

Márcio André Lopes Cavalcante

PRINCIPAIS JULGADOS do STF e do STJ COMENTADOS

Julgados de 2017

- ✓ Abrange os informativos **851-887 STF** e **594-615 STJ**
- ✓ Destaque para os julgados alterados pelo CPC 2015

Atualizações periodicamente publicadas no site



2018

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Dizer  Direito
www.dizerodireito.com.br

Direito Constitucional

1. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1.1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E COTAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS

ASPECTOS GERAIS SOBRE A LEI 12.990/2014

O que a Lei estabelece?

A Lei nº 12.990/2014 determinou que deveria haver cotas para negros nos concursos públicos federais.

Assim, 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos realizados pela administração pública federal devem ser destinadas a candidatos negros (art. 1º da Lei).

A lei obriga expressamente quais entidades?

Órgãos, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista federais.

Número mínimo de vagas

A reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (art. 1º, § 1º).

Em outras palavras, se o concurso prever menos que 3 vagas, não haverá cotas para negros.

O que acontece se, ao reservar os 20% de vagas aos negros, surgir um número fracionado? Ex.: em um concurso para 9 vagas, 20% será igual a 1,8 vagas. O que fazer nesse caso?

- ♦ Se a fração for igual ou maior que 0,5 (cinco décimos): o número de vagas deverá ser aumentado para o primeiro número inteiro subsequente. Ex.: concurso para 9 vagas (20% = 1,8). Logo, será arredondado para 2 vagas destinadas a negros.
- ♦ Se a fração for menor que 0,5 (cinco décimos): o número de vagas deverá ser diminuído para o número inteiro imediatamente inferior. Ex.: concurso para 16 vagas (20% = 3,2). Logo, será arredondado para 3 vagas de negros.

Edital deverá informar o número de vagas da cota

O edital do concurso deverá especificar o total de vagas reservadas aos candidatos negros para cada cargo ou emprego público oferecido.

CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.990/2014

Em 2016, a OAB ajuizou ação declaratória de constitucionalidade em defesa da Lei nº 12.990/2014 pedindo que o STF declarasse esta norma compatível com a CF/88. O que decidiu o Supremo?

O STF julgou procedente a ADC, declarando a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Além disso, a Corte fixou uma tese para ser observada pela Administração Pública e demais órgãos do Poder Judiciário:

É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta.

STF. Plenário. ADC 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 8/6/2017 (Info 868).

Vejamos abaixo um resumo dos argumentos desenvolvidos pelo Min. Relator Luís Roberto Barroso:

Três dimensões da igualdade

A igualdade proíbe que haja uma hierarquização dos indivíduos e que sejam feitas distinções sem fundamento.

No entanto, a igualdade também transmite um comando, qual seja, o de que deve haver a neutralização de injustiças históricas, econômicas e sociais e que haja um maior respeito à diferença.

No mundo contemporâneo, a igualdade se expressa em três dimensões: a) a igualdade formal; b) a igualdade material; c) a igualdade como reconhecimento.

a. Igualdade formal

A igualdade formal significa dizer que não pode haver privilégios e tratamentos discriminatórios.

A igualdade formal está ligada ao chamado Estado liberal e foi idealizada como uma forma de reação aos privilégios da nobreza e do clero.

Pode ser subdividida em dois aspectos:

- ♦ Igualdade perante a lei: comando dirigido ao aplicador da lei – judicial e administrativo –, que deverá aplicar as normas em vigor de maneira impessoal e uniforme a todos aqueles que se encontrem sob sua incidência.
- ♦ Igualdade na lei: comando endereçado ao legislador, que não deve instituir discriminações ou tratamentos diferenciados baseados em fundamento que não seja razoável ou que não vise a um fim legítimo.

A igualdade formal encontra-se prevista no art. 5º, caput, da CF/88: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

b. Igualdade material

O conceito de igualdade material está ligado a demandas por redistribuição de riqueza e poder e, em última análise, por justiça social.

O desenvolvimento da ideia de igualdade material surge a partir da constatação de que não basta proibir que haja privilégios. É preciso atuar ativamente contra a desigualdade econômica e em favor da superação da miséria.

Mais do que a igualdade perante a lei, deve-se assegurar algum grau de igualdade perante a vida.

Dessa forma, deve-se garantir a proteção jurídica do polo mais fraco de certas relações econômicas, a criação de redes de proteção social e mecanismos de redistribuição de riquezas.

Para isso, é necessário que o Poder Público faça a entrega de prestações positivas adequadas em matérias como educação, saúde, saneamento, trabalho, moradia, assistência social.

A igualdade material encontra-se prevista no art. 3º, I e III, da CF/88, que afirma que a República Federativa do Brasil tem como objetivos “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

c. Igualdade como reconhecimento

A igualdade como reconhecimento significa o respeito que se deve ter para com as minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras.

A injustiça a ser combatida nesse caso tem natureza cultural ou simbólica. Ela decorre de modelos sociais de representação que, ao imporem determinados códigos de interpretação, recusariam os “outros” e produziram a dominação cultural, o não reconhecimento ou mesmo o desprezo.

Determinados grupos são marginalizados em razão da sua identidade, suas origens, religião, aparência física ou orientação sexual, como os negros, judeus, povos indígenas, ciganos, deficientes, mulheres, homossexuais e transgêneros.

O instrumento para se alcançar a igualdade como reconhecimento é a transformação cultural ou simbólica.

O objetivo é constituir um mundo aberto à diferença (“a difference-friendly world”).

A igualdade como reconhecimento encontra-se também prevista no art. 3º, IV, da CF/88, que determina que um dos objetivos fundamentais da República é o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Vale ressaltar que, em muitos casos, alguns grupos sofrem tanto uma desigualdade material como uma desigualdade quanto ao reconhecimento. As mulheres e os negros, por exemplo, sofrem injustiças cujas raízes se encontram tanto na estrutura econômica, quanto na estrutura cultural-valorativa, exigindo ambos os tipos de remédio.

Voltando à análise da Lei

A Lei nº 12.990/2014 atende aos três planos de igualdade acima explicados.

A igualdade formal, como vimos, impede a lei de estabelecer privilégios e diferenciações arbitrárias entre as pessoas, isto é, exige que o fundamento da desigualdade seja razoável e que o fim almejado seja compatível com a Constituição. No caso analisado, o fundamento e o fim da Lei nº 12.990/2014 são razoáveis, motivados por um dever de reparação histórica e por circunstâncias que explicitam um racismo estrutural na sociedade brasileira a ser enfrentado.

Quanto à igualdade material, o racismo estrutural gerou uma desigualdade material profunda. Desse modo, qualquer política redistributivista precisará indiscutivelmente assegurar vantagens competitivas aos negros.

Por fim, a igualdade como reconhecimento significa respeitar as pessoas nas suas diferenças e procurar aproximá-las, igualando as oportunidades. A política afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014 tem exatamente esse papel.

Há uma dimensão simbólica importante no fato de negros ocuparem posições de destaque na sociedade brasileira. Além disso, há um efeito considerável sobre a autoestima das pessoas. Afinal, cria-se resistência ao preconceito alheio. Portanto, a ideia de pessoas negras e pardas

serem símbolo de sucesso e ascensão e terem acesso a cargos importantes influencia a autoestima das comunidades negras. Ademais, o pluralismo e a diversidade tornam qualquer ambiente melhor e mais rico.

Dessa forma, o STF concluiu que a Lei nº 12.990/2014 supera o teste da igualdade formal, material e como reconhecimento.

Princípio do concurso público

A Lei nº 12.990/2014 não viola o princípio do concurso público. Isso porque, para serem investidos nos cargos públicos, os candidatos negros têm de ser aprovados no concurso. Caso não atinjam o patamar mínimo, sequer disputarão as vagas.

A única coisa que a Lei fez foi criar duas formas distintas de preenchimento de vagas, em razão de reparações históricas, sem abrir mão do critério mínimo de suficiência.

Princípio da eficiência

A Lei nº 12.990/2014 não afronta o princípio da eficiência.

Não necessariamente os candidatos aprovados em primeiro lugar, segundo o critério da nota, serão absolutamente melhores que os outros.

A noção de meritocracia deve comportar nuances que permitam a competição em igualdade de condições.

Pode-se até mesmo imaginar um ganho importante de eficiência. Afinal, a vida não é feita apenas de competência técnica, ou de capacidade de pontuar em concurso, mas sim de uma dimensão de compreensão do outro e de variadas realidades. A eficiência pode ser muito bem-servida pelo pluralismo e pela diversidade no serviço público.

Princípio da proporcionalidade

Por fim, o STF entendeu que a Lei nº 12.990/2014 não ofende o princípio da proporcionalidade.

A demanda por reparação histórica e ação afirmativa não foi resolvida com a simples existência de cotas para acesso às universidades públicas. Isso não foi suficiente.

O impacto das cotas raciais não se manifesta no mercado de trabalho automaticamente, pois há um tempo de espera até que essas pessoas estudem, se formem e se tornem competitivas.

Além disso, a proporção de 20% escolhida pelo legislador é extremamente razoável. Se essa escolha fosse submetida a um teste de proporcionalidade em sentido estrito, também não haveria problema, porque 20%, em rigor, representariam menos da metade do percentual de negros na sociedade brasileira.

CRITÉRIOS DE IDENTIFICAÇÃO DOS COTISTAS

Critério da autodeclaração

Segundo o art. 2º da Lei nº 12.990/2014, poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pelo IBGE.

Esse é o chamado critério da autodeclaração.

Declaração falsa

Se ficar constatado que o candidato fez declaração falsa sobre sua cor, a Lei prevê que ele será eliminado do concurso.

Caso a declaração falsa somente seja constatada após o candidato já ter sido nomeado, a sua admissão poderá ser anulada, após processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Além disso, o candidato ainda poderá ser processado criminalmente.

Critério da heteroidentificação

O STF afirmou que o critério da autodeclaração é constitucional. Isso porque deve-se respeitar as pessoas tal como elas se percebem.

Entretanto, a Corte afirmou que é possível também que a Administração Pública adote um controle heterônomo, sobretudo quando existirem fundadas razões para acreditar que houve abuso na autodeclaração.

Exemplos desse controle heterônomo: exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso; exigência de apresentação de fotos pelos candidatos; formação de comissões com composição plural para entrevista dos candidatos em momento posterior à autodeclaração.

Cautelas no critério de heteroidentificação

Vale ressaltar que o controle heterônomo pode ser realizado, mas desde que observadas algumas cautelas a fim de que não haja violação à dignidade da pessoa humana, devendo ser garantido o contraditório e a ampla defesa aos candidatos interessados.

Em suma

É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

STF. Plenário. ADC 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 8/6/2017 (Info 868).

APLICAÇÃO DA LEI

A reserva de vagas tratada pela Lei nº 12.990/2014 vale para todos os três Poderes da União (Executivo, Legislativo e Judiciário), além do MPU e DPU.

A Lei nº 12.990/2014 não se aplica para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. No entanto, caso estes entes editem leis semelhantes, elas também são consideradas constitucionais.

Não ficou definido, neste julgamento, se as cotas valem também para concursos de remoção e promoção. Isso porque este tema não constou do pedido nem foi discutido em memoriais.

PREENCHIMENTO DAS VAGAS

Os candidatos negros concorrem apenas às vagas da cota?

NÃO. Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso.

Ex: em determinado concurso, 80 vagas eram destinadas à ampla concorrência e 20 reservadas para negros. João, que se autodeclarou preto no momento da inscrição, ficou em 25º lugar na lista de candidatos negros. Ao mesmo tempo, na lista de ampla concorrência, ele ficou em 79º lugar. Logo, ele será nomeado nas vagas destinadas à ampla concorrência.

Candidato negro que foi aprovado nas vagas de ampla concorrência

Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas (art. 3º, § 1º).

Ex: em determinado concurso, 80 vagas eram destinadas à ampla concorrência e 20 reservadas para negros. Pedro, que se autodeclarou preto no momento da inscrição, ficou em 19º lugar na lista de candidatos negros. Ao mesmo tempo, na lista de ampla concorrência, ele ficou em 79º lugar. Logo, ele será nomeado nas vagas destinadas à ampla concorrência e a sua vaga na lista da cota (19º lugar) será utilizada por outro candidato negro.

Candidato negro que desiste da nomeação ou posse

Em caso de desistência de candidato negro aprovado em vaga reservada, a vaga será preenchida pelo candidato negro posteriormente classificado.

Ex: em determinado concurso, 20 vagas eram reservadas para negros. Lucas, que se autodeclarou preto no momento da inscrição, ficou em 20º lugar na lista de candidatos negros. Ocorre que ele desistiu de sua nomeação em razão de ter passado em outro certame. Logo, a administração pública terá que convocar o 21º candidato negro.

O que acontece se as vagas reservadas aos candidatos negros não forem integralmente preenchidas?

Na hipótese de não haver candidatos negros aprovados em número suficiente para ocupar as vagas reservadas, tais vagas remanescentes serão revertidas para a ampla concorrência e serão preenchidas pelos demais candidatos aprovados, observada a ordem de classificação.

Ex: em determinado concurso, 4 vagas eram reservadas para candidatos negros. Ocorre que somente 3 candidatos negros fizeram a pontuação mínima exigida (nota de corte). Assim, essa quarta vaga poderá ser preenchida por candidato não negro.

Nomeação dos candidatos

A Lei nº 12.990/2014 prevê a seguinte regra:

§ Art. 4º. A nomeação dos candidatos aprovados respeitará os critérios de alternância e proporcionalidade, que consideram a relação entre o número de vagas total e o número de vagas reservadas a candidatos com deficiência e a candidatos negros.

Quanto aos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos, o STF exemplificou a forma correta de interpretar a lei. No caso de haver 20 vagas, 4 seriam reservadas a negros, obedecida a seguinte sequência de ingresso: primeiro colocado geral, segundo colocado geral, terceiro colocado geral, quarto colocado geral, até que o quinto convocado seria o primeiro colocado entre os negros, e assim sucessivamente.

Dessa forma, evita-se colocar os aprovados da lista geral primeiro e somente depois os aprovados por cotas.

Vigência do sistema de cotas para negros

O sistema de cotas para negros previsto na Lei nº 12.990/2014 irá durar pelo prazo de 10 anos. Após esse período, acabam as cotas para negros em concursos públicos da administração pública federal, salvo se for verificado que a medida ainda é necessária quando, então, deverá ser editada uma nova lei prorrogando o prazo.

1.2. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO E MERA INTUIÇÃO DE QUE ESTÁ HAVENDO CRIME NO SEU INTERIOR

Imagine a seguinte situação hipotética:

Os policiais estavam fazendo uma ronda no bairro.

João, que estava na frente de um local conhecido por ser uma boca-de-fumo, ao avistar os policiais, correu para dentro de sua residência.

Os policiais foram até o local e, desconfiados pelo fato de João ter fugido, entraram na sua casa mesmo sem autorização judicial ou do morador.

Os agentes encontraram, então, grande quantidade de droga escondida no local.

João foi preso em flagrante pela prática de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006).

O Ministério Público ofereceu denúncia na qual sustentou que a prisão foi legal considerando que o crime de tráfico de drogas é permanente quando praticado nas modalidades “ter em depósito” e “guardar”. Dessa forma, João estava em flagrante delito sendo permitido o ingresso na residência sem autorização, conforme previsto no art. 5º, XI, da CF/88.

No presente caso acima narrado, o ingresso dos policiais na casa foi legal?

NÃO. Vamos entender com calma.

Inviolabilidade de domicílio

A CF/88 prevê, em seu art. 5º, a seguinte garantia:

§ XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

Entendendo o inciso XI:

Só se pode entrar na casa de alguém sem o consentimento do morador nas seguintes hipóteses:

Durante o DIA	Durante a NOITE
Em caso de flagrante delito;	Em caso de flagrante delito;
Em caso de desastre;	Em caso de desastre;
Para prestar socorro;	Para prestar socorro.
Para cumprir determinação judicial (ex: busca e apreensão; cumprimento de prisão preventiva).	

Assim, guarde isso: não se pode invadir a casa de alguém durante a noite para cumprir ordem judicial.

O que é considerado “dia”?

Não há uma unanimidade.

Há os que defendem o critério físico-astronômico, ou seja, dia é o período de tempo que fica entre o crepúsculo e a aurora.

Outros sustentam um critério cronológico: dia vai das 6h às 18h.

Existem, ainda, os que sustentam aplicar o parâmetro previsto no CPC, que fala que os atos processuais serão realizados em dias úteis, das 6 (seis) às 20 (vinte) horas.

O mais seguro é só cumprir a determinação judicial após as 6h e até as 18h.

O que se entender por “casa”?

O conceito é amplo e abrange:

- a. a casa, incluindo toda a sua estrutura, como o quintal, a garagem, o porão, a quadra etc.
- b. os compartimentos de natureza profissional, desde que fechado o acesso ao público em geral, como escritórios, gabinetes, consultórios etc.
- c. os aposentos de habitação coletiva, ainda que de ocupação temporária, como quartos de hotel, motel, pensão, pousada etc.

Escritório vazio e busca e apreensão realizada à noite por ordem judicial

No Inquérito 2.424/RJ, o STF considerou válida a instalação de escuta ambiental por policiais no escritório de advocacia de um advogado suspeito da prática de crimes. A colocação das escutas ocorreu no período da noite por determinação judicial.

O STF afirmou que a CF/88, no seu art. 5º, X e XI, garante a inviolabilidade da intimidade e do domicílio dos cidadãos, sendo equiparados a domicílio, para fins dessa inviolabilidade, os escritórios de advocacia, locais não abertos ao público, e onde se exerce profissão (art. 150, § 4º, III, do CP). No entanto, apesar disso, entendeu-se que tal inviolabilidade pode ser afastada quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime concebido e consumado, sobretudo no âmbito do seu escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Neste caso, os interesses e valores jurídicos, inviolabilidade do domicílio, que não tem caráter absoluto, deve ser ponderada e conciliada com o direito de punir, à luz da proporcionalidade.

Assim, apesar de ser possível a equiparação legal da oficina de trabalho com o domicílio, julgou-se ser possível a instalação da escuta, por ordem judicial, no período da noite, principalmente porque durante esse período o escritório fica vazio, não sendo, portanto, possível sua equiparação neste caso a domicílio, que pressupõe a presença de pessoas que o habitem.

Em suma, o STF decidiu que essa prova foi válida.

STF. Plenário. Inq 2424, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 26/11/2008.

Veículo é considerado casa?

Em regra, não. Assim, o veículo, em regra, pode ser examinado mesmo sem mandado judicial.

Exceção: quando o veículo é utilizado para a habitação do indivíduo, como ocorre com *trailers*, cabines de caminhão, barcos etc.

Flagrante delito

Vimos acima que, havendo flagrante delito, é possível ingressar na casa mesmo sem consentimento do morador, seja de dia ou de noite.

Um exemplo comum no cotidiano é o caso do tráfico de drogas. Diversos verbos do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 fazem com que este delito seja permanente:

§ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Assim, se a casa do traficante funciona como boca-de-fumo, onde ele armazena e vende drogas, a todo momento estará ocorrendo o crime, considerando que ele está praticando os verbos “ter em depósito” e “guardar”.

Diante disso, havendo suspeitas de que existe droga em determinada casa, será possível que os policiais invadam a residência mesmo sem ordem judicial e ainda que contra o consentimento do morador?

SIM. No entanto, no caso concreto, devem existir fundadas razões que indiquem que ali está sendo cometido um crime (flagrante delito). Essas razões que motivaram a invasão forçada deverão ser posteriormente expostas pela autoridade, sob pena de ela responder nos âmbitos disciplinar, civil e penal. Além disso, os atos praticados poderão ser anulados.

O STF possui uma tese fixada sobre o tema:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas “a posteriori”, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.

STF. Plenário. RE 603616/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 4 e 5/11/2015 (repercussão geral) (Info 806).

Voltando ao nosso exemplo:

O STJ, ao analisar um caso semelhante, entendeu que havia suspeitas muito vagas sobre eventual tráfico de drogas praticado pelo réu. Tais suspeitas se deram em razão, única e exclusivamente do local em que ele estava no momento em que os policiais militares realizavam patrulhamento de rotina e em virtude de seu comportamento de correr para sua residência.

Essa conduta, contudo, pode ser explicada por diversos motivos, não necessariamente o de que o que suspeito cometia, no momento, venda ilícita de drogas.

Assim, o STJ entendeu que:

O ingresso regular da polícia no domicílio, sem autorização judicial, em caso de flagrante delito, para que seja válido, necessita que haja fundadas razões (justa causa) que sinalizem a ocorrência de crime no interior da residência.

A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo agente, embora pudesse autorizar abordagem policial em via pública para averiguação, não configura, por si só, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o seu consentimento e sem determinação judicial.

STJ. 6ª Turma. REsp 1.574.681-RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 20/4/2017 (Info 606).

Em que pese eventual boa-fé dos policiais militares, não havia elementos objetivos, seguros e racionais, que justificassem a invasão de domicílio.

Dessa forma, como decorrência da Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (ou venenosa, visto que decorre da *fruits of the poisonous tree doctrine*, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da CF/88, é nula a prova derivada de conduta ilícita – no caso, a apreensão, após invasão desautorizada do domicílio do recorrido, de 18 pedras de crack –, pois evidente o nexos causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.

1.3. DIREITO DE RESPOSTA

SENTENÇA QUE NEGA DIREITO DE RESPOSTA POR NÃO TER HAVIDO OFENSA NÃO OFENDE A DECISÃO DO STF NA ADPF 130/DF

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

O Jornal Nacional, da TV Globo, divulgou reportagem narrando os fatos envolvendo uma denúncia criminal oferecida pelo Ministério Público contra o ex-Presidente Lula.

Lula formulou, extrajudicialmente, pedido de direito de resposta à TV Globo, tendo este sido negado.

Inconformado, o ex-Presidente ajuizou ação de direito de resposta, que foi julgada improcedente pelo Juiz de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo/SP. Na sentença, o magistrado afirmou que, para a concessão do direito de resposta, seria preciso “ofensa mais virulenta” e “intento deliberado de se transmitir apenas uma aparência de informação”. O julgador considerou que a reportagem foi informativa e não opinativa, não tendo havido ofensa que justificasse o direito de resposta.

Diante disso, Lula apresentou no STF reclamação, alegando que a decisão do juiz teria afrontado o entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado na ADPF 130/DF (DJE de 6.11.2009). Isso porque nesta decisão o STF teria afirmado que o direito de resposta possui amparo no Texto Constitucional. Confira o trecho da ementa invocada pelo reclamante:



“(…) O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, “de eficácia plena e de aplicabilidade imediata”, conforme classificação de José Afonso da Silva. “Norma de pronta aplicação”, na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta. (...)”

STF. Plenário. ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 30/04/2009.

O STF concordou com a reclamação proposta?

NÃO.

Direito de resposta exige demonstração de “agravo” (“ofensa”)

Na ADPF 130/DF, o STF decidiu que a antiga Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), em sua inteireza, não foi recepcionada pela CF/88, sendo, portanto, inválida por violar a liberdade de imprensa e as liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional.

Realmente, nesta ADPF o STF afirmou que o direito de resposta é protegido pela Constituição Federal, em seu art. 5º, V, tratando-se de norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata:



Art. 5º. (...)

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Contudo, o fato de o STF ter reconhecido o direito de resposta não significa que a Corte tenha dito que é desnecessária a comprovação do “agravo” (ofensa) a que alude o dispositivo. A decisão do STF no julgamento da ADPF 130 não regulamentou o direito de resposta.

O Supremo afirmou apenas que o direito de resposta deve ser assegurado, mas para isso é necessário que a pessoa demonstre ofensa.

Desse modo, a sentença do juiz, ao entender que não iria conceder direito de resposta por não ter sido constatada ofensa, não afrontou a decisão do STF na ADPF 130/DF. A sentença teria violado o acórdão do STF se, por exemplo, tivesse dito que não existe direito de resposta no ordenamento jurídico brasileiro, o que não foi o caso. O que o magistrado decidiu foi que não houve, no caso concreto, ofensa.

Lei nº 13.188/2015

Além disso, a sentença do magistrado foi baseada na Lei nº 13.188/2015. Essa Lei regulamentou o direito de resposta, previsto no art. 5º, V, da CF/88. E essa Lei (de 2015) é posterior à decisão da ADPF 130/DF (DJE de 6.11.2009).

Per saltum

Como a sentença não violou nenhuma decisão do STF proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o que se percebe é que o autor, por meio da reclamação, deseja que o Supremo examine se a sentença afrontou, ou não, o art. 5º, V, da CF/88.

Para isso, seria necessário reexaminar matéria de fato, o que não é possível em reclamação, que se presta unicamente a preservar a autoridade de decisão do STF.

Ademais, isso significaria o exame *per saltum*, ou seja, “pulando-se” as instâncias recursais do ato impugnado diretamente à luz do art. 5º, V, CF/88.

Em suma

Não cabe reclamação para o STF contra sentença que julgou improcedente pedido de direito de resposta sob o fundamento de que não houve, no caso concreto, ofensa.

Esta sentença não afronta a autoridade da decisão do STF no julgamento da ADPF 130/DF.

Além disso, não é possível o exame *per saltum* do ato impugnado (sentença) diretamente à luz do art. 5º, V, CF/88.

STF. 1ª Turma. Rcl 24459 AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 13/12/2016 (Info 851).

1.4. DIREITO À INFORMAÇÃO E ÁUDIO DAS SESSÕES SECRETAS OCORRIDAS NO STM DURANTE O REGIME MILITAR

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

João é advogado e um estudioso das decisões judiciais proferidas durante o regime militar.

Com o intuito de ampliar suas pesquisas e escrever um livro sobre o tema, João formula requerimento ao Superior Tribunal Militar (STM) pedindo para ter acesso aos áudios das sessões de julgamento ocorridas na década de 1970 naquela Corte.

O Presidente do STM indeferiu o pedido alegando que as gravações dos debates dos Ministros e das sustentações orais não integram os processos e são de uso interno do Tribunal e de acesso privativo.

Diante disso, João impetrou MS para o Plenário do STM, que foi negado e em seguida recorreu ao STF.

O que decidiu o STF? João pode ter acesso a esses áudios?

SIM. O STF afirmou que o interessado poderá ter acesso aos áudios das sessões de julgamento. Veja:



(...) 1. Não se cogita da violação de direitos previstos no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 7º, XIII, XIV e XV da L. 8.906/96), uma vez que os impetrantes não requisitaram acesso às fontes documentais e fonográficas no exercício da função advocatícia, mas como pesquisadores.

2. A publicidade e o direito à informação não podem ser restringidos com base em atos de natureza discricionária, salvo quando justificados, em casos excepcionais, para a defesa da honra, da imagem e da intimidade de terceiros ou quando a medida for essencial para a proteção do interesse público.

3. A coleta de dados históricos a partir de documentos públicos e registros fonográficos, mesmo que para fins particulares, constitui-se em motivação legítima a garantir o acesso a tais informações.

4. No caso, tratava-se da busca por fontes a subsidiar elaboração de livro (em homenagem a advogados defensores de acusados de crimes políticos durante determinada época) a partir dos registros documentais e fonográficos de sessões de julgamento público.

5. Não configuração de situação excepcional a limitar a incidência da publicidade dos documentos públicos (arts. 23 e 24 da L. 8.159/91) e do direito à informação. Recurso ordinário provido.

STF. 2ª Turma. RMS 23036, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. p/ Ac. Min. Nelson Jobim, julgado em 28/03/2006.

Fornecimento parcial dos áudios

Com a decisão judicial do STF a seu favor, João procurou novamente o STM, mas este Tribunal somente autorizou que ele tivesse acesso aos áudios das sessões públicas realizadas. O STM se negou, contudo, a fornecer os áudios das sessões secretas.

Na década de 70, as sessões do STM eram divididas em: a) sessões públicas, que consistiam na leitura do relatório e nas sustentações orais dos advogados; b) sessões secretas, quando eram colhidos os votos dos magistrados.

Dessa forma, o STM permitiu que ele tivesse acesso às sessões públicas, mas não forneceu os áudios onde ficaram registrados os votos dos Ministros nos julgamentos (sessão secreta).

João propôs, então, uma reclamação no STF argumentando que o STM estava desrespeitando a decisão proferida pelo Supremo que já havia garantido a ele o acesso integral aos áudios.

O que o STF decidiu sobre esta reclamação?

O STF julgou procedente a reclamação. Os Ministros entenderam que o ato do STM desrespeitou a decisão proferida no RMS 23.036/RJ, quando foi garantido ao impetrante amplo acesso aos áudios das sessões públicas e também das sessões secretas.

Ao autorizar a consulta apenas dos registros relacionados com a parte pública das sessões, o STM violou a decisão do Supremo, que deu acesso amplo aos áudios das sessões.

Além disso, a recusa do STM está em descompasso com a ordem constitucional vigente, que garante o acesso à informação como direito fundamental.

Direito à informação

O direito à informação, à busca pelo conhecimento da verdade sobre a história e sobre os fatos ocorridos durante a ditadura militar integra o patrimônio jurídico de todo e qualquer cidadão. Dessa forma, é um dever do Estado assegurar os meios para garantir o exercício desse direito.

Em conclusão

O STF concluiu, portanto, que:

O STM deve permitir o acesso do reclamante a todos os documentos e áudios das sessões de julgamento, com exceção apenas daqueles que forem considerados sigilosos no resguardo do interesse público, na defesa da intimidade e para a proteção da sociedade e do Estado, desde que isso seja motivado de forma explícita e pormenorizada a fim de que possa ser novamente questionado no STF caso se mostre indevido.

STF. Plenário. Rcl 11949/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 15/3/2017 (Info 857).

1.5. LIBERDADE PROFISSIONAL E ANÁLISE DA LEI DOS NUTRICIONISTAS

Profissão de nutricionista

A profissão de nutricionista é regulamentada pela Lei nº 8.234/91.

O art. 3º da Lei traz um rol de atividades privativas dos nutricionistas:

- § Art. 3º. São atividades privativas dos nutricionistas:
- I – direção, coordenação e supervisão de cursos de graduação em nutrição;
 - II – planejamento, organização, direção, supervisão e avaliação de serviços de alimentação e nutrição;
 - III – planejamento, coordenação, supervisão e avaliação de estudos dietéticos;
 - IV – ensino das matérias profissionais dos cursos de graduação em nutrição;
 - V – ensino das disciplinas de nutrição e alimentação nos cursos de graduação da área de saúde e outras afins;
 - VI – auditoria, consultoria e assessoria em nutrição e dietética;
 - VII – assistência e educação nutricional e coletividades ou indivíduos, sadios ou enfermos, em instituições públicas e privadas e em consultório de nutrição e dietética;
 - VIII – assistência dietoterápica hospitalar, ambulatorial e a nível de consultórios de nutrição e dietética, prescrevendo, planejando, analisando, supervisionando e avaliando dietas para enfermos.

O Procurador-Geral da República ingressou com ADI contra este art. 3º afirmando que ele violaria o livre exercício das profissões e que, portanto, deveria ser declarado inconstitucional.

O pedido foi acolhido pelo STF?

NÃO. O STF julgou improcedente o pedido formulado na ADI ajuizada contra o referido dispositivo legal.

Livre exercício profissional

A regra no ordenamento jurídico nacional é a da liberdade das profissões (art. 5º, XIII, da CF/88). Isso significa que, em regra, é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.

Vale ressaltar, no entanto, que a lei poderá estabelecer qualificações para o exercício daquele trabalho, ofício ou profissão. É o que prevê o art. 5º, XIII, da CF/88:

- § Art. 5º. (...)
- XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Tem-se nesse dispositivo uma reserva legal qualificada, ou seja, a Constituição remeteu à lei o estabelecimento das qualificações profissionais como restrições ao livre exercício profissional.

A legislador possui ampla liberdade para estabelecer quaisquer requisitos para o exercício das profissões?

NÃO. O STF entende que nem todos os trabalhos, ofícios ou profissões podem ser condicionados ao cumprimento de exigências legais para o seu exercício. Isso significa dizer que algumas exigências que a lei faz para o exercício de determinadas profissões podem ser declaradas inconstitucionais.

A regra é a liberdade no exercício das profissões. Somente podem ser exigidas, pela lei, restrições para aquelas profissões que, de alguma forma, possam trazer perigo de dano à coletividade ou prejuízos diretos a direitos de terceiros, sem culpa das vítimas, como a medicina e as demais profissões ligadas à área da saúde, a engenharia, a advocacia e a magistratura, dentre outras.

Por outro lado, a lei não pode impor restrições ao exercício de profissões que não tenham a aptidão de gerar tais riscos.

Ex1: a Ordem dos Músicos do Brasil afirmava que, segundo a Lei nº 3.857/80, o indivíduo somente poderia exercer a profissão de músico se estivesse inscrito no Conselho Profissional dos músicos. O STF entendeu que essa exigência era incompatível com a CF/88. A atividade de músico, ainda que mal exercida, não tem potencial de causar grande prejuízo à sociedade. Logo, trata-se de profissão que não precisa de controle ou de autorização. Pode ser livremente exercida, mesmo por quem não seja “formado” em uma escola ou faculdade de música. Nesse sentido:



(...) Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão. (...)

STF. Plenário. RE 414426, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 01/08/2011.

Ex2: o STF decidiu que a CF/88 não recepcionou o art. 4º, V, do Decreto-lei 972/69, que exige o diploma de curso superior de jornalismo, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista. Isso porque não se exige qualificação técnica para que a pessoa possa exercer a liberdade de expressão (STF. Plenário. RE 511961, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/06/2009).

Razoabilidade e proporcionalidade das restrições

Dessa forma, a lei que restrinja o desempenho das profissões, especificando requisitos mínimos ao exercício de atividades técnicas, apresenta-se como exceção à regra geral da liberdade de exercício profissional. Essas restrições legais precisam, portanto, ser proporcionais e necessárias e estão restritas às “qualificações profissionais” – formação técnico/científica indispensável para o bom desempenho da atividade.

Profissão de nutricionista

O caso da profissão de nutricionista requer conhecimentos técnicos e científicos específicos para o desempenho de suas funções.

O art. 3º da Lei nº 8.234/91 enumerou como privativas dos nutricionistas atividades eminentemente técnicas, que exigem uma formação de nível superior.

Portanto, não há inconstitucionalidade na exigência de nível superior em nutrição para atividades eminentemente acadêmicas, a exemplo da direção, coordenação e supervisão de cursos de graduação; planejamento, organização, direção, supervisão e avaliação de estudos dietéticos; ensino das matérias profissionais dos cursos de graduação em nutrição; e ensino das disciplinas de nutrição e alimentação nos cursos de graduação da área de saúde e outras afins.

Vale ressaltar que existe a profissão de técnico em nutrição (nível médio), que exerce atividades em apoio e de forma complementar aos nutricionistas.

Por outro lado, as atividades de planejamento, organização, direção, supervisão e avaliação de serviços pertinentes à alimentação e nutrição, consultório de nutrição e dietética, e de assistência dietoterápica hospitalar, ambulatorial e em consultório de nutrição não impedem nem prejudicam aquelas pertinentes a outras áreas de nível superior, notadamente referentes a bioquímicos e médicos nutrólogos.

Assim, é imperativo destacar que existem ressalvas com relação a outras categorias profissionais, tais como gastroenterologistas, nutrólogos, bioquímicos e demais profissões que, conquanto lidem com atividades correlatas, não têm seu exercício tolhido pela regulamentação da profissão de nutricionista.

Em resumo:

O art. 3º da Lei nº 8.234/91, ao impor que determinadas atividades são privativas de nutricionistas, é constitucional porque esta exigência mostra-se razoável considerando que o nutricionista trabalha com a saúde das pessoas, devendo haver uma qualificação técnica a fim de evitar risco a terceiros.

Vale ressaltar, no entanto, que no rol do art. 3º existem algumas atividades que podem ser também desempenhadas por outras profissões regulamentadas, como é o caso de gastroenterologistas, nutrólogos, bioquímicos, entre outros.

É constitucional a expressão “privativas”, contida no caput do art. 3º da Lei nº 8.234/91, que regulamenta a profissão de nutricionista, respeitado o âmbito de atuação profissional das demais profissões regulamentadas.

STF. Plenário. ADI 803/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 28/9/2017 (Info 879).

1.6. SIGILO BANCÁRIO

REQUISIÇÃO PELO MP DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS DE ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Imagine a seguinte situação adaptada:

O Ministério Público instaurou procedimento de investigação criminal (PIC) para apurar possíveis delitos de desvios de verbas públicas, fraudes em licitações e lavagem de dinheiro que estariam sendo praticados pelo Prefeito de um Município do interior.

Como uma das diligências, o MP, sem autorização judicial, requisitou do gerente do banco informações bancárias da conta corrente mantida pelo Município naquela agência.

Tais informações foram prestadas pelo banco e, com base nelas, descobriu-se a prática de crimes, tendo esses documentos servido como base para o ajuizamento de ação penal contra o Prefeito.

A denúncia foi recebida pelo Tribunal de Justiça (art. 29, X, da CF/88).