilizado com sucesso desde 1978. Ela permite que os espermatozoides fecundem os óvulos em laboratório, fora do corpo da mulher, quando este processo não possa ser realizado no lugar natural, que é a tuba uterina. A prática médica consolidada é a de se retirarem diversos óvulos para serem fecundados simultaneamente, evitando-se a necessidade de submeter a mulher a sucessivos procedimentos de estimulação da ovulação e aspiração folicular a cada tentativa de fecundação e desenvolvimento do embrião.

Muitos dos embriões obtidos se revelam inviáveis. Quando, todavia, se realiza com êxito a fase de fecundação e desenvolvimento inicial, o embrião é transferido para o útero, onde deverá continuar seu ciclo de formação, até adquirir capacidade de implantação no endométrio, que é a camada interna do útero da mulher (nidação). As possibilidades de êxito na obtenção da gravidez aumentam em função do número de embriões transferidos. No entanto, para limitar os riscos da gravidez múltipla, a recomendação é a de transferência de dois embriões, sendo comum que se chegue a três. Os embriões excedentes são congelados.¹⁴

Como as células-tronco adultas são apenas oligopotentes ou unipotentes, o seu potencial para a pesquisa é significativamente menor, embora também sejam adotadas de importância. Entre as patologias cuja cura pode resultar das pesquisas com células embrionárias, podem ser citadas, por exemplo, as atrofias espinhais progressivas, as distrofias musculares, as ataxias, a esclerose lateral amiotrófica, a esclerose múltipla, as neuropatias e as doenças de neurônio motor, o diabetes, o mal de Parkinson, síndromes diversas (como as mucopolissacarídeos e outros erros inatos do metabolismo etc.) Todas elas constituem doenças graves, que causam grande sofrimento a seus portadores.

Tragicamente, essas patologias atingem parte considerável da população mundial. No Brasil, entre 10 a 15 milhões de pessoas têm diabetes, 3 a 5% da população têm doenças genéticas que podem ser congênitas ou ter início na infância ou na idade adulta; surgem entre 8.000 e 10.000 novos casos de lesão medular por ano (paraplegia ou tetraplegia).

O julgamento do caso foi cindido em duas partes. O resultado foi de 6 votos a 5, com ao menos três linhas de votação seguidas pelos Ministros.

A corrente majoritária foi liderada pelo Ministro Relator, Carlos Ayres Britto, acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Celso de Mello, julgando o pedido integralmente improcedente.

¹⁴ Conforme Raquel de Lima Leite Soares Alvarenga, "Considerações sobre o congelamento de embriões". Na obra *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*, coordenada por Carlos Maria Romeo Casabona e Juliane Fernandes Queiróz, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 232.

No seu voto, o relator destacou alguns pontos, como os que seguem: (i) as células-tronco embrionárias oferecem maior contribuição em relação às demais, por se tratarem de células pluripotentes; (ii) o bem jurídico vida, constitucionalmente, refere-se à pessoa nativiva; (iii) não há obrigação de que sejam aproveitados todos os embriões obtidos por fertilização artificial, em respeito ao planejamento familiar e aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável; (iv) os direitos à livre expressão da atividade científica e à saúde (que também é dever do Estado), bem como o §4º do artigo 199 da CF/88 contribuem para afirmar a constitucionalidade da lei; e (v) já se admitiu que a lei ordinária considere finda a vida com a morte encefálica (Lei nº 9.437/97), sendo que o embrião objeto das normas impugnadas é incapaz de vida encefálica.

E, em desfecho, afirmou o Min. Carlos Ayres Britto:

É assim ao influxo desse olhar pós-positivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso Ordenamento com os imperativos de ética humanista e justiça material, que chego à fase da definitiva prolação do meu voto. Fazendo-o, acresço às três sínteses anteriores estes dois outros fundamentos constitucionais do direito à saúde e à livre expressão da atividade científica para julgar, como de fato julgo, totalmente improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. Não sem antes pedir todas as vênias deste mundo aos que pensam diferentemente, seja por convicção jurídica, ética, ou filosófica, seja por artigo de fé. É como voto.¹⁵

A segunda corrente foi inaugurada pelo Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito, tendo sido seguida, igualmente, pelos Ministros Enrique Ricardo Lewandowski e Eros Roberto Grau. A ideia central a esta posição é a de que, no caso dos embriões congelados, não é aceitável sua destruição para a realização de pesquisa. Como, no estado da arte atual, não é possível desenvolver pesquisas com células-tronco embrionárias sem a destruição do embrião, essa posição significava, em última análise, a não admissão das pesquisas.

Por fim, a terceira posição foi defendida pelo Ministro Cezar Peluso e Gilmar Ferreira Mendes. Ambos se alinharam a uma interpretação conforme a Constituição do artigo impugnado para exigir, com caráter de decisão aditiva, a prévia submissão das pesquisas com células-tronco embrionárias a um órgão central de controle – um “Comitê Central de Ética”, subordinado ao Ministério da Saúde.

Portanto, a votação, em rigor, foi de seis votos favoráveis à pesquisa, sem qualquer limitação aos termos da lei; dois votos favoráveis à pesquisa, mas com a exigência de sua prévia aprovação por um comitê central de ética; e três votos

¹⁵ BRASIL. STF. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29 de maio de 2008, p. 55.

no sentido de não admissão das pesquisas que importassem na destruição do embrião, o que significa, no estágio contemporâneo, a sua proibição.

3.3 O caso das uniões homoafetivas: o reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre parceiros do mesmo sexo (ADIn nº 142 e a ADPF nº 132)

Inicialmente, foi proposta a ADPF nº 132. Posteriormente, a Procuradora-Geral da República propôs, ela própria, uma nova ação, com o mesmo pedido. Sua iniciativa se justificava porque na ação do Governador (ADPF), a tese da equiparação entre a união estável e união homoafetiva só valeria no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Ao final, as duas ações tiveram julgamento conjunto iniciado em 4 de maio de 2011.

Como se sabe, nas últimas décadas, culminando um processo de superação do preconceito e da discriminação, inúmeras pessoas passaram a viver a plenitude de sua orientação sexual e, como desdobramento, assumiram publicamente relações homoafetivas.

No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. A aceitação social e o reconhecimento jurídico desse fato são relativamente recentes e, conseqüentemente, existem incertezas acerca do modo como o Direito deve lidar com o tema.

Nesse ambiente, é natural que se coloque, com premência, o tema do regime jurídico das uniões homoafetivas. De fato, tais parcerias existem e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico positivo do Estado. Se o Direito se mantém indiferente, de tal atitude emergirá uma indesejável situação de insegurança. Porém, mais do que isso, a indiferença do Estado é apenas aparente e revela, na verdade, um juízo de desvalor. Tendo havido – como houve – uma decisão estatal de dar reconhecimento jurídico às relações afetivas informais (isto é, independentemente do casamento), a não extensão desse regime às uniões homoafetivas traduz menor consideração a esses indivíduos. Tal desequiparação é inconstitucional por uma série de motivos.¹⁶

A ação proposta se assentou sobre dois fundamentos filosóficos. O primeiro deles é que o homossexualismo é um fato da vida. Seja ela condição inata ou adquirida, decorra de causas genéticas ou sociais, a orientação sexual de uma pessoa é uma escolha livre, uma opção entre diferentes possibilidades. Não afeta a vida de terceiros.

¹⁶ De acordo com BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 425 e ss.

O segundo fundamento filosófico da ação proposta consistiu no reconhecimento de que o papel do Estado e do Direito, em uma sociedade democrática, é o de assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos. O Poder Público não pode nem deve praticar ou chancelar o preconceito e a discriminação, cabendo-lhe, ao revés, enfrentá-los com firmeza, provendo apoio e segurança para os grupos vulneráveis. Às instituições políticas e jurídicas toca a missão de acolher – e não de rejeitar – aqueles que são vítimas de preconceito e intolerância.

Os fundamentos jurídicos desenvolveram-se por meio de duas teses centrais. A primeira é a de que um conjunto de princípios constitucionais impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao gênero.

A segunda tese é a de que, ainda que não fosse uma consequência imediata do texto constitucional, a equiparação de regimes jurídicos decorreria de uma regra de hermenêutica: na lacuna da lei, deve-se integrar a ordem jurídica mediante o emprego da analogia. Como as características essenciais da união estável previstas no Código Civil estão presentes nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo o tratamento jurídico deve ser o mesmo, sob pena de se produzir discriminação inconstitucional.

Os princípios em questão são o da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica. A analogia, por sua vez, impõe a extensão, a uma hipótese não prevista no ordenamento, da norma aplicável à situação mais próxima. A situação que melhor se equipara à da união afetiva não é, por certo, a sociedade de fato, em que duas ou mais pessoas empreendem esforços para fins comuns, geralmente de natureza econômica. A analogia adequada, como se constata singelamente, é a da união estável, situação em que pessoas compartilham um projeto de vida comum, baseado no afeto. Chega-se aqui ao conceito-chave no equacionamento do tema: é sobretudo a afetividade, não a sexualidade ou o interesse econômico, que singulariza as relações homoafetivas e que merece a tutela do Direito.¹⁷

Na primeira ação movida sobre esse tema no STF, a do Estado do Rio de Janeiro, o Governador argumentou com a existência de um grande número de servidores que são partes em uniões homoafetivas estáveis. Diante disso, colocam-se para o Estado e para a Administração Pública questões relevantes relativamente às normas sobre licenças por motivo de doença de pessoa da família ou para acompanhamento de cônjuge, bem como sobre previdência e assistência

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 425 e ss.

social. A indefinição jurídica acerca da aplicabilidade de tais normas aos parceiros de uniões homoafetivas sujeitava o Governador, como Chefe da Administração Pública, a consequências jurídicas perante o Tribunal de Contas do Estado, o Ministério Público e a Justiça estadual, seja qual fosse a linha de interpretação que resolvesse adotar.

Havia também demandas individuais com diferentes interpretações na justiça estadual do Rio de Janeiro sobre o alcance desses direitos. Era necessária, portanto, uma posição do mais elevado tribunal do país, o Supremo Tribunal Federal, para pacificar a matéria.

Não é o caso aqui discutir pormenores processuais da ação. Passemos diretamente ao pedido formulado. Como pedido principal, requereu-se ao Tribunal que declarasse que o regime jurídico da união estável deveria se aplicar, também, às relações homoafetivas, seja como decorrência direta dos preceitos fundamentais explicitados – igualdade, liberdade, dignidade e segurança jurídica –, seja pela aplicação analógica do artigo 1.723 do Código Civil, interpretado conforme à Constituição.

Como consequência, pediu-se que o Tribunal:

- a) interpretasse conforme à Constituição a legislação estadual referida – artigo 19, II e V, e art. 33, do Decreto-Lei nº 220/75, alusivos aos direitos de previdência e assistência social naquele Estado (licença, assistência à família, etc.), assegurando os benefícios nela previstos aos parceiros de uniões homoafetivas estáveis;
- b) declarasse que as decisões judiciais que negam a equiparação jurídica violam preceitos fundamentais protegidos pela ADPF;
- c) por fim, caso o Tribunal entendesse incabível a ADPF por razões processuais, que a mesma fosse recebida como ADI (ação direta de inconstitucionalidade) pelo princípio da eventualidade.

Nos dias 4 e 5 de maio de 2011, a ADPF nº 132 e a ADI nº 142 foram julgadas em conjunto, perante um plenário lotado de militantes da causa. Formou-se uma imprevista unanimidade. Na conclusão de seu voto, o Relator afirmou:

No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo, como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.¹⁸

¹⁸ BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 142, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05 de maio de 2011, p. 32.

3.4 A marcha da maconha: sua constitucionalidade (ADPF nº 187, Relator Ministro Celso de Mello)

Em decisão unânime (8 votos), o Supremo Tribunal Federal (STF) liberou a realização dos eventos chamados “marcha da maconha”, que reúnem manifestantes favoráveis à descriminalização da droga.

Para os ministros, os direitos constitucionais de reunião e de livre expressão do pensamento garantem a realização dessas marchas. Muitos ressaltaram que a liberdade de expressão e de manifestação somente pode ser proibida quando for dirigida a incitar ou provocar ações ilegais e iminentes.

Pela decisão, tomada no julgamento de ação (ADPF nº 187) ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR), o artigo 287 do Código Penal deve ser interpretado conforme à Constituição, de forma a não impedir manifestações públicas em defesa da legalização de drogas. O dispositivo tipifica como crime fazer apologia de “fato criminoso” ou de “autor do crime”.

O voto do decano da Corte, ministro Celso de Mello, foi seguido integralmente pelos colegas. Segundo ele, a “marcha da maconha” é um movimento social espontâneo que reivindica, por meio da livre manifestação do pensamento, a possibilidade da discussão democrática do modelo proibicionista (do consumo de drogas) e dos efeitos que (esse modelo) produziu em termos de incremento da violência.¹⁹

Além disso, o ministro considerou que o evento possui caráter nitidamente cultural, já que nele são realizadas atividades musicais, teatrais e performáticas, e cria espaço para o debate do tema por meio de palestras, seminários e exposições de documentários relacionados às políticas públicas ligadas às drogas, sejam elas lícitas ou ilícitas.

Celso de Mello explicou que a mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal não se confunde com o ato de incitação à prática do delito nem com o de apologia de fato criminoso. “O debate sobre abolição penal de determinadas condutas puníveis pode ser realizado de forma racional, com respeito entre interlocutores, ainda que a ideia, para a maioria, possa ser eventualmente considerada estranha, extravagante, inaceitável ou perigosa”,²⁰ ponderou.

Mesmo acompanhando o relator, o ministro Luiz Fux achou necessário estabelecer parâmetros para a realização das manifestações. Fux ressaltou que elas devem ser pacíficas, sem uso de armas e incitação à violência. Também devem

¹⁹ BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15 de junho de 2011, p. 43.

²⁰ BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15 de junho de 2011, p. 52.

ser previamente noticiadas às autoridades públicas, inclusive com informações como data, horário, local e objetivo do evento.

Ele acrescentou ser a necessidade de que não haja incitação, incentivo ou estímulo ao consumo de entorpecentes durante a marcha e deixou expresso que não pode haver consumo de entorpecentes no evento.

Por fim, ressaltou que crianças e adolescentes não podem ser engajados nessas marchas. “Se a Constituição cuidou de prever a proteção dos menores dependentes químicos, é corolário dessa previsão que se vislumbre um propósito constitucional de evitar tanto quanto possível o contato das crianças e dos adolescentes com a droga e com o risco eventual de uma dependência”,²¹ afirmou.

Nesse ponto, o ministro Celso de Mello observou que o dispositivo legal que estabelece o dever dos pais em relação a seus filhos menores é uma regra que se impõe por si mesma, por sua própria autoridade. Ele acrescentou que demais restrições impostas a eventos como a “marcha da maconha” estão determinados na própria Constituição.

A ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha acompanhou o voto do relator citando a seguinte afirmação de um jurista americano: “Se, em nome da segurança, abrirmos mão da liberdade, amanhã não teremos nem liberdade nem segurança”.²² Ela manifestou simpatia por manifestações de rua e lembrou que, há 30 anos, sua geração era impedida de se expressar pela mudança de governo na Praça Afonso Arinos, contígua à Faculdade de Direito, em Belo Horizonte (MG), onde a ministra se formou.

Segundo Cármen Lúcia, é necessário assegurar o direito de manifestação sobre a criminalização ou não do uso da maconha, pois manifestações como essas podem conduzir a modificações de leis.

O ministro Ricardo Lewandowski fez questão de chamar atenção para o ponto do voto do ministro Celso de Mello que tratou do regime jurídico da liberdade de reunião. Para Lewandowski, esse trecho do voto é uma notável contribuição do decano da Corte para a doutrina das liberdades públicas. Após fazer uma análise sobre o que seria droga, tanto hoje quanto no futuro, o ministro disse entender não ser lícito coibir qualquer discussão sobre drogas, desde que respeitados os ditames constitucionais.

Já o ministro Ayres Britto afirmou que “a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade, que é tonificada quando exercitada gregariamente, conjuntamente, porque a dignidade da pessoa humana não se exaure no gozo de

²¹ BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15 de junho de 2011, p. 25.

²² BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15 de junho de 2011, p. 163.

direitos rigorosamente individuais, mas de direitos que são direitos coletivamente experimentados”.²³

A ministra Ellen Gracie, por sua vez, lembrou aos colegas que integra comissão internacional que estuda a descriminalização das drogas. “Sinto-me inclusive aliviada de que minha liberdade de pensamento e de expressão de pensamento esteja garantida”,²⁴ afirmou.

Para o ministro Marco Aurélio, as decisões do Poder Judiciário coibindo a realização de atos públicos favoráveis à legalização das drogas simplesmente porque o uso da maconha é ilegal são incompatíveis com a garantia constitucional da liberdade de expressão. “Mesmo quando a adesão coletiva se revela improvável, a simples possibilidade de proclamar publicamente certas ideias corresponde ao ideal de realização pessoal e de demarcação do campo da individualidade”,²⁵ disse.

Último a votar, o então presidente do Supremo, ministro Cezar Peluso, hoje aposentado, salientou que a liberdade de expressão é uma emanção direta do valor supremo da dignidade da pessoa humana e um fator de formação e aprimoramento da democracia.

“Desse ponto de vista, (a liberdade de expressão) é um fator relevante da construção e do resguardo da democracia, cujo pressuposto indispensável é o pluralismo ideológico”, disse. Ele acrescentou que liberdade de expressão “só pode ser proibida quando for dirigida a incitar ou provocar ações ilegais iminentes”.²⁶

Por fim, o ministro advertiu que “o Estado tem que, em respeito à Constituição Federal e ao direito infraconstitucional, tomar, como em todas as reuniões, as cautelas necessárias para prevenir os eventuais abusos”.²⁷ Mas ressaltou: “Isso não significa que liberdade em si não mereça a proteção constitucional e o reconhecimento desta Corte”.²⁸

²³ BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15 de junho de 2011, p. 177.

²⁴ BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15 de junho de 2011, p. 183.

²⁵ BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15 de junho de 2011, p. 188.

²⁶ BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15 de junho de 2011, p. 195.

²⁷ BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15 de junho de 2011, p. 197.

²⁸ BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15 de junho de 2011, p. 197. Vide também sobre o tema de DERBLI, Felipe. A Constitucionalidade da Marcha da Maconha In: FUX, Luiz (Org.) *Jurisdição Constitucional*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2012, p. 229 e ss.

3.5 Direito à saúde (direitos fundamentais sociais) e o Supremo Tribunal Federal

Inicialmente vale lembrar que os direitos sociais, assim como todos os direitos fundamentais inseridos na Constituição brasileira, determinam uma pluralidade de posições jurídicas aos seus titulares.

Significa dizer que o titular do direito, por exemplo, à educação básica, pode investir-se na posição de credor da prestação estatal de fornecimento de vagas nas escolas (prestação tipicamente positiva), como também tem direito a exigir do Estado que não turbe o exercício do seu direito, que não lhe proíba o acesso à educação (prestação negativa). É comum tanto na doutrina quanto na jurisprudência atribuir-se subjetividade aos direitos em suas dimensões negativas, mas não fazê-lo, ou fazê-lo com menor intensidade, em sua dimensão positiva.

São direitos também de sobrevivência. A Constituição de 1988 foi bastante generosa na consagração desses direitos. Na medida em que a erradicação da miséria e o combate às desigualdades sociais são objetivos da República, nos termos do artigo 3º da CF, pode-se afirmar que os direitos fundamentais sociais são um bom caminho para diminuir as diferenças sociais e afirmar o desenvolvimento do ser humano em todas as suas potencialidades.

Um bom exemplo na jurisdição constitucional é exatamente a ADPF nº 145, que teve como Relator o Ministro decano (mais antigo) do Tribunal, Celso de Mello. Apesar de ter sido julgada prejudicada por razões de natureza processual, o Ministro deixou clara a posição do STF quando estão em discussão direitos sociais, em decisão monocrática:

Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. (...)

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização

concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.²⁹

3.6 Constitucionalidade da instituição de cotas em universidades públicas e do PROUNI (ADPF nº 186/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski e ADI nº 3.300-DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto)

Em dois dos julgamentos mais significativos de 2012, o Supremo Tribunal Federal confirmou a constitucionalidade da instituição de cotas para ingresso nas universidades públicas e também do PROUNI – Programa Universidade para Todos. No primeiro caso, a decisão foi unânime, e o Tribunal considerou que, em linha de princípio, são admissíveis tanto as cotas socioeconômicas quanto as cotas puramente raciais, bem como eventuais combinações de ambas. Restou igualmente decidido que a medida pode ser instituída pelo legislador ou pelas próprias universidades, no exercício da autonomia que lhe é conferida pelo artigo 207 da Constituição. No que concerne ao PROUNI, as principais discussões gravitavam em torno de possíveis vícios na medida provisória originária, posteriormente convertida em lei, bem como em alegada violação à exigência de lei complementar para a concessão de isenções fiscais.

Como ensina Luís Roberto Barroso,³⁰ a chamada democracia racial brasileira é um mito que não resiste a um lance de olhos em qualquer das estatísticas relevantes. Ao confirmar a validade do sistema de cotas, o STF permitiu que as instâncias políticas e a comunidade universitária instituíam um regime jurídico diferenciado para promover um ambiente acadêmico mais plural e minimizar uma desigualdade enraizada, por vezes refletida na própria autopercepção dos desfavorecidos. Como é natural, critérios e percentuais devem ser verificados caso a caso, mas parece ter ficado clara a tendência de se prestigiar as opções políticas, que venham a ser realizadas, desde que minimamente razoáveis. No caso da UNB (Universidade Nacional de Brasília), que constituiu o objeto do julgamento, cuidava-se de uma cota de 20% das vagas, reservada para alunos negros, e, uma

²⁹ BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em Medida Cautelar 45, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29 de abril de 2004

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. No palco, na sala e nas ruas: o STF em 2012. In: MENDES, Gilmar, GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat, MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Org.). *Jurisdição constitucional em 2020*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 345 e ss.

proporção mínima de origem indígena. Previa-se, igualmente, um prazo de dez anos para a manutenção do programa, ponto que não chegou a ser considerado determinante. O julgamento em que se declarou a constitucionalidade do PROUNI, ocorrido dias depois, beneficiou-se parcialmente de algumas das premissas assestadas no precedente anterior relativo às cotas, notadamente no que concerne à validade da criação de desequiparações jurídicas em função das desigualdades de fato existentes. Merece destaque, igualmente o voto do Ministro Joaquim Barbosa, que descaracterizou a ocorrência de ofensa à autonomia universitária – tendo em vista que a adesão ao Programa é facultativa – e também ao princípio da livre-iniciativa, a partir da consideração de que a oferta de educação pode estar sujeita a uma regulação mais próxima do Estado, ainda mais quando se cuida de mecanismo de adesão voluntária e destinado a preencher vagas que antes ficavam ociosas.

3.7 Exigência de diploma para o exercício do jornalismo. Inconstitucionalidade (Recurso Extraordinário nº 511961-SP, Relator Ministro Carlos Ayres Britto)

Por 8 votos a 1, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) derrubou a exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista. A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 511961, interposto pelo Ministério Público Federal (MPF) e pelo Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão do Estado de São Paulo (Sertesp) contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3), que afirmou a necessidade do diploma, contrariando uma decisão da primeira instância numa ação civil pública.

Por maioria, portanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que é inconstitucional a exigência do diploma de jornalismo e registro profissional no Ministério do Trabalho como condição para o exercício da profissão de jornalista.

O entendimento foi de que o artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/1969, baixado durante o regime militar, não foi recepcionado pela Constituição Federal (CF) de 1988 e que as exigências nele contidas ferem a liberdade de imprensa e contrariam o direito à livre manifestação do pensamento inscrita no artigo 13 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica.

A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 511961, em que se discutiu a constitucionalidade da exigência do diploma de jornalismo e a obrigatoriedade de registro profissional para exercer a profissão de jornalista. A maioria, vencido o ministro Marco Aurélio, acompanhou o voto do presidente da Corte e relator do RE, ministro Gilmar Mendes, que votou pela inconstitucionalidade do dispositivo do DL 972.

Para Gilmar Mendes, “o jornalismo e a liberdade de expressão são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensados e tratados de forma separada”,³¹ disse. “O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada”,³² afirmou o relator.

O RE foi interposto pelo Ministério Público Federal (MPF) e pelo Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão do Estado de São Paulo (Sertesp) contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que afirmou a necessidade do diploma, contrariando uma decisão da 16ª Vara Cível Federal em São Paulo, numa ação civil pública.

No RE, o Ministério Público e o Sertesp sustentam que o Decreto-Lei nº 972/69, que estabelece as regras para exercício da profissão – inclusive o diploma –, não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

Além disso, o artigo 4º, que estabelece a obrigatoriedade de registro dos profissionais da imprensa no Ministério do Trabalho, teria sido revogado pelo artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, mais conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, ao qual o Brasil aderiu em 1992. Tal artigo garante a liberdade de pensamento e de expressão como direito fundamental do homem.

Essa posição foi reforçada, no julgamento pela advogada do Sertesp, Taís Borja Gasparian, e pelo procurador-geral da República, Antonio Fernando Souza. A advogada sustentou que o DL nº 972/69 foi baixado durante o regime militar e teve como objetivo limitar a livre difusão de informações e manifestação do pensamento. Segundo ela, o jornalista apenas exerce uma técnica de assimilação e difusão de informações, que depende de formação cultural, retidão de caráter, ética e consideração com o público.

Em apoio à mesma tese, o procurador-geral da República sustentou que a atual legislação contraria o artigo 5º, incisos IX e XIII, e o artigo 220 da Constituição Federal, que tratam da liberdade de manifestação do pensamento e da informação, bem como da liberdade de exercício da profissão.

O advogado João Roberto Piza Fontes, que subiu à tribuna em nome da Federação Nacional dos Jornalistas (Fenaj), advertiu que “o diploma não impede ninguém de escrever em jornal”. Segundo ele, a legislação dá espaço para os colaboradores com conhecimentos específicos em determinada matéria e, também, para os provisionados, autorizados a exercer o jornalismo onde não houver jornalista profissional formado nem faculdade de Comunicação.

³¹ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 511961, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17 de junho de 2009, p. 69.

³² BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 511961, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17 de junho de 2009, p. 66.

Segundo ele, o RE é apenas uma defesa das grandes corporações e uma ameaça ao nível da informação, se o jornalismo vier a ser exercido por profissionais não qualificados, assim como um aviltamento da profissão, pois é uma ameaça à justa remuneração dos profissionais de nível superior que hoje estão na profissão.

Também em favor do diploma se manifestou a advogada Grace Maria Mendonça, da Advocacia-Geral da União (AGU). Ela questionou se alguém se entregaria na mão de um médico ou odontólogo, ou então de um piloto não formado. Segundo ela, não há nada no DL nº 972 que contrarie a Constituição Federal. Pelo contrário, ele estaria em plena consonância com a Carta.

Ao acompanhar o voto do relator, a ministra Cármen Lúcia disse que a CF de 1988 não recepcionou o DL nº 972. Sustentou de que não há recepção nem material nem formal.³³ Além disso, a ministra considerou que o inciso V do artigo 4º do DL contraria o artigo 13 do Pacto de San Jose da Costa Rica.

No mesmo sentido votou o ministro Ricardo Lewandowski. Segundo ele, “o jornalismo prescinde de diploma”.³⁴ Segundo ele, tanto o DL nº 972 quanto a já extinta – também por decisão do STF – Lei de Imprensa representavam resquícios do regime de exceção, “entulho do autoritarismo”,³⁵ que tinham por objeto restringir informações dos profissionais que lhe faziam oposição.

Ao também votar pelo fim da obrigatoriedade do diploma para o exercício da profissão de jornalista, o ministro Carlos Ayres Britto distinguiu entre “matérias nuclearmente de imprensa, como o direito à informação, criação, a liberdade de pensamento”,³⁶ inscritos na CF, e direitos reflexamente de imprensa, que podem ser objeto de lei. Segundo ele, a exigência do diploma se enquadra na segunda categoria. “A exigência de diploma não salvaguarda a sociedade para justificar restrições desproporcionais ao exercício da liberdade jornalística”,³⁷ afirmou.

Ele ponderou, no entanto, que o jornalismo continuará a ser exercido por aqueles que têm pendor para a profissão, sem as atuais restrições. Ao votar contra elas, citou os nomes de Carlos Drummond de Andrade, Otto Lara Resende, Manuel Bandeira, Armando Nogueira e outros como destacados jornalistas que não possuíam diploma específico.

Por seu turno, ao votar com o relator, o ministro Cezar Peluso observou que se para o exercício do jornalismo fossem necessárias qualificações como garantia contra danos e riscos à coletividade, uma aferição de conhecimentos suficientes de verdades científicas exigidas para a natureza do trabalho, ofício ou profissão, o

³³ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 511961, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17 de junho de 2009, p. 95.

³⁴ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 511961, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17 de junho de 2009, p. 97.

³⁵ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 511961, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17 de junho de 2009, p. 99.

³⁶ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 511961, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17 de junho de 2009, p. 118.

³⁷ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 511961, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17 de junho de 2009, p. 119.

diploma se justificaria. Ele concluiu dizendo que, “há séculos, o jornalismo sempre pôde ser bem exercido, independentemente de diploma”.³⁸

O ministro Eros Grau e a ministra Ellen Gracie acompanharam integralmente o voto do relator, ministro Gilmar Mendes. Último a proferir seu voto no julgamento, o decano da Corte, ministro Celso de Mello, acompanhou o relator do recurso. O ministro fez uma análise histórica das constituições brasileiras desde o Império até os dias atuais, nas quais sempre foi ressaltada a questão do livre exercício da atividade profissional e acesso ao trabalho. Ainda no contexto histórico, o ministro Celso de Mello salientou que não questionaria o que chamou de origem espúria do decreto-lei que passou a exigir o diploma ou o registro profissional para exercer a profissão de jornalista, uma vez que a norma foi editada durante o período da ditadura militar.

Para o ministro, a regra geral é a liberdade de ofício. Ele citou projetos de lei em tramitação no Congresso que tratam da regulamentação de diversas profissões, como modelo de passarela, *design* de interiores, detetives, babás e escritores.

Ao abrir divergência e votar favoravelmente à obrigatoriedade do diploma de jornalista, o ministro Marco Aurélio ressaltou que a regra está em vigor há 40 anos e que, nesse período, a sociedade se organizou para dar cumprimento à norma, com a criação de muitas faculdades de nível superior de jornalismo no país.

O ministro Marco Aurélio questionou se a regra da obrigatoriedade pode ser rotulada como desproporcional e incompatível com regras constitucionais que preveem que nenhuma lei pode constituir embaraço à plena liberdade de expressão e que o exercício de qualquer profissão é livre. Disse o ministro:

A resposta para mim é negativa. Penso que o jornalista deve ter uma formação básica, que viabilize a atividade profissional, que repercute na vida dos cidadãos em geral. Ele deve contar com técnica para entrevista, para se reportar, para editar, para pesquisar o que deva estampar no veículo de comunicação.³⁹

4 O ativismo do Supremo Tribunal Federal, a ausência de critérios claros para o exercício da jurisdição constitucional. Conclusões

Pelo que vimos até aqui o Supremo Tribunal Federal no Brasil tem feito um grande esforço para responder a uma gama enorme de temas e problemas regulados pela Constituição de 1988 e suas sucessivas emendas.

³⁸ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 511961, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17 de junho de 2009, p. 123.

³⁹ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 511961, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17 de junho de 2009, p. 132.

Muitos o acusam de ser ativista, outros de não deixar claro quais os métodos e os critérios de interpretação constitucional que utiliza. Outros comparam – injusta e equivocadamente – o caráter de autocontenção da Suprema Corte norte-americana que deveria servir de modelo aos Tribunais Constitucionais e Supremas Cortes da América Latina.

Há ainda os que afirmam que o STF, por sua maioria, abusa do chamado neoconstitucionalismo,⁴⁰ para enfrentar a interpretação constitucional, o que seria negativo diante da própria indefinição mais precisa do que ele significa, possibilitando ainda maior indeterminação na fixação de conceitos jurídicos, seu alcance e a metodologia precisa para fixar cânones interpretativos constitucionais.

Há ainda os que debitam tais “defeitos” à própria Constituição de 1988, que com a pretensão de tudo regular abriu as portas para que toda matéria passe a ser constitucional e assim possibilitando a profusão de causas no Poder Judiciário e consequentemente no Supremo Tribunal Federal.

Esse gigantesco contencioso constitucional existe mesmo considerando a existência da chamada “jurisprudência defensiva”⁴¹ dos tribunais superiores, tão criticada, e ao mesmo tempo, necessária à viabilidade dessas cortes de justiça. Tudo isso agravado pelo tempo, esse inimigo da Justiça. Com razão, a expressão justiça tardia é injustiça certa. Muitos Recursos Extraordinários levam, às vezes, décadas para chegar ao Supremo Tribunal Federal.

É evidente que não existem soluções simples para problemas tão complexos com tão diferentes causas e aspectos. Fazendo uma reflexão serena e ponderando todos esses problemas que são multifatoriais, temos que ter a consciência que a jurisdição constitucional precisa estar aberta à cidadania, sem sufocar o necessário espaço de conformação ao legislador ordinário.

É evidente que qualquer Tribunal (Supremo) ou Corte Constitucional não pode e não deve ter a pretensão de julgar todos os conflitos sociais. Não só as vias alternativas de composição moderna de litígios devem ser estimuladas pelo Estado, como também cabe ao sistema político e social responder a uma boa parte dos problemas sociais. Para isso, a democracia sempre pode ser aperfeiçoada.

⁴⁰ Cf. HORBACH, Carlos. A nova roupagem do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. *RT*, São Paulo, v. 96, 2007.

⁴¹ São os casos, por exemplo, da pertinência temática para o ingresso de ações diretas de inconstitucionalidade no STF, da necessidade de comprovar ofensa direta à Constituição para viabilizar a subida do Recurso Extraordinário, da impossibilidade de sanar vícios na formação do agravo de instrumento (recurso) após sua interposição, a necessidade de comprovar a chamada “repercussão geral”, das questões constitucionais a fim de que o STF examine a admissão do recurso (artigo 102, § 3º da CF) e tantas outras barreiras de acesso ao STF.

Há também propostas de racionalização do trabalho do Supremo Tribunal Federal que são bem-vindas se debatidas pela sociedade. Fala-se, por exemplo, que o STF deveria, mediante deliberação colegiada, decidir anualmente quais as matérias que serão apreciadas, priorizando os temas e os assuntos de maior relevância constitucional.⁴²

Por outro lado, é preciso reconhecer o notável avanço que as audiências públicas e a figura do *amicus curiae* trouxeram à jurisdição constitucional brasileira, democratizando-a e tornando-a mais plural as reivindicações sociais e jurídicas.

Parece-nos que, não obstante qualquer esforço hermenêutico na busca de novos métodos de interpretação constitucional, não somos muito otimistas na solução dos problemas aqui relatados. Acreditamos que a adoção de um método interpretativo geral não pode substituir uma visão constitucional substantiva e, em alguns casos, pode até mesmo dificultar sua expressão.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. No palco, na sala e nas ruas: o STF em 2012. In: MENDES, Gilmar, GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat, MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Orgs). *Jurisdição Constitucional em 2020*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. STF. Ação direta de inconstitucionalidade 3510, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29 de maio de 2008.

BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15 de junho de 2011.

BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em Medida Cautelar 45, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29 de abril de 2004.

BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12 de abril de 2012.

BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento Fundamental 142, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05 de maio de 2011.

BRASIL. STF. Recurso Extraordinário 511961, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17 de junho de 2009.

DERBLI, Felipe. A constitucionalidade da marcha da maconha. In: FUX, Luiz (Org.) *Jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HORBACH, Carlos. A nova roupagem do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. *RT*, v. 96, 2007

⁴² Cf. FONTE, Felipe de Melo. Decidindo não decidir: preferências restritivas e autorregulação processual no STF. In: MENDES, Gilmar, GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat, MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Org.). *Jurisdição Constitucional em 2020*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 252 e ss.

SARMENTO, Daniel Sarmento. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, Fundação Getúlio Vargas, v. 224, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FIGUEIREDO, Marcelo. O ativismo do Supremo Tribunal Federal e a ausência de critérios claros em matéria de direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 97-123, out./dez. 2018. DOI: 10.21056/aec.v19i74.910.
