

# Informativo STF Mensal

Brasília, abril de 2012 - nº 18  
Compilação dos Informativos nºs 660 a 663

---

---

O Informativo STF Mensal apresenta todos os resumos de julgamentos divulgados pelo Informativo STF concluídos no mês a que se refere e é organizado por ramos do Direito e por assuntos.

---

---

## SUMÁRIO

### Direito Administrativo

#### Aposentadorias e Pensões

Registro de aposentadoria e justificação judicial

#### Ato Administrativo

Portaria e revisão de anistia política

#### Concurso Público

Concurso público: edital e princípio da legalidade

### Direito Constitucional

#### Controle de Constitucionalidade

ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 1 a 26

Políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas - 1 a 19

#### Precatório

Precatório: ação plúrima e art. 87 do ADCT

#### Princípios e Garantias Constitucionais

Quebra de sigilo bancário e TCU

### Direito Penal

#### Penas

Tráfico de drogas e dosimetria da pena

“Mula” e causa de diminuição de pena - 2

Receptação de bens da ECT e majoração da pena

Lei 11.343/2006 e regime inicial fechado

Tráfico de entorpecente: substituição de pena e fixação de regime

#### Princípios e Garantias Penais

Princípio da insignificância e programa social do governo

Receptação: princípio da insignificância e suspensão condicional do processo

### Direito Processual Civil

#### Recurso

Desistência e recurso pendente de julgamento

## **Direito Processual Penal**

### *Habeas Corpus*

Interrogatório único e nulidade de julgamento - 2

---

---

## **DIREITO ADMINISTRATIVO**

### **Aposentadorias e Pensões**

#### ***Registro de aposentadoria e justificação judicial***

Em face das especificidades da causa e da necessidade de se garantir a segurança jurídica, a 2ª Turma concedeu mandado de segurança para declarar nula decisão do TCU que negara registro à aposentadoria da impetrante, com o consequente direito de permanecer em inatividade. No caso, a servidora pública federal requerera sua aposentadoria e apresentara certidões de tempo de serviço e justificação judicial referente ao período em que trabalhara como professora municipal. Considerou-se o fato de a impetrante receber os proventos há mais de vinte anos, por força de liminar anteriormente concedida neste *writ*. Frisou-se que o TCU estaria autorizado a proceder ao registro da aposentadoria com base na validade da justificação referente ao período em que ela trabalhara como professora. Consignou-se que, enquanto não desautorizada em sede judiciária pelos meios processuais adequados, a justificação estaria apta a produzir os efeitos a que se destinaria.

[MS 22315/MA, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.4.2012. \(MS-22315\)](#)  
(Informativo 662, 2ª Turma)

### **Ato Administrativo**

#### ***Portaria e revisão de anistia política***

A 2ª Turma desproveu agravo regimental de decisão do Min. Ricardo Lewandowski, em recurso ordinário em mandado de segurança, do qual relator, interposto de decisão do STJ que denegara o *writ* lá impetrado em razão de direito individual líquido e certo não atingido. Na espécie, pretendia-se que não fosse iniciado procedimento de revisão de portarias concessivas de anistia, com as consequentes reparações patrimoniais. Invocava-se o postulado da segurança jurídica e que o perdão por parte do Poder Público seria ato eminentemente político, não suscetível de reconsideração ou revogação. Salientou-se, com base no princípio da autotutela da Administração, a possibilidade de revisão dos atos de anistia concedidos com fundamento na Lei 10.559/2002.

[RMS 31181 AgR/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 3.4.2012. \(RMS-31181\)](#)  
(Informativo 660, 2ª Turma)

### **Concurso Público**

#### ***Concurso público: edital e princípio da legalidade***

A 1ª Turma denegou mandado de segurança no qual se alegava que, apesar da exigência, no edital de concurso público, de aprovação no teste de direção veicular, lei e portaria não preveriam essa aptidão para investidura no cargo. Asseverou-se que as etapas do presente certame prescindiriam de disposição expressa em lei em sentido formal e material, sendo bastante que estivessem estipuladas no edital, existente o nexo de causalidade em face das atribuições do cargo. Destacou-se inexistir lei com a estipulação das etapas do concurso, porém, o edital teria sido explícito.

[MS 30177/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 24.4. 2012.\(MS-30177\)](#)  
(Informativo 663, 1ª Turma)

## **Direito Constitucional**

### **Controle de Constitucionalidade**

#### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 1***

O Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS, a fim de declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do CP. Prevaleceu o voto do Min. Marco Aurélio, relator. De início, reputou imprescindível delimitar o objeto sob exame. Realçou que o pleito da requerente seria o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se a antecipação terapêutica de parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado, sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado. Destacou a alusão realizada pela própria arguente ao fato de não se postular a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais em comento, o que os retiraria do sistema jurídico. Assim, o pleito colimaria tão somente que os referidos enunciados fossem interpretados conforme a Constituição. Dessa maneira, exprimiu que se mostraria despropositado veicular que o Supremo examinaria a descriminalização do aborto, especialmente porque existiria distinção entre aborto e antecipação terapêutica de parto. Nesse contexto, afastou as expressões “*aborto eugênico*”, “*eugenésico*” ou “*antecipação eugênica da gestação*”, em razão do indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia. Na espécie, aduziu inescapável o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os de parte da sociedade que desejasse proteger todos os que a integrariam, independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. Sublinhou que o tema envolveria a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. No ponto, lembrou que não haveria colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente. Versou que o Supremo fora instado a se manifestar sobre o tema no HC 84025/RJ (DJU de 25.6.2004), entretanto, a Corte decidira pela prejudicialidade do *writ* em virtude de o parto e o falecimento do anencéfalo terem ocorrido antes do julgamento. Ressurtiu que a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo não se coadunaria com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantiriam o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)

1ª parte  [Áudio](#)

2ª parte  [Áudio](#)

3ª parte  [Áudio](#)

 [Video](#)

(Informativo 661, Plenário)

### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 2***

Ao frisar que laicidade não se confundiria com laicismo, rememorou orientação da Corte, proferida na ADI 2076/AC (DJU de 8.8.2003), no sentido de que a locução “*sob a proteção de Deus*”, constante no preâmbulo da Constituição, não seria norma jurídica. Logo, enfatizou que o Estado seria simplesmente neutro — não seria religioso, tampouco ateu. Ademais, a laicidade estatal revelar-se-ia princípio que atuaria de modo dúplice: a um só tempo, salvaguardaria as diversas confissões religiosas do risco de intervenção abusiva estatal nas respectivas questões internas e protegeria o Estado de influências indevidas provenientes de dogmas, de modo a afastar a prejudicial confusão entre o poder secular e democrático e qualquer doutrina de fé, inclusive majoritária. Ressaltou que as garantias do Estado secular e da liberdade de culto representariam que as religiões não guiariam o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como os direitos à autodeterminação, à saúde física e mental, à privacidade, à liberdade de expressão, à liberdade de orientação sexual e à liberdade no campo da reprodução. Nesse tocante, dessumiu que a questão debatida não poderia ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas, apesar de a oitiva de entidades ligadas a profissão de fé não ter sido em vão. Isso porque, em uma democracia, não seria legítimo excluir qualquer ator do âmbito de definição do sentido da Constituição. Entendeu que, todavia, para se tornarem aceitáveis no debate jurídico, os argumentos provenientes dos grupos religiosos deveriam ser devidamente “traduzidos” em termos de razões públicas, ou seja, expostos de forma que a adesão a eles independesse de qualquer crença. A respeito, sobrelevou que crença não poderia conduzir à incriminação de suposta conduta de mulheres que optassem por não levar a gravidez a termo, visto que ações de cunho meramente imoral não mereceriam glosa do Direito Penal.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)

(Informativo 661, Plenário)

### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 3***

No que tange à anencefalia, explicou que as informações e os dados revelados na audiência pública em muito teriam contribuído para esclarecer seu conceito, que consistiria na malformação do tubo neural, a caracterizar-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante o desenvolvimento embrionário. Explanou que, para o diagnóstico dessa anomalia, seria necessária a ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e de um tronco cerebral rudimentar ou a inexistência parcial ou total do crânio. Nestes termos, aludiu que o anencéfalo, assim como o morto cerebral, não deteria atividade cortical, de modo que se mostraria deficiente de forma grave no plano neurológico, dado que lhe faltariam não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. Portanto, o feto anencefálico não desfrutaria de nenhuma função superior do sistema nervoso central “*responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade*”. Ressaiu, pois, que essa má-formação seria doença congênita letal, pois não haveria possibilidade de desenvolvimento de massa encefálica em momento posterior, pelo que inexistiria, diante desse diagnóstico, presunção de vida extrauterina, até porque seria consenso na medicina que o falecimento diagnosticar-se-ia pela morte cerebral. Anotou que, em termos médicos, haveria dois processos que evidenciariam o momento morte: o cerebral e o clínico. O primeiro consistiria na parada total e irreversível das funções encefálicas, em consequência de causa conhecida, ainda que o tronco cerebral estivesse temporariamente em atividade. O segundo seria a parada irreversível das funções cardiorrespiratórias, com a finalização das atividades cardíaca e cerebral pela ausência de irrigação sanguínea, de maneira a resultar em posterior necrose celular.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)  
(Informativo 661, Plenário)

#### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 4***

Afirmou que, conforme a Resolução 1.480/97, do Conselho Federal de Medicina - CFM, os exames complementares a serem observados para a constatação de morte encefálica deveriam demonstrar, de modo inequívoco, a ausência de atividade elétrica cerebral ou metabólica deste órgão ou, ainda, inexistência de perfusão sanguínea nele. Elucidou que, por essa razão, o CFM, mediante a Resolução 1.752/2004, consignara serem os anencéfalos natimortos cerebrais. Desse modo, eles jamais se tornariam pessoa. Nessa senda, sintetizou que não se cuidaria de vida em potencial, mas, seguramente, de morte. Acentuou que a respiração e o batimento cardíaco não excluiriam o diagnóstico de morte cerebral e que no conhecido caso da suposta portadora de anencefalia, que teria sobrevivido por um ano, oito meses e doze dias, o diagnóstico estaria equivocado, consoante teriam informado renomados especialistas. Articulou que não se trataria de anencefalia no sentido corriqueiramente utilizado pela literatura médica, mas de meroencefalia, porquanto o feto possuiria partes do cérebro — cerebelo e pedaço do lóbulo temporal — que viabilizariam, embora precariamente, a vida extrauterina. Assim, apontou não se poder qualificá-lo, em sentido técnico, como anencéfalo, o qual jamais seria dotado dessas estruturas. Rechaçou, igualmente, a assertiva de que a interrupção da gestação de feto anencéfalo consubstanciaria aborto eugênico, compreendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. Neste contexto, descreveu que anencéfalo não teria vida em potencial, de sorte que não se poderia cogitar de aborto eugênico, o qual pressuporia a vida extrauterina de seres que discrepassem de padrões imoralmente eleitos. Discorreu que não se trataria de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se cuidaria de feto com deficiência grave que permitisse sobreviver fora do útero, mas tão somente de anencefalia. Exprimiu, pois, que a anencefalia mostrar-se-ia incompatível com a vida extrauterina, ao passo que a deficiência, não.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)  
(Informativo 661, Plenário)

#### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 5***

Afastou a aplicação, na espécie, dos preceitos da Convenção sobre Direitos da Criança das Nações Unidas, especialmente, os artigos 6º e 23 (“*Art. 6º. 1. Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida. 2. Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança. ... Art. 23. 1. Os Estados Partes reconhecem que a criança portadora de deficiências físicas ou mentais deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade. 2. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança deficiente de receber cuidados especiais e, de acordo com os recursos disponíveis e sempre que a criança ou seus responsáveis reúnam as condições requeridas, estimularão e assegurarão a prestação da assistência solicitada, que seja adequada ao*

*estado da criança e as circunstâncias de seus pais ou das pessoas encarregadas de seus cuidados*”). Do mesmo modo, repeliu a aplicação da Constituição no que determinaria a proteção à criança e ao adolescente, de sorte que a eles fosse viabilizado o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, ficando a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Isso porque seria inimaginável falar-se desses objetivos no caso de feto anencéfalo, em virtude da impossibilidade de, ao ocorrer o parto, vir-se a cogitar de criança e, posteriormente, de adolescente. Ainda sobre os contornos da anomalia, registrou que a anencefalia diagnosticar-se-ia na 12ª semana de gestação, por meio de ultrassonografia, bem assim que a rede pública de saúde estaria capacitada para fazê-lo. Repisou que os médicos prefeririam repetir o exame em uma ou duas semanas para haver o diagnóstico de certeza e que seria medida salutar que órgãos e entidades competentes estabelecessem protocolos e cuidados a serem tomados para torná-lo ainda mais seguro.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)  
(Informativo 661, Plenário)

### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 6***

No tocante ao argumento de possibilidade de doação de órgão dos anencéfalos, asseverou que não seria dado invocá-lo em prol da proteção destes, por ser vedado obrigar a manutenção de gravidez apenas para viabilizar a doação de órgãos, sob pena de se coisificar a mulher e ferir a sua dignidade, bem como por se revelar praticamente impossível o aproveitamento dos órgãos dos fetos em questão. Expôs que a mulher, portanto, deveria ser tratada como um fim em si mesma, e não sob uma perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de órgãos e posterior doação. Recordou haver autorização pelo CFM quanto ao transplante de órgãos de anencéfalos (Resolução 1.752/2009), porém, o Parecer 24/2003, do qual teria decorrido a resolução, a indicar a inutilidade desses órgãos, em razão de hipoxemia. Nesse aspecto, mencionou que a solidariedade não poderia ser utilizada para fundamentar a manutenção compulsória da gravidez de feto anencefálico e que a doação seria ato intrinsecamente voluntário, jamais imposto, pelo que qualquer restrição aos direitos da gestante sobre o próprio corpo retiraria toda a magnitude do ato de doar órgãos, espontâneo em sua essência.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)  
(Informativo 661, Plenário)

### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 7***

Observou que seria improcedente a alegação de direito à vida dos anencéfalos, haja vista que estes seriam termos antitéticos. Explicou que, por ser o anencéfalo absolutamente inviável, não seria titular do direito à vida, motivo pelo qual o conflito entre direitos fundamentais seria apenas aparente, dado que, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontraria o direito à vida ou à dignidade humana de quem estivesse por vir. Assentou que o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, seria juridicamente morto, de maneira que não deteria proteção jurídica, principalmente a jurídico-penal. Corroborou esse entendimento ao inferir o conceito jurídico de morte cerebral da Lei 9.434/97, de modo que seria impróprio falar em direito à vida intra ou extrauterina do anencéfalo, natimorto cerebral. Destarte, a interrupção de gestação de feto anencefálico não configuraria crime contra a vida, porquanto se revelaria conduta atípica. Advertiu que, nas décadas de 30 e 40, a medicina não possuía recursos técnicos necessários para identificar previamente a anomalia fetal, por isso, a literalidade do Código Penal de 1940 certamente estaria em harmonia com o nível de diagnósticos médicos existentes à época, o que explicaria a ausência de dispositivo que previsse expressamente a atipicidade da interrupção da gravidez de feto anencefálico. Nesse aspecto, lembrou que se trataria do mesmo legislador que, para proteger a honra e a saúde mental ou psíquica da mulher, considerara impunível o aborto provocado em gestação oriunda de estupro em caso de feto plenamente viável. Assim, entendeu ser lógico que, apesar da falta de previsão expressa no Código Penal de 1940, o feto sem potencialidade de vida não pudesse ser tutelado pelo tipo incriminador em comento. Pronunciou que, no julgamento da ADI 3510/DF (DJ de 28.5.2010), esta Corte cuidara, quanto ao direito à vida, de diversos enfoques, dentre os quais o da concepção, o da ligação do feto à parede do útero (nidação), o da formação das características individuais do feto, o da percepção pela mãe dos primeiros movimentos, o da viabilidade em termos de persistência da gravidez e o do nascimento. Aludiu que, sob o ângulo biológico, o início da vida pressuporia não só a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, como também a viabilidade, elemento inexistente ao feto anencéfalo, assim compreendido majoritariamente pela medicina. Aclarou que, quando a Constituição reportara-se a “*direitos da pessoa humana*” e a “*direitos e garantias individuais*” como cláusulas pétreas, teria tratado de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, destinatário dos “*direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*”.

Ponderou, entretanto, que jamais haveria indivíduo-pessoa no caso do anencéfalo, razão pela qual não se justificaria sua tutela jurídico-penal, principalmente na hipótese em que esbarraria em direitos fundamentais da mulher.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)

(Informativo 661, Plenário)

#### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 8***

Reputou inquestionável o caráter não absoluto do direito à vida ante o texto constitucional, cujo art. 5º, XLVII, admitiria a pena de morte no caso de guerra declarada na forma do seu artigo 84, XIX. No mesmo sentido, citou previsão de aborto ético ou humanitário como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade no Código Penal, situação em que o legislador teria priorizado os direitos da mulher em detrimento dos do feto. Recordou que a proteção ao direito à vida comportaria diferentes gradações, consoante o que estabelecido na ADI 3510/DF. Reforçou esse ponto ao deduzir que a pena cominada ao crime de homicídio seria superior àquela de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, a revelar que o direito à vida ganharia contornos mais amplos, de forma a atrair proteção estatal mais intensa à medida que ocorresse seu desenvolvimento. Consignou que impenderia distinguir-se ser humano de pessoa humana: o embrião obviamente seria humano, ser vivo, todavia, não configuraria, ainda, pessoa, ou seja, sujeito de direitos e deveres, a caracterizar o estatuto constitucional da pessoa humana. Por fim, salientou que, mesmo que se concebesse a existência de direito à vida de fetos anencefálicos, — premissa da qual discordaria —, dever-se-ia admitir ser a tutela conferida nesse caso menos intensa do que a deferida às pessoas e aos fetos em geral, simplesmente porque aqueles não se igualariam a estes. Outrossim, sopesou que, se a proteção ao feto saudável fosse passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o seria em relação àquela eventualmente atribuída ao anencéfalo.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)

(Informativo 661, Plenário)

#### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 9***

No que pertine aos direitos da mulher em contraposição aos do feto anencéfalo, aduziu, de início, que toda gravidez acarretaria riscos à mãe. No entanto, constatou que estes seriam maiores à gestante portadora de feto anencéfalo do que os verificados em gravidez comum. Além disso, reputou incontroverso que impor a continuidade da gravidez de feto anencéfalo poderia conduzir a gestante a quadro psíquico devastador, haja vista que predominariam, na maioria das vezes, sentimentos mórbidos de dor, angústia, impotência, luto e desespero, tendo em conta a certeza do óbito. Descreveu o sofrimento dessas mulheres, de forma que se poderia classificar como tortura o ato estatal de compeli-las a prosseguir na gestação de feto portador da anomalia, porquanto a colocaria em espécie de cárcere privado de seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade. Ressaltou que, quando inexistiam recursos aptos a identificar a anencefalia durante a gestação, o choque com a notícia projetava-se para o momento do parto, mas, atualmente, avanços tecnológicos serviriam não para a inserção de sentimentos de angústia, mas, justamente, para fazê-los cessar. Assim, evidenciou que caberia à mulher, e não ao Estado, contrastar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, a fim de deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. Chamou atenção para o fato de que, se ocorresse o nascimento do anencéfalo, este não receberia manobra médica de reanimação, tampouco procedimento de suporte vital, em razão da inocuidade de qualquer medida, já que nada justificaria o emprego de recursos tecnológicos para tornar viável o que não disporia congenitamente de viabilidade. Logo, não se poderia exigir da mulher aquilo que o Estado não forneceria, por meio de procedimentos médicos utilizados na gravidez comum.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)

(Informativo 661, Plenário)

#### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 10***

Definiu como violência todo ato ou conduta baseada no gênero que causasse morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública, como na esfera privada (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher). Nestes termos, não se coadunaria com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, de modo a privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não deteria sequer expectativa de vida fora do útero e aniquilar-se, em contrapartida, os direitos da mulher ao lhe impingir sacrifício desarrazoado. Sublinhou que a imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final seria irremediavelmente a morte do feto iria de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional,

mais precisamente à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Esclareceu que a integridade que se colimaria alcançar com a antecipação terapêutica de uma gestação fadada ao fracasso seria plena e que eventual direito à vida do feto anencéfalo, acaso existisse, cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde (CF, artigos 1º, III, 5º, *caput* e II, III e X, e 6º, *caput*). Por derradeiro, versou que atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, determinaria garantir o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em possível ação por crime de aborto.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)  
(Informativo 661, Plenário)

### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 11***

A Min Rosa Weber acrescentou que, conquanto os favoráveis à permissão da antecipação terapêutica do parto dissessem que a anencefalia seria fatal na totalidade dos casos e que no brevíssimo período de vida existissem apenas reações automáticas do organismo, haveria relatos de fetos anencéfalos com sobrevivida por meses e até mesmo mais de ano, a indicar imprecisão terminológica ou erro de diagnóstico na designação do fenômeno. Expôs que seria possível discutir a questão com fulcro nos seguintes argumentos: a) tipicidade da antecipação terapêutica do parto como crime de aborto; b) vontade do legislador no que toca a retirada da anencefalia do rol das excludentes de ilicitude; c) ponderação de valores entre liberdade, dignidade e saúde da mulher e a vida do feto anencéfalo; e d) violação de direito fundamental reprodutivo da mulher, ante a criminalização da interrupção da gravidez de feto sem viabilidade de vida extrauterina. Indicou que o debate teria se estruturado em torno de falácia naturalista, porquanto a discussão sobre a existência, ou não, de vida do feto anencéfalo configuraria equívoco, visto que não se poderia derivar um dever ser de um ser. Após realizar digressão sobre epistemologia a respeito de verificacionismo, falsificacionismo e empirismo, resumizou que o conhecimento jurídico seria independente em relação às demais ciências. Assim, clarificou que impenderia discutir o conceito de vida de acordo com significação própria no âmbito da dogmática do direito, da legislação e da jurisprudência. Com isso, discorreu que, da circunstância de a medicina descrever determinado fenômeno como fato, não decorreria o dever jurídico de protegê-lo ou ignorá-lo. Asseverou que a ciência não poderia determinar dever de cuidado a partir de fato que considerasse verdadeiro ou falso, dado que não possuiria total controle dos seus próprios conceitos, nem lhe seria dada a pretensão de estabelecer verdades que vinculassem outras áreas do conhecimento. Demonstrou que, dos conceitos em ciência, como o de vida, não decorreriam definições lógicas, empiricamente precisas ou inquestionáveis, mas que estas seriam fruto das necessidades procedimentais e descritivas de acordo com o padrão de conhecimento de determinado momento.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)  
(Informativo 661, Plenário)

### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 12***

Reportou que o critério utilitário de morte encefálica permitiria o reconhecimento da irreversibilidade do estado de morte ao mesmo tempo em que reconheceria o funcionamento de outras partes do organismo humano que, em breve, sucumbiriam. Reiterou não haver definição jurídica sobre o que poderia ser considerado como conteúdo da expressão vida. Retomou dispositivos que indicariam interesse na proteção do feto ao reconhecer-lhe direitos (CC, artigos 2º; 542; 1.609, parágrafo único; 1.779; 1.798; Lei 11.804/2008). No entanto, articulou que o exercício de direitos do nascituro estaria condicionado a seu nascimento com vida, quando adquiriria personalidade civil. Extraiu, do art. 3º da Lei 9.434/97, que a morte encefálica ocorreria quando não houvesse mais atividade cerebral no indivíduo, a não importar ao direito o simples funcionamento orgânico, mas a possibilidade de atividades psíquicas, as quais demonstrassem que o indivíduo pudesse minimamente ser parte do convívio social. Não objetou haver proteção ao organismo em funcionamento, fosse para fim utilitário — transplante de órgãos —, fosse como respeito à família e à sociedade — no sentido de preservação dos sentimentos sobre a memória e a integridade do corpo do ente querido. Todavia, essa proteção não seria absoluta, dado que a família poderia, por exemplo, doar o corpo para laboratório de anatomia. Assim, explanou que, se o interesse jurídico protegesse as capacidades de convivência, emoção, interrelação, cognição e consciência, à medicina cumpriria esclarecer em quais circunstâncias essas capacidades estariam presentes, como elas se perderiam e como funcionariam, de forma que o direito assumiria estes dados de acordo com o conhecimento atual da técnica. A respeito, os critérios para o diagnóstico e declaração de morte cerebral perfariam certeza de que indivíduo, que já possuía suas capacidades cerebrais, não mais

apresentaria chance alguma de tê-las no estágio hodierno da medicina. Salientou que, diante dessas características, o direito positivo teria entendido que a declaração de morte encefálica seria suficiente para o indivíduo ser considerado morto, não sendo mais necessário aguardar a falência cardiorrespiratória. Nesse contexto, o conceito de morte cerebral utilizar-se-ia para definição de vida e morte tanto no direito civil, como no penal e no biodireito.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)  
(Informativo 661, Plenário)

### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 13***

Lembrou posicionamento da Corte — o qual deveria permear a compreensão de vida como direito, e não como fato em todos os demais microssistemas do ordenamento jurídico — no sentido de que embrião fecundado *in vitro* não conformaria ser vivo no sentido do disposto no art 5º, *caput*, da CF, haja vista que, para ser vida cuja proteção interessasse ao direito, necessária a possibilidade de desenvolvimento de indivíduo com capacidades mínimas intrínsecas ao ser humano, não apenas possíveis condições biológicas. Acenou que a tendência do uso semântico do conceito de vida no direito relacionar-se-ia com as ideias de dignidade, viabilidade de desenvolvimento e presença de características mentais de percepção, interação, emoção, relacionamento, consciência e intersubjetividade, e não apenas atos reflexos e atividade referente ao desenvolvimento unicamente biológico. Nestes termos, concordou com o argumento de que o crime de aborto diria respeito à interrupção de vida em desenvolvimento e que a anencefalia não se compatibilizaria com as características que consubstanciariam a noção de vida para o direito. Igualmente, a proibição da antecipação do parto feriria a liberdade de escolha da gestante.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)  
(Informativo 661, Plenário)

### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 14***

Expressou que a tese da ausência de vontade do legislador para previsão da anencefalia como causa excludente da ilicitude não seria bom parâmetro hermenêutico para o caso. Evidenciou que, no direito contemporâneo, o processo legislativo seria muito complexo, a dificultar a aferição da vontade real do Legislativo e que seus documentos preparatórios nem sempre se mostrariam fontes seguras. Além disso, registrou que não seria rara a criação da lei de maneira ambígua e atécnica de forma proposital, a fim de que sua aprovação fosse politicamente viável, deixando-se a resolução das dúvidas futuras ao Judiciário. Também considerou que a Constituição determinaria os limites dessa vontade, de modo que a do legislador não poderia lhe ser contrária. Afastou a aplicação do precedente proferido no julgamento do RE 121336/CE (DJU de 26.6.92) à espécie, tendo em conta que não se trataria de vontade inconstitucional com atribuição de conteúdo para salvar o texto, mas de interpretação conforme a Constituição para mantê-lo e impedir que ele se estendesse a outra situação, que seria a anencefalia. No que diz respeito ao método da ponderação valorativa, recorreu à proporcionalidade em sentido estrito, pois as ações que preservariam os valores em concorrência para o caso concreto seriam necessárias e adequadas. Segundo esse princípio, que levaria à técnica da ponderação, impenderia estabelecer as razões argumentativas, que justificariam a restrição de abrangência de um princípio sobre outro, sempre com relação ao caso sob análise. Outrossim, referiu que não se avaliariam propriamente os valores em jogo, mas os argumentos esgrimidos.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)  
(Informativo 661, Plenário)

### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 15***

Comentou que haveria dúvida sobre aplicação da proteção à vida do feto anencéfalo, ao passo que inexistiria hesitação sobre os direitos fundamentais da gestante. Também não haveria certeza sobre a sustentabilidade da vontade do legislador sobre a inclusão da interrupção da gestação nessas circunstâncias como crime, porquanto: a) identificar essa faculdade empírica seria difícil; e b) não se trataria de interpretação do art. 128 do CP (que de finiria as excludentes de ilicitude), mas dos artigos 124 e 126, no tocante ao fato de a anencefalia estar ou não incluída no conteúdo do tipo aborto. Assim, a discussão fundar-se-ia a respeito e o conteúdo do tipo, e não sobre eventual existência de excludente. Por outro lado, reputou certo que a vontade do legislador sempre levaria em conta, nos casos de gestação, a vontade e a situação da mulher, o que se inferiria na diferenciação do grau de reprovabilidade das condutas que se relacionariam ao direito à vida. Ao sobrelevar a dificuldade de justificar a proteção do feto anencefálico por meio da criminalização da conduta da gestante, concluiu que a ponderação dos argumentos valorativos direcionaria a decisão em favor da mulher. Finalizou que o direito penal moderno

apresentar-se-ia como *ultima ratio*, de forma que deveria ser mínima a sua intervenção nas relações sociais, consoante seus preceitos de: a) idoneidade, a criminalização como meio útil para resolver o problema social; b) subsidiariedade, demonstração de inexistência de alternativas para a regulação da conduta indesejada; e c) racionalidade, comparação dos benefícios e dos custos sociais decorrentes da criminalização.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)  
(Informativo 661, Plenário)

#### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 16***

O Min. Luiz Fux reforçou que o bem jurídico em eminência seria exatamente a saúde física e mental da mulher, confrontada em face da desproporcionalidade da criminalização do aborto levado a efeito por gestante de feto anencefálico. Asseverou que essa ponderação de preceitos denominar-se-ia “*estado de necessidade justificante*”, conseqüentemente, o art. 128 do CP deveria receber releitura moral. Ademais, a lacuna normativa atual não deveria conduzir à incriminação da conduta, por configurar caso de recurso à equidade integrativa, a fim permitir o preenchimento da omissão legislativa com aquilo que teria dito o legislador se tivesse conhecido os dados aterrorizantes da gestação de feto anencefálico. A Min. Cármen Lúcia ressaltou que a questão discutida seria o direito à vida e à liberdade, considerada a possibilidade jurídica de grávida de feto anencéfalo escolher qual seria o melhor caminho a ser seguido, quer continuando, quer interrompendo a gravidez. Enfatizou o princípio constitucional da dignidade da vida e reportou-se ao direito à saúde. Aquilato que a dignidade do ser humano iria além da dignidade da pessoa. Esclareceu que o luto pelo qual a mãe passaria, na hipótese de optar pela antecipação do parto, seria luto e libertação. Aduziu que os direitos ora tratados deveriam ser avaliados sob o prisma de toda a família: feto, mãe, pai e irmãos. Arrematou que a interrupção da gravidez não seria criminalizável.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)  
(Informativo 661, Plenário)

#### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 17***

O Min. Ayres Britto frisou que a gestação de anencéfalo seria arremedo de gravidez, pela antecipada certeza de frustração do processo em que consistiria. Entendeu haver três acepções semânticas acerca dos dispositivos penais em comento: na primeira delas, a antecipação terapêutica do feto anencéfalo seria crime. Assim, para que a regra legal da pena passasse a incidir, seria suficiente a conduta dolosa com o intuito de impedir que o feto concluísse o ciclo de sua formação. No ponto, destacou ser estranho criminalizar a interrupção da gravidez sem a definição de início da vida, de que careceriam tanto a Constituição quanto o Código Penal. Por sua vez, na segunda inteligência, inexistiria o crime de aborto, visto que seu objeto seria natimorto cerebral, ser padecente de inviabilidade vital. Assim, “aborto” de anencéfalo seria coloquialismo, e não uso correto da linguagem jurídica, considerada a atipicidade da conduta. Por fim, a terceira interpretação exprimir-se-ia no juízo de que a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo seria fato típico, mas não configuraria prática de delito. Ocorre que o abalo psíquico e a dor moral da gestante seriam bens jurídicos a tutelar, para além da potencialidade de vida do feto. Ademais, sua gestação dificultaria sobremodo a gravidez. Assim, levar às últimas consequências esse martírio, contra a vontade da mulher, corresponderia a tortura. Concluiu, a partir da base plural de significados exposta, que o fato seria de atípico.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)  
(Informativo 661, Plenário)

#### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 18***

O Min. Gilmar Mendes realçou a importância da ADPF, como processo de índole objetiva, na instrumentalidade da proteção dos direitos fundamentais. Evidenciou a relevância do *amicus curiae* como fonte de informação para a Corte, além de cumprir função integradora importante no Estado de Direito, tendo em conta o caráter pluralista e aberto de sua admissão, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais. Nesse sentido, reputou não razoável a ausência, nesse julgamento, de algumas entidades que tentaram se habilitar como *amici curiae*. Teceu, ainda, comentários sobre o tratamento do aborto no direito comparado, e demonstrou que praticamente metade dos países membros da ONU reconheceriam a possibilidade de interrupção da gravidez no caso de anencefalia do feto. Sublinhou que, nessa listagem, encontrar-se-iam Estados com população de forte base religiosa. No tocante ao pedido ora formulado, afirmou que o aborto seria típico, visto que o feto anencéfalo poderia nascer com vida, ainda que breve. Ademais, entendeu inadequado tratar o fato como atípico, porquanto parte da sociedade defenderia a vida e a dignidade desses fetos. Rememorou que o princípio da dignidade

da pessoa humana também tutelaria o nascituro, pois o desenvolvimento da vida passaria pelo estágio fetal. Assim, atendeu a possibilidade de interpretar o aborto de anencéfalo a partir das opções legislativas já existentes acerca da isenção de punibilidade para o aborto em geral, previstas no CP, que transitariam entre o estado de necessidade e a inexigibilidade de conduta diversa. A respeito, consignou que a gestação de feto anencefálico representaria maior risco para a saúde da mãe do que uma gravidez comum, do ponto de vista físico, embora não atingida a gravidade requerida no art. 128, I, do CP. Por sua vez, a saúde psíquica da genitora também seria vulnerada, dado o sofrimento decorrente do diagnóstico da condição do feto. Nesse ponto, a proteção à incolumidade da gestante assemelhar-se-ia, em sua estrutura lógico-funcional, ao aborto de feto resultante de estupro, em que a intenção da norma seria proteger a integridade psicológica da mãe. Avaliou que seria plausível vislumbrar hipótese de causa supralegal de exclusão de ilicitude e/ou culpabilidade. Constatou que o aborto de anencéfalo estaria compreendido entre as duas causas excludentes de ilicitude previstas no CP, mas seria inimaginável para o legislador de 1940, pelas limitações tecnológicas existentes, incluir a hipótese no texto legal. Assim, esse fato poderia ser considerado omissão legislativa não condizente com o espírito do CP e incompatível com a Constituição.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)

(Informativo 661, Plenário)

### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 19***

O Min. Celso de Mello repisou que não se trataria de disputa entre Estado e Igreja, considerada a laicidade daquele. Assim, o direito não se submeteria à religião, embora a respeitasse. De igual modo, as autoridades incumbidas de aplicá-lo deveriam evitar a repercussão, sobre o processo de poder, de suas próprias convicções religiosas. Acentuou a indefinição de vida e de morte no texto constitucional, bem como nos diversos campos do saber humano. Verificou, entretanto, que a morte, para a legislação brasileira, no sentido jurídico, seria a cerebral. Discorreu sobre os avanços dos direitos das mulheres, como parte integral e indivisível dos direitos humanos universais. Em relação ao aborto de anencéfalos, reputou atípica a conduta, visto que, se nascessem, seriam natimortos cerebrais, ou seja, não haveria vida a ser tutelada pela norma penal. Por fim, os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello ficaram vencidos na medida em que acrescentavam, ao dispositivo da decisão prolatada pelo Colegiado, as seguintes condições de diagnóstico da anencefalia e de realização do procedimento cirúrgico de interrupção da gravidez: a) atestado subscreto por, no mínimo, 2 médicos especialistas; b) cirurgia realizada, sempre que possível, por médico distinto daqueles que produziram o diagnóstico; c) observância de período de 3 dias entre a data do diagnóstico da anencefalia e a da intervenção cirúrgica; e d) disponibilização, por parte do Poder Público, em favor de gestantes de menor poder aquisitivo, de acompanhamento psicológico, tanto antes quanto depois do procedimento cirúrgico.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)

(Informativo 661, Plenário)

### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 20***

Vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, Presidente, que julgavam o pedido improcedente. O Min. Ricardo Lewandowski sublinhava que o legislador infraconstitucional isentara de pena, excepcionalmente, o aborto, desde que praticado por médico, em duas hipóteses taxativamente definidas: no chamado “*aborto necessário*” e no denominado “*aborto sentimental*” (CP, art. 128, I e II). Reconhecia que, na hipótese de aborto necessário ou terapêutico, não seria legítimo o aborto eugenésico, ainda que provável ou até mesmo certo que a criança nascesse com deformidade ou enfermidade incurável. Assim, seria penalmente imputável o abortamento induzido de feto mal formado. Além disso, afastava o argumento de que, à época da promulgação do Código Penal ou de sua reforma não existiriam métodos científicos para detectar eventual degeneração fetal. Frisava que, caso desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, poderia ter alterado a legislação para incluir o aborto de fetos anencéfalos dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isentas de pena. No tocante à interpretação da lei conforme a Constituição, nos termos em que requerido, rememorava o princípio básico da conservação das normas — derivado da presunção de constitucionalidade destas —, segundo o qual seria desejável conferir às leis interpretação conforme a Constituição, sem declará-las inconstitucionais, considerada a vontade soberana do legislador. Asseverava, ademais, que quando a lei fosse clara não haveria espaço para interpretação, de modo que não seria dado ao intérprete afrontar sua expressão literal, a pretexto de extrair dela conteúdo em conformidade com o texto constitucional. Reputava caber ao STF apenas o papel de legislador negativo, para extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Constituição. Consignava que o Poder Legislativo, por sua vez, estaria dividido em relação ao tema — dada a existência de projetos de lei a seu respeito —, sem consenso até o momento.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)  
(Informativo 661, Plenário)

### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 21***

Registrava que a Organização Mundial de Saúde arrolaria diversas patologias fetais em que as chances de sobrevivência dos recém-nascidos seriam nulas ou muito pequenas. Ademais, anotava que anencefalia não corresponderia à ausência total do encéfalo, mas de parte dele, de forma que o nome mais correto para a doença seria meroencefalia. Assim, a isenção de pena relacionada ao aborto nesses casos seria discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, diante dos distintos aspectos que a deficiência poderia apresentar. Por outro lado, abriria as portas para a interrupção da gestação em inúmeros outros casos. Relembrava a existência de vários dispositivos infraconstitucionais em vigor a resguardar a vida intrauterina, de forma que a procedência do pedido aduzido nesta ADPF implicaria a inconstitucionalidade deles, a evitar lacunas no ordenamento. Trazia a lume a preocupação das autoridades médicas com o sofrimento dos fetos anencéfalos, os quais, não obstante dotados de sistema nervoso incompleto, sentiriam dor e reagiriam a estímulos externos. Aduzia que o Ministério da Saúde, ao discutir anencefalia e doação de órgãos, teria afirmado que toda a pessoa humana, indistintamente, deveria ser tratada como um fim em si mesma (CF, art. 3º, III), e que a retirada de tecidos do neonato anencéfalo para esse propósito deveria ser precedida de diagnóstico de parada cardíaca irreversível, sob pena de enquadramento nas cominações previstas na lei dos transplantes de órgãos.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)  
(Informativo 661, Plenário)

### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 22***

O Presidente considerava, primeiramente, que o caso seria distinto do referente às células-tronco embrionárias, em que se tratara do embrião excedente, que sequer fora implantado no útero e jamais viria a sê-lo. A ideia de vida humana estaria afastada daquela questão, pois ausente o fenômeno do processo vital que a caracterizaria. Destacava que todos os fetos anencéfalos, a menos que já estivessem mortos, seriam dotados de capacidade de movimento autógeno, vinculada ao processo contínuo da vida e regida pela lei natural que lhe seria imanente. Sintetizava que, se o anencéfalo morresse, ele só poderia fazê-lo por estar vivo. Enfatizava haver nítida diferença entre o aproveitamento científico-terapêutico de material genético congelado e qualquer hipótese de aborto. Esclarecia que a morte encefálica seria situação de prognóstico, de irreversibilidade em que não haveria sequer respiração espontânea, o que não seria a situação do anencéfalo. Lembrava que a audiência pública, realizada na Corte acerca do tema, produzira resultados contraditórios e, portanto, inaproveitáveis quanto à questão da existência de atividade e ondas cerebrais no anencéfalo. Consignava que a morte encefálica seria distinta da anencefalia, a qual integraria, ainda que brevemente, processo contínuo e progressivo da vida. Assim, sua evolução natural não poderia ser abreviada em nome de razões autorizadoras da extração de órgãos no caso de morte encefálica.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)  
(Informativo 661, Plenário)

### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 23***

Afastava a invocação dos princípios da autonomia da vontade, da liberdade pessoal e da legalidade como fatores de legitimação do aborto doloso de anencéfalo. Registrava que a conduta seria claramente banida pelo direito penal pátrio, e que bastaria, para a configuração do crime, a eliminação da vida, abstraída toda especulação quanto a sua viabilidade futura ou extrauterina. Não se poderia cogitar, sem contraste ostensivo com o ordenamento jurídico, de resguardo à autonomia da vontade, quando preordenada ao indisfarçável cometimento de delito. Frisava que a imposição de pena capital ao feto anencefálico atentaria contra a própria ideia de um mundo diverso e plural, defendida pelos partidários da arguente. Retirar-se-lhe-ia, também, a dignidade advinda de sua incontestável ascendência e natureza humanas. Considerava que essa discriminação não seria diferente do racismo, do sexismo e do especismo. Asseverava que o simples fato de o anencéfalo ter vida e pertencer à espécie humana garantir-lhe-ia, apesar da deficiência, proteção jurídica e constitucional. Reputava imprópria a remissão à liberdade de crença, bem como ao caráter laico do Estado, pois a hipótese seria de crime típico. Ressurtia que esse argumento, levado às últimas consequências, poderia repelir a tipicidade penal de sacrifícios humanos em cultos satânicos, por exemplo.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)  
(Informativo 661, Plenário)

#### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 24***

Acrescentava que a argumentação da autora poderia ser empregada para a defesa de assassinato de bebês anencéfalos recém-nascidos, já que apenas o momento da execução do ato seria distinto. Rememorava que tanto a vida intrauterina quanto extrauterina guardariam idêntico nível de dignidade constitucional. Destacava que, embora ainda sem personalidade civil, o nascituro seria investido pelo ordenamento, portanto sujeito de direito, não coisa ou objeto de direito alheio. Discorria sobre a punibilidade da eutanásia e afirmava que vislumbrar na ínfima possibilidade de sobrevida, na sua baixa qualidade ou na efêmera duração pressuposta, argumento racional para ceifá-la seria insustentável à luz da ordem constitucional. Esta asseguraria valor supremo à vida humana, a qual não poderia ser relativizada segundo critérios sempre arbitrários. Avaliava que falar-se em morte inevitável e certa seria pleonástico, dada sua certeza e inevitabilidade para todos. Desse modo, a duração da vida não poderia estar sujeita ao poder de disposição das demais pessoas. Articulava que seria evidente a vida do anencéfalo após o nascimento, inclusive, visto que, se vítima de alguma agressão, estaria configurado o crime correspondente, fosse homicídio, infanticídio, estupro, lesão corporal, dentre outros. Não haveria como legitimar, portanto, a prática de condutas semelhantes antes do parto.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)  
(Informativo 661, Plenário)

#### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 25***

Explanava a dificuldade técnico-científica de se detectar, com precisão absoluta, quais as hipóteses de anencefalia, de modo a diferenciá-los de outras afecções da mesma classe nosológica, das quais se distinguiria apenas por questão de grau. Nesse sentido, explicitava a impossibilidade de se apurar, com a segurança necessária, se dado caso seria de anencefalia, o que refletiria no prognóstico da viabilidade do feto fora do útero. Mencionava haver, portanto, dissensos irreconciliáveis no mundo científico, de maneira que seria imperioso proibir o aborto ainda naquelas situações. Versava que o sofrimento ao qual a gestante — de feto cuja possibilidade de sobrevida seria incerta — submeter-se-ia não seria equiparável à tortura. Isto porque de tortura só se poderia cogitar com seriedade quando sofrimento injusto e intencional pudesse ser esquivado de maneira compatível com o ordenamento jurídico. No caso de aborto como método para evitar ou encurtar o sofrimento, haveria crime sem previsão de excludente, além de violação ao direito à vida e à dignidade humana. Ademais, inexistiria inflicção proposital de sofrimento, este resultante de mero acaso biológico, que não seria justo nem injusto, portanto. A vida não poderia, assim, ser destruída para satisfazer sentimento de frustração e insuportabilidade personalíssima de uma dor, ainda que legítima, mas apenas humana. Expunha que no aborto justificado por estupro, por outro lado, a mulher engravidaria em decorrência de ação violenta e ilícita, imputável exclusivamente a outrem. Por conseguinte, se a ação criadora do feto anencefálico fosse espontânea e consentida, sua consequência não poderia ser interrompida sem expressa previsão legal.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)  
(Informativo 661, Plenário)

#### ***ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo - 26***

Negava que o argumento de perigo, para a gestante, na gravidez de feto anencefálico, fosse aplicável à espécie, porque todas as hipóteses de risco de vida à genitora já estariam sob o pálio do aborto terapêutico (CP, art. 128, I), o qual não abarcaria mero evento psíquico do sofrimento da mãe ou vaga possibilidade de complicações na gestação. Acrescia que toda gravidez implicaria risco teórico à saúde da mulher, e que eventual concretização desse perigo não legitimaria a realização de aborto. Julgava impertinente a ideia de que a prática do referido crime teria relação com o planejamento familiar e com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a quem, supostamente, dever-se-ia reconhecer autonomia para se livrar de gravidez incômoda ou dolorosa. Concluía não se poder invocar esses direitos para, egoisticamente, eliminar a vida de outrem.

[ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.\(ADPF-54\)](#)  
(Informativo 661, Plenário)

#### ***Políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas - 1***

O Plenário julgou improcedente pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada, pelo Partido Democratas - DEM, contra atos da Universidade de Brasília - UnB, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília - Cepe e do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília - Cespe, os quais instituíram sistema de reserva de 20% de vagas no processo de seleção para ingresso de estudantes, com base em critério étnico-racial. Preliminarmente,

admitiu-se o cabimento da ação, por inexistir outro meio hábil para sanar a lesividade questionada. Apontou-se entendimento da Corte no sentido de que a subsidiariedade da via eleita deveria ser confrontada com a existência, ou não, de instrumentos processuais alternativos capazes de oferecer provimento judicial com eficácia ampla, irrestrita e imediata para solucionar o caso. Articulou-se que, diante da natureza infralegal dos atos impugnados, a ação direta de inconstitucionalidade não seria medida idônea para o enfrentamento da controvérsia, tampouco qualquer das ações que comporiam o sistema de jurisdição constitucional abstrata. De igual modo, repeliu-se alegada conexão ante eventual identidade de causa de pedir entre esta ADPF e a ADI 2197/RJ. Ocorre que as ações de índole abstrata não tratariam de fatos concretos, razão pela qual nelas não se deveria, como regra, cogitar de conexão, dependência ou prevenção relativamente a outros processos ou julgadores. Ademais, avaliou-se que o tema relativo às ações afirmativas inserir-se-ia entre os clássicos do controle de constitucionalidade, e seria conveniente que a controvérsia fosse definitivamente resolvida pelo STF, para colocar fim a polêmica que já se arrastaria, sem solução, por várias décadas nas diversas instâncias jurisdicionais do país.

[ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25 e 26.4.2012. \(ADPF-186\)](#)

1ª parte  Audio

2ª parte  Audio

1ª parte  Video

2ª parte  Video

(Informativo 663, Plenário)

### ***Políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas - 2***

No mérito, explicitou-se a abrangência da matéria. Nesse sentido, comentou-se, inicialmente, sobre o princípio constitucional da igualdade, examinado em seu duplo aspecto: formal e material. Rememorou-se o art. 5º, *caput*, da CF, segundo o qual ao Estado não seria dado fazer qualquer distinção entre aqueles que se encontrariam sob seu abrigo. Frisou-se, entretanto, que o legislador constituinte não se restringira apenas a proclamar solenemente a igualdade de todos diante da lei. Ele teria buscado emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, para assegurar a igualdade material a todos os brasileiros e estrangeiros que viveriam no país, consideradas as diferenças existentes por motivos naturais, culturais, econômicos, sociais ou até mesmo acidentais. Além disso, atentaria especialmente para a desequilíbrio entre os distintos grupos sociais. Asseverou-se que, para efetivar a igualdade material, o Estado poderia lançar mão de políticas de cunho universalista — a abranger número indeterminado de indivíduos — mediante ações de natureza estrutural; ou de ações afirmativas — a atingir grupos sociais determinados — por meio da atribuição de certas vantagens, por tempo limitado, para permitir a suplantação de desigualdades ocasionadas por situações históricas particulares. Certificou-se que a adoção de políticas que levariam ao afastamento de perspectiva meramente formal do princípio da isonomia integraria o cerne do conceito de democracia. Anotou-se a superação de concepção estratificada da igualdade, outrora definida apenas como direito, sem que se cogitasse convertê-lo em possibilidade.

[ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25 e 26.4.2012. \(ADPF-186\)](#)

(Informativo 663, Plenário)

### ***Políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas - 3***

Reputou-se, entretanto, que esse desiderato somente seria alcançado por meio da denominada “*justiça distributiva*”, que permitiria a superação das desigualdades no mundo dos fatos, por meio de intervenção estatal que realocasse bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício de todos. Lembrou-se que o modelo constitucional pátrio incorporara diversos mecanismos institucionais para corrigir distorções resultantes da incidência meramente formal do princípio da igualdade. Sinalizou-se que, na espécie, a aplicação desse preceito consistiria em técnica de distribuição de justiça, com o objetivo de promover a inclusão social de grupos excluídos, especialmente daqueles que, historicamente, teriam sido compelidos a viver na periferia da sociedade. Em seguida, elucidou-se o conceito de ações afirmativas, que seriam medidas especiais e concretas para assegurar o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos, com o fito de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Explanaram-se as diversas modalidades de ações afirmativas empregadas em vários países: a) a consideração do critério de raça, gênero ou outro aspecto a caracterizar certo grupo minoritário para promover sua integração social; b) o afastamento de requisitos de antiguidade para a permanência ou promoção de membros de categorias socialmente dominantes em determinados ambientes profissionais; c) a definição de distritos eleitorais para o fortalecimento de minorias; e d) o estabelecimento de cotas ou a reserva de vagas para integrantes de setores

marginalizados. Ademais, expôs-se a origem histórica dessas políticas. Sublinhou-se que a Corte admitira, em outras oportunidades, a constitucionalidade delas.

[ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25 e 26.4.2012. \(ADPF-186\)](#)  
(Informativo 663, Plenário)

#### ***Políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas - 4***

Demonstrou-se que a Constituição estabeleceria que o ingresso no ensino superior seria ministrado com base nos seguintes princípios: a) igualdade de condições para acesso e permanência na escola; b) pluralismo de ideias; e c) gestão democrática do ensino público (art. 206, I, III e IV). Além disso, os níveis mais elevados do ensino, pesquisa e criação artística seriam alcançados segundo a capacidade de cada um (art. 208, V). Expressou-se que o constituinte teria buscado temperar o rigor da aferição do mérito dos candidatos que pretendessem acesso à universidade com o princípio da igualdade material. Assim, o mérito dos concorrentes que se encontrariam em situação de desvantagem com relação a outros, em virtude de suas condições sociais, não poderia ser aferido segundo ótica puramente linear. Mencionou-se que essas políticas não poderiam ser examinadas apenas sob o enfoque de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros. Deveriam, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assentaria o Estado, desconsiderados interesses contingenciais. Dessumiu-se que critérios objetivos de seleção, empregados de forma estratificada em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, acabariam por consolidar ou acirrar distorções existentes. Nesse aspecto, os espaços de poder político e social manter-se-iam inacessíveis aos grupos marginalizados, a perpetuar a elite dirigente, e a situação seria mais grave quando a concentração de privilégios afetasse a distribuição de recursos públicos. Evidenciou-se que a legitimidade dos requisitos empregados para seleção guardaria estreita correspondência com os objetivos sociais que se buscaria atingir. Assim, o acesso às universidades públicas deveria ser ponderado com os fins do Estado Democrático de Direito. Impenderia, também, levar em conta os postulados constitucionais que norteariam o ensino público (CF, artigos 205 e 207). Assentou-se que o escopo das instituições de ensino extrapolaria a mera transmissão e produção do conhecimento em benefício de poucos que lograssem transpor seus umbrais, por partirem de pontos de largada social ou economicamente privilegiados. Seria essencial, portanto, calibrar os critérios de seleção à universidade para que se pudesse dar concreção aos objetivos maiores colimados na Constituição. Nesse sentido, as aptidões dos candidatos deveriam ser aferidas de maneira a conjugar-se seu conhecimento técnico e sua criatividade intelectual ou artística com a capacidade potencial que ostentariam para intervir nos problemas sociais. Realçou-se que essa metodologia de seleção diferenciada poderia tomar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, para assegurar que a comunidade acadêmica e a sociedade fossem beneficiadas pelo pluralismo de ideias, um dos fundamentos do Estado brasileiro (CF, art. 1º, V). Partir-se-ia da premissa de que o princípio da igualdade não poderia ser aplicado abstratamente, pois procederia a escolhas voltadas à concretização da justiça social, de modo a distribuir mais equitativamente os recursos públicos.

[ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25 e 26.4.2012. \(ADPF-186\)](#)  
(Informativo 663, Plenário)

#### ***Políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas - 5***

Confrontou-se a inexistência, cientificamente comprovada, do conceito biológico ou genético de raça, com a utilização do critério étnico-racial para fins de qualquer espécie de seleção de pessoas. Sublinhou-se que a Corte, nos autos do HC 82424 QO/RS (DJU de 19.3.2004), debatera o significado jurídico do termo “*racismo*” (CF, art. 5º, XLII) e afastara o conceito biológico, porquanto histórico-cultural, artificialmente construído para justificar a discriminação ou a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos, maliciosamente reputados inferiores. Ressurtiu-se que, se o constituinte de 1988 qualificara de inafiançável o crime de racismo, com o escopo de impedir a discriminação negativa de determinados grupos, seria possível empregar a mesma lógica para autorizar a utilização estatal da discriminação positiva, com vistas a estimular a inclusão social de grupos excluídos. Explicou-se que, para as sociedades contemporâneas que passaram pela experiência da escravidão, repressão e preconceito, ensejadora de percepção depreciativa de raça com relação aos grupos tradicionalmente subjugados, a garantia jurídica de igualdade formal sublimaria as diferenças entre as pessoas, de modo a perpetrar as desigualdades de fato existentes. Reportou-se que o reduzido número de negros e pardos detentores de cargos ou funções de relevo na sociedade resultaria da discriminação histórica que as sucessivas gerações dos pertencentes a esses grupos teriam sofrido, ainda que de forma implícita. Os programas de ação afirmativa seriam, então, forma de compensar essa discriminação culturalmente arraigada. Nessa linha de raciocínio, destacou-se outro resultado importante dessas políticas: a criação de

lideranças entre os grupos discriminados, capazes de lutar pela defesa de seus direitos, além de servirem como paradigmas de integração e ascensão social. Como resultado desse quadro, registrou-se o surgimento de programas de reconhecimento e valorização de grupos étnicos e culturais. Ressaiu-se que, hodiernamente, justiça social significaria distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade valores culturais diversificados. Esse modo de pensar revelaria a insuficiência da utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração de grupos marginalizados, e impondria incorporar-se nas ações afirmativas considerações de ordem étnica e racial. Salientou-se o seu papel simbólico e psicológico, em contrapartida à histórica discriminação de negros e pardos, que teria gerado, ao longo do tempo, a perpetuação de consciência de inferioridade e de conformidade com a falta de perspectiva, tanto sobre os segregados como para os que contribuiriam para sua exclusão.

[ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25 e 26.4.2012. \(ADPF-186\)](#)  
(Informativo 663, Plenário)

### ***Políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas - 6***

Discorreu-se sobre o papel integrador da universidade e os benefícios das ações afirmativas, que atingiriam não apenas o estudante que ingressara no sistema por intermédio das reservas de vagas, como também todo o meio acadêmico, dada a oportunidade de conviver com o diferente. Acrescentou-se que esse ambiente seria ideal para a desmistificação dos preconceitos sociais e para a construção de consciência coletiva plural e culturalmente heterogênea. A corroborar essas assertivas, assinalaram-se diversas ações afirmativas desenvolvidas a respeito do tema nos EUA. Examinou-se, também, a adequação dos instrumentos utilizados para a efetivação das políticas de ação afirmativa com a Constituição. Reconheceu-se que as universidades adotariam duas formas distintas de identificação do componente étnico-racial: autoidentificação e heteroidentificação. Declarou-se que ambos os sistemas, separados ou combinados, desde que jamais deixassem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos, seriam aceitáveis pelo texto constitucional. Por sua vez, no que toca à reserva de vagas ou ao estabelecimento de cotas, entendeu-se que a primeira não seria estranha à Constituição, nos termos do art. 37, VIII. Afirmou-se, de igual maneira, que as políticas de ação afirmativa não configurariam meras concessões do Estado, mas deveres extraídos dos princípios constitucionais. Assim, as cotas encontrariam amparo na Constituição.

[ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25 e 26.4.2012. \(ADPF-186\)](#)  
(Informativo 663, Plenário)

### ***Políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas - 7***

Ressaltou-se a natureza transitória dos programas de ação afirmativa, já que as desigualdades entre brancos e negros decorreriam de séculos de dominação econômica, política e social dos primeiros sobre os segundos. Dessa forma, na medida em que essas distorções históricas fossem corrigidas, não haveria razão para a subsistência dos programas de ingresso nas universidades públicas. Se eles ainda assim permanecessem, poderiam converter-se em benesses permanentes, em detrimento da coletividade e da democracia. Consignou-se que, no caso da UnB, o critério da temporariedade fora cumprido, pois o programa de ações afirmativas lá instituído estabelecera a necessidade de sua reavaliação após o transcurso de dez anos. Por fim, no que concerne à proporcionalidade entre os meios e os fins colimados nessas políticas, considerou-se que a reserva de 20% das vagas, na UnB, para estudantes negros, e de um pequeno número delas para índios, pelo prazo de citado, constituiria providência adequada e proporcional a atingir os mencionados desideratos.

[ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25 e 26.4.2012. \(ADPF-186\)](#)  
(Informativo 663, Plenário)

### ***Políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas - 8***

O Min. Luiz Fux ratificou que as ações afirmativas seriam políticas eficazes de distribuição e de reconhecimento, porquanto destinadas a fornecer espécies limitadas de tratamento preferencial para pessoas de certos grupos raciais, étnicos e sociais, que tivessem sido vítimas de discriminação de longa data. Clarificou que a igualdade não se efetivaria apenas com a vedação da discriminação, senão com a igualdade para além da formal, ou seja, a isonomia real como *ultima ratio*, a atender aos reclamos do não preconceito e da proibição ao racismo como cláusulas pétreas constitucionais. Aquilato que o direito à diferença reivindicaria implementação ética da igualdade material, escopo que não se alcançaria tão somente com promessas legais abstratas, as quais não se coadunariam com a moderna percepção da efetividade das normas constitucionais. Neste passo, qualificou as cotas em questão como instrumento de transformação social. Preconizou que a construção de sociedade justa e solidária imporia a toda a coletividade a reparação de danos pretéritos, a adimplir obrigações morais e jurídicas. Aduziu que todos

os objetivos do art. 3º da CF, que prometeriam a construção de sociedade justa e solidária, traduzir-se-iam na mudança para se alcançar a realização do valor supremo da igualdade, a fundamentar o Estado Democrático de Direito constituído. Reputou paradoxal a dificuldade de alunos de colégios públicos chegarem às universidades públicas, as quais seriam compostas, na maioria, por estudantes egressos de escolas particulares. Acresceu que a política das cotas atenderia, à sociedade, o princípio da proporcionalidade, na medida em que erigiria a classificação racial benigna, a qual não se compararia com discriminações. Explanou que aquela visaria fins sociais louváveis, ao passo que as últimas teriam cunho odioso e segregacionista.

[ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25 e 26.4.2012. \(ADPF-186\)](#)  
(Informativo 663, Plenário)

#### ***Políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas - 9***

Assentou que as políticas públicas implementadas pelas universidades em nada violariam o princípio da reserva legal. Elas não surgiriam de vácuo, mas teriam fulcro na Constituição, na legislação federal e em atos administrativos (atos normativos e secundários). Nesse sentido, citou normas criadas com essa finalidade: a) a Lei 9.394/96, que estabelece Diretrizes e Bases para a Educação; b) a Lei 10.172/2001, que aprova o Plano Nacional de Educação, a qual teria disposto que o ensino superior deveria criar políticas que facilitassem às minorias vítimas de discriminação o acesso à educação superior por meio de programas de compensação de deficiências de sua formação escolar anterior; c) a Lei 10.558/2002, que estatui o Programa de Diversidade na Universidade, ao definir como objetivo implementar e avaliar estratégias para promoção do acesso ao ensino superior; d) a Lei 10.678/2003, que cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção de Igualdade Racial; e) a Lei 12.288/2010, que institui o Ordenamento da Igualdade Racial, ao estipular que, no âmbito do direito à educação, a população afrodescendente deverá receber do Poder Público programas de ação afirmativa; e f) a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, internalizada no ordenamento pátrio pelo Decreto 65.810/69. Por fim, relembrou orientação da Corte no sentido de que o STF não defenderia essa ou aquela raça, mas a raça humana.

[ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25 e 26.4.2012. \(ADPF-186\)](#)  
(Informativo 663, Plenário)

#### ***Políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas - 10***

A Min. Rosa Weber acrescentou que igualdade formal seria presumida, a desprezar processos sociais concretos de formação de dessemelhanças. Avaliou que as possibilidades de ação, escolha de vida, visões de mundo, chances econômicas, manifestações individuais ou coletivas específicas seriam muito mais restritas para aqueles que, sob a presunção da igualdade, não teriam suas condições particulares consideradas. Nesse caso, assentou necessárias intervenções do Estado por meio de ações afirmativas, a fim de que se corrigisse a desigualdade concreta, de modo que a igualdade formal voltasse a ter seu papel benéfico. Ademais, ponderou que, ainda que se admitisse a tese de que a quase ausência de negros no ensino superior e nos postos mais altos do mercado de trabalho e da vida social brasileira não se daria em razão de recusa consciente pela cor, a disparidade social seria flagrante. Colacionou o dado de que, dentre a parcela de 10% da população brasileira mais pobre, 75% seria composta por pretos e pardos. Quanto ao princípio da proporcionalidade, aduziu que o modelo não o feriria, haja vista que o fato de certa política pública correr o risco de ser ineficaz não indicaria motivo para considerá-la inadequada *prima facie*. Além disso, as universidades teriam conseguido realizar de forma convincente seus objetivos com as cotas, de sorte a aumentar o contingente de negros na vida acadêmica, mantê-los nos seus cursos, capacitá-los para disputarem as melhores chances referentes às suas escolhas de vida.

[ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25 e 26.4.2012. \(ADPF-186\)](#)  
(Informativo 663, Plenário)

#### ***Políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas - 11***

Não vislumbrou violação ao subprincípio da necessidade, porquanto a política de cotas seria imediata e temporária, bem como tenderia a desaparecer à medida que as discrepâncias sociais fossem diminuídas. Lembrou não haver ofensa a qualquer direito subjetivo à ocupação de vagas do ensino superior pelo mérito aferido na classificação do vestibular pura e simplesmente. Isso porque a universalização do ensino diria respeito ao fundamental e ao médio. Explicou que, se assim não fosse, não faria sentido condicionar meritariamente o acesso ao nível superior, pelo que não haveria direito subjetivo a cursar faculdade, muito menos pública (CF, art. 208, V). Ressaltou, então, existir espaço livre para realização de políticas públicas de inclusão social que não violassem os princípios básicos de cunho individual e coletivo, bem como aqueles que tivessem liame com o ensino superior. Destacou inexistir

afronta a critério de mérito, porque os concorrentes à vaga de cotista submeter-se-iam a nota de corte. Além disso, as vagas remanescentes poderiam ser redirecionadas para os demais candidatos aprovados e não classificados. Realçou que as cotas possuiriam 3 tarefas: a) acesso ao ensino superior do grupo representativo não encontrado de maneira significativa; b) compreensão melhor da realidade brasileira e das suas condições de mudança; e c) transformação dos meios sociais em que inseridas as universidades, com fito de propiciar mais chances a quem essa realidade fora negada.

[ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25 e 26.4.2012. \(ADPF-186\)](#)  
(Informativo 663, Plenário)

### ***Políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas - 12***

A Min. Cármen Lúcia anotou que a Constituição partiria da igualdade estática para o processo dinâmico da igualação. Enfatizou a responsabilidade social e estatal de que o princípio da igualdade dinâmica fosse cumprido objetivamente. Expressou que o sentimento de inferioridade em razão de falta de oportunidades comuns não poderia ser ignorado socialmente, visto que fragilizaria grande parte de pessoas desprovidas de autorrespeito e dignidade. Aludiu que as ações afirmativas seriam etapa diante de quadro em que a igualdade e a liberdade de ser diferente ainda não teriam ocorrido de forma natural. Neste contexto, consignou que a função social da universidade seria propiciar os valores necessários aos menos aquinhoados historicamente com oportunidades, a fim de que os princípios constitucionais fossem efetivados. Arrematou que as políticas compensatórias deveriam ser acompanhadas de outras providências com a finalidade de não reforçar o preconceito.

[ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25 e 26.4.2012. \(ADPF-186\)](#)  
(Informativo 663, Plenário)

### ***Políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas - 13***

O Min Joaquim Barbosa definiu a discriminação como componente indissociável do relacionamento entre os seres humanos. Salientou estar em jogo, em certa medida, competição, espectro que germinaria em todas as sociedades. Nestes termos, estatuiu que, quanto mais intensa a discriminação e mais poderosos os mecanismos inerciais a impedir o seu combate, mais ampla a clivagem entre o discriminador e o discriminado. Esclareceu que, aos esforços de uns, em prol da concretização da igualdade, se contraporiam os interesses de outros no *status quo*. Seria natural que as ações afirmativas sofressem os influxos das forças antagônicas e que atraíssem considerável resistência, sobretudo da parte daqueles que, historicamente, se beneficiaram da discriminação dos grupos minoritários. No ponto, frisou que as ações afirmativas definir-se-iam como políticas públicas voltadas à concretização do princípio da igualdade material e da neutralização dos efeitos perversos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Apontou que a igualdade deixaria de ser princípio jurídico a ser respeitado por todos e passaria a se consubstanciar objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade. Ressaltou haver, no direito comparado, vários casos de ação afirmativa desenhadas pelo Poder Judiciário — naquelas circunstâncias em que a ele não restaria outra alternativa senão determinar medidas cabíveis. Aduziu que, impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades privadas, essas providências visariam combater não apenas discriminação flagrante, mas também aquela de fato, de fundo cultural, estrutural, como a brasileira, arraigada de tal forma na sociedade que as pessoas sequer a perceberiam. Afirmou que constituiriam a mais eloquente manifestação da ideia de Estado diligente, daquele que tomaria iniciativa, que não acreditaria na força invisível do mercado. Reputou que se trataria de mecanismo sócio-jurídico destinado a viabilizar, primordialmente, harmonia e paz social — que, mais cedo ou mais tarde, ver-se-ia seriamente perturbada quando um grupo social expressivo estivesse eternamente à margem do processo produtivo e dos benefícios do progresso. Registrou que essas ações objetivariam robustecer o desenvolvimento econômico do país, à proporção que a universalização do acesso à educação e ao mercado econômico teria, como consequência inexorável, o crescimento macroeconômico, a ampliação generalizada dos negócios, ou seja, o crescimento do país como um todo. Sobrelevou que a história universal não registraria, na era contemporânea, nenhum exemplo de nação que tivesse se erguido, de condição periférica à de potência econômica e política, digna de respeito, na cena internacional, quando mantenedora, no plano doméstico, de política de exclusão, fosse ela aberta ou dissimulada, legal ou meramente estrutural ou histórica, em relação a parcela expressiva de sua população.

[ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25 e 26.4.2012. \(ADPF-186\)](#)  
(Informativo 663, Plenário)

### ***Políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas - 14***

O Min. Cezar Peluso destacou o déficit educacional e cultural da etnia negra, em virtude das graves e conhecidas barreiras institucionais de seu acesso a esses bens. Sobressaiu que o acesso à educação seria meio necessário e indispensável para a fruição de desenvolvimento social e econômico. Frisou o dever ético e jurídico de o Estado e a sociedade promoverem a solidariedade e o bem de todos sem preconceito racial e erradicarem a marginalização. Julgou que a política de ação afirmativa em comento seria experimento realizado pelo Estado, cujo sucesso poderia, ao longo do tempo, ser controlado e aperfeiçoado. Afastou o argumento no sentido de que as cotas seriam discriminatórias, visto que ignoraria as próprias discriminações, formuladas pela Constituição, na tutela desses grupos atingidos por alguma espécie de vulnerabilidade sócio-política. Ademais, rechaçou a tese de que, após a obtenção do diploma, seria reproduzida a discriminação em desfavor dos negros. Afirmou que o diploma garantiria o patrimônio educacional dessas pessoas e que essa vantagem compensaria a possibilidade de alguma reprovação pós-universidade. Repudiou, de igual modo, a ausência de distinção por etnia, pois a discriminação negativa seria fenômeno humano, ligado às diferenças fenotípicas, e irracional, como todo preconceito. Quanto à questão do mérito pessoal, supostamente deixado de lado, disse que essa alegação ignoraria os obstáculos historicamente opostos aos esforços dos grupos marginalizados e cuja superação não dependeria das vítimas da marginalização, mas de terceiros. Salientou que o merecimento seria critério justo, porém apenas em relação aos candidatos que tivessem oportunidades idênticas ou assemelhadas. No que concerne ao suposto incentivo ao racismo que as cotas proporcionariam, lembrou que a experiência, até o momento, demonstraria a inoportunidade desse fenômeno ou a sua manifestação em escala irrelevante. Por fim, observou que o critério racial deveria ser aliado ao socioeconômico. Apontou, também, que seria contraditório considerar elementos genotípicos — se fosse esse o critério adotado pela comissão encarregada de apurar os destinatários das cotas — para permitir a entrada na universidade de quem, pelas características fenotípicas, nunca fora discriminado.

[ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25 e 26.4.2012. \(ADPF-186\)](#)  
(Informativo 663, Plenário)

#### ***Políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas - 15***

O Min. Gilmar Mendes consignou que o projeto da UnB seria pioneiro dentre as universidades federais e, por isso, suscetível de questionamentos e aperfeiçoamentos. Destacou que, no modelo da mencionada universidade, ter-se-ia utilizado de critério exclusivamente racial, ausente em relação ao Prouni, por exemplo, em que, a despeito de se embasar na questão da raça, também teria em conta a hipossuficiência do estudante. Desse modo, embora a forma adotada por aquela instituição de ensino fosse autodesignativa por parte do candidato, ter-se-ia criado verdadeiro tribunal racial, longe de ser infalível e suscetível de distorções eventualmente involuntárias, por operar com quase nenhuma transparência. Enfatizou que a modalidade escolhida teria a temporalidade como sua característica e deveria vir seguida de um relatório — um acompanhamento *pari passu* do resultado, ou seja, qual seria o efeito da política pública em relação ao objetivo que se pretenderia. A diminuta presença de negros nas universidades decorreria do contexto histórico escravocrata brasileiro e da má qualidade das escolas públicas, porém, não se poderia dizer que a fórmula estaria na melhoria das escolas públicas, sob pena de se comprometer gerações que estariam na fase de transição desses estabelecimentos de ensino para o vestibular. Ressurtiu que, nesse compasso, a população negra, historicamente mais débil economicamente, não lograria condições de pagar a perversidade do sistema, que se faria mais cruel ao não permitir discussão sobre alguma forma de financiamento. Ressaltou ser notória a presença, nas universidades federais, daqueles que, em princípio, passaram pela escola privada. Concluiu necessária a revisão do parâmetro estabelecido.

[ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25 e 26.4.2012. \(ADPF-186\)](#)  
(Informativo 663, Plenário)

#### ***Políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas - 16***

O Min. Marco Aurélio entendeu harmônica com a Constituição e com os direitos fundamentais nela previstos a adoção temporária e proporcional do sistema de cotas para ingresso em universidades públicas, considerados brancos e negros. Extraiu, do art. 3º da CF, base suficiente para acolher ações afirmativas, maneira de corrigir desigualdades a favor dos discriminados. Esclareceu que os objetivos fundamentais da República consubstanciariam posturas dinâmicas, as quais implicariam mudança de óptica. Realçou que os princípios constitucionais teriam tríplice função: a) a informativa, junto ao legislador ordinário; b) a normativa, para a sociedade como um todo; e c) a interpretativa, tendo em conta os operadores do Direito. Destacou que nem a passagem do tempo, nem o valor “*segurança jurídica*” suplantariam a ênfase dada pelo legislador constituinte ao crime racial (CF, art. 5º, XLII). Anotou que as normas proibitivas não seriam suficientes para afastar a discriminação do cenário social e, no ponto, fez

apelo ao Congresso Nacional para que houvesse normas integrativas. Enumerou como exemplos de ação afirmativa na Constituição: a) a proteção de mercado quanto à mulher (art. 7º, XX); b) a reserva de vaga nos concursos públicos para deficientes (art. 37, III); e c) o tratamento preferencial para empresas de pequeno porte e à criança e ao adolescente (artigos 170 e 227, respectivamente). Assim, revelou que a prática das ações afirmativas pelas universidades públicas brasileiras denotaria possibilidade latente nos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria. Avaliou que a implementação por deliberação administrativa decorreria do princípio da supremacia da Carta Federal e também da previsão, presente no artigo 207, *caput*, dela constante, da autonomia universitária. Aduziu que o Supremo, em visão evolutiva, já teria reconhecido a possibilidade de incidência direta da Constituição nas relações calcadas pelo direito administrativo.

[ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25 e 26.4.2012. \(ADPF-186\)](#)  
(Informativo 663, Plenário)

### ***Políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas - 17***

Mencionou, ainda, que a definição dos critérios de admissão no vestibular disciplinar-se-ia pelo edital, de acordo com os artigos 44, II, e parágrafo único, e 53, *caput*, da Lei 9.394/97. Assinalou que a adoção de políticas de ação afirmativa em favor de negros e de outras minorias no Brasil não teria gerado o denominado “Estado racializado”, como sustentara o arguente. A respeito, observou que seriam mais de dez anos da prática sem registro de qualquer episódio sério de tensão ou conflito racial no Brasil que pudesse ser associado a essas medidas. Versou que o art. 208, V, da CF deveria ser interpretado de modo harmônico com os demais preceitos constitucionais, de sorte que a cláusula “segundo a capacidade de cada um” somente poderia referir-se à igualdade plena, tendo em vista a vida pregressa e as oportunidades que a sociedade oferecera às pessoas. No ponto, ressaltou que a meritocracia sem “igualdade de pontos de partida” seria apenas forma velada de aristocracia. Apesar de reputar relevante a alegação de que o sistema de verificação de cotas conduziria à prática de arbitrariedades pelas comissões de avaliação, rechaçou-a. Explicou que essa assertiva não consubstanciaria argumento definitivo contra a adoção da política de cotas. Ocorre que, na aplicação do sistema, as distorções poderiam acontecer, mas se deveria presumir que as autoridades públicas pautar-se-iam por critérios razoavelmente objetivos. Ademais, registrou que descaberia supor o extraordinário, a fraude, a má-fé, para tentar deslegitimar-se a política. Alfim, sobrelevou que somente existiria a supremacia da Constituição quando, à luz desse diploma, vingar-se a igualdade. Concluiu que a ação afirmativa evidenciaria o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica.

[ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25 e 26.4.2012. \(ADPF-186\)](#)  
(Informativo 663, Plenário)

### ***Políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas - 18***

Em acréscimo, o Min. Celso de Mello assinalou que o presente tema deveria ser apreciado não apenas sob a estrita dimensão jurídico-constitucional, mas, também, sob perspectiva moral, pois o racismo e as práticas discriminatórias representariam grave questão de índole moral com que defrontada qualquer sociedade, notadamente, as livres e fundadas em bases democráticas. Considerou que o ato adversado seria harmônico com o texto constitucional e com os compromissos que o Brasil assumira na esfera internacional, a exemplo da Conferência de Durban; da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana; dos Pactos Internacionais sobre os Direitos Civis, Políticos Econômicos, Sociais e Culturais; da Declaração e do Programa da Ação de Viena. Destacou que os deveres irrenunciáveis emanados desses instrumentos internacionais incidiriam de modo pleno sobre o Estado brasileiro e impor-lhe-iam execução responsável em favor da defesa e da proteção da integridade de todas as pessoas, em especial, dos grupos vulneráveis que sofreriam a perversidade de injustas discriminações em virtude de sua origem étnico-racial. No ponto, registrou que o conceito de minoria não seria apenas numérico, mas, ao revés, apoiar-se-ia na noção de vulnerabilidade, como nas discriminações de gênero.

[ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25 e 26.4.2012. \(ADPF-186\)](#)  
(Informativo 663, Plenário)

### ***Políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas - 19***

Afirmou, outrossim, que o desafio do país seria a efetivação concreta, no plano das realizações materiais, daqueles deveres internacionalmente assumidos. Por outro lado, frisou que, pelo exercício da função contramajoritária — decorrente, muitas vezes, da prática moderada de ativismo judicial —, dar-se-ia consequência à própria noção material de democracia constitucional. Consignou que as políticas públicas poderiam ser pautadas por outros meios que não necessariamente pelo modelo institucional de

ações afirmativas, caracterizadas como instrumentos de implementação de mecanismos compensatórios — e temporários — destinados a dar sentido aos próprios objetivos de realização plena da igualdade material. Por fim, o Min. Ayres Britto, Presidente, repisou a preocupação do texto constitucional, em seu preâmbulo, com o bem estar e, assim, com distribuição de riqueza, patrimônio e renda. Reputou que o princípio da igualdade teria sido criado especialmente para os desfavorecidos e que a Constituição proibira o preconceito. Como forma de instrumentalizar essa vedação, fomentara as ações afirmativas, a exigir do Estado o dispêndio de recursos para encurtar distâncias sociais e promover os desfavorecidos.

[ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25 e 26.4.2012. \(ADPF-186\)](#)

(Informativo 663, Plenário)

## Precatório

### ***Precatório: ação plúrima e art. 87 do ADCT***

A 1ª Turma negou provimento a recurso extraordinário no qual a fazenda pública sustentava a necessidade de expedição de precatório ao argumento de que a soma dos créditos dos litisconsortes ativos facultativos ultrapassaria o limite previsto no art. 87 do ADCT. Reputou-se não caber a junção dos créditos de pessoas diferentes contemplados no título para expedir-se o precatório, sob pena de desestimular-se a propositura de ação plúrima, o que sobrecarregaria, ainda mais, o Poder Judiciário. Ademais, asseverou-se que cada obrigação contida no título judicial, considerada individualmente, não ultrapassaria o aludido limite.

[RE 634707/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 17.4.2012. \(RE-634707\)](#)

(Informativo 662, 1ª Turma)

## Princípios e Garantias Constitucionais

### ***Quebra de sigilo bancário e TCU***

O TCU não detém legitimidade para requisitar diretamente informações que importem quebra de sigilo bancário. Ao reafirmar essa orientação, a 2ª Turma concedeu mandado de segurança a fim de cassar a decisão daquele órgão, que determinara à instituição bancária e ao seu presidente a apresentação de demonstrativos e registros contábeis relativos a aplicações em depósitos interfinanceiros. Entendeu-se que, por mais relevantes que fossem suas funções institucionais, o TCU não estaria incluído no rol dos que poderiam ordenar a quebra de sigilo bancário (Lei 4.595/64, art. 38 e LC 105/2001, art. 13). Aludiu-se que ambas as normas implicariam restrição a direito fundamental (CF, art. 5º, X: “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”), logo, deveriam ser interpretadas restritivamente. Precedente citado: MS 22801/DF (DJe de 14.3.2008).

[MS 22934/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 17.4.2012. \(MS-22934\)](#)

(Informativo 662, 2ª Turma)

## DIREITO PENAL

### Penas

### ***Tráfico de drogas e dosimetria da pena***

Ante empate na votação, a 1ª Turma deferiu *habeas corpus* para que magistrado apreciasse a percentagem de causa de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, a condenado pela prática de tráfico de drogas. Alegava-se que as instâncias ordinárias ter-se-iam fundamentado em presunções quanto às suas ligações com a criminalidade. Consideraram-se a menoridade do paciente, a ausência de registro de antecedentes e a aplicação da pena básica no mínimo legal. Asseverou-se não haver na sentença, nem no acórdão, qualquer dado concreto que mostrasse a integração do paciente a grupo criminoso. Destacou-se que a circunstância de ele ter sido surpreendido com a droga revelaria o tráfico, mas não a integração à atividade em si, como contido no preceito, atividade criminosa com potencial maior. Os Ministros Luiz Fux, relator, e Min. Rosa Weber denegavam a ordem por entenderem que a mercancia de drogas, pelo réu, em lugar conhecido pelo comércio clandestino de entorpecente, por si só, constituiria prova robusta de sua participação na atividade criminosa. Aduziam que o tribunal de origem teria procedido a irrepreensível atividade intelectual, porquanto a apreensão de grande quantidade de droga seria fato que permitiria concluir, mediante raciocínio dedutivo, pela sua dedicação ao tráfico.

[HC 108280/SP, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 10.4.2012. \(HC-108280\)](#)

(Informativo 661, 1ª Turma)

### **“Mula” e causa de diminuição de pena - 2**

Em conclusão de julgamento, a 2ª Turma, por maioria, denegou *habeas corpus* em que pretendida a aplicação, em favor de condenada por tráfico de entorpecentes pelo transporte de 951 g de cocaína, a causa de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. No caso, as instâncias de origem, embora tivessem reconhecido que a ré seria primária, com bons antecedentes e que não se dedicaria à atividade criminosa, concluíram que, de fato, ela integraria organização criminosa e, portanto, não teria jus à citada causa de diminuição — v. Informativo 618. Considerou-se que o tráfico internacional não existiria sem o transporte da droga pelas chamadas “mulas”. O Min. Gilmar Mendes ressaltou que a “mula”, de fato, integraria a organização criminosa, na medida em que seu trabalho seria condição *sine qua non* para a narcotraficância internacional. Pressupunha, assim, que toda organização criminosa estruturar-se-ia a partir de divisão de tarefas que objetivasse um fim comum. Assim, inegável que esta tarefa de transporte estaria inserida nesse contexto como essencial. Além disso, asseverou que o legislador não teria intenção de dispensar tratamento menos rigoroso ao “traficante mula” ou, ainda, a outros com “participação de menor importância” e não diretamente ligados ao núcleo da organização. Se esse fosse o propósito, certamente consubstanciaría elementar do tipo. Ter-se-ia, então, um tipo penal derivado. Vencido o Min. Ayres Britto, relator, que deferia a ordem.

[HC 101265/SP, rel. orig. Min. Ayres Britto, red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 10.4.2012. \(HC-101265\)](#)

(Informativo 661, 2ª Turma)

### **Receptação de bens da ECT e majoração da pena**

No delito de receptação, os bens de empresa pública recebem o mesmo tratamento que os da União e, por isso, cabível a majoração da pena ao crime contra ela praticado. Com base nesse entendimento, a 1ª Turma indeferiu *habeas corpus* impetrado em favor de denunciado pela suposta prática do crime de receptação dolosa de bem de propriedade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Asseverou-se que, nos termos da jurisprudência do STF, a mencionada empresa pública — prestadora de serviços públicos — equiparar-se-ia à fazenda pública e seus bens sujeitar-se-iam às mesmas regras estabelecidas aos da União. Destacou-se que o § 6º do art. 180 do CP (“*Tratando-se de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, a pena prevista no caput deste artigo aplica-se em dobro*”) disporia sobre a incidência de majorante ao crime de estelionato e, nesse rol, estaria incluída a ECT. Por isso, não houvera interpretação extensiva da norma, tampouco qualquer exacerbação a desafiar o *writ*.

[HC 105542/RS, rel. Min. Rosa Weber, 17.4.2012. \(HC-105542\)](#)

(Informativo 662, 1ª Turma)

### **Lei 11.343/2006 e regime inicial fechado**

A ausência de pronunciamento definitivo por parte do Pleno do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade, ou não, do início de cumprimento da pena em regime fechado no crime de tráfico de drogas praticado na vigência da Lei 11.464/2007 não permite fixação de regime inicial diverso. Essa a conclusão da Turma ao indeferir *habeas corpus* em que sustentado o preenchimento dos requisitos do art. 33, § 2º, c, do CP. Rejeitou-se, também, proposta, formulada pelo Min. Marco Aurélio, no sentido da remessa do feito ao Plenário. Salientou-se que a matéria estaria pendente de apreciação pelo referido órgão, no HC 101284/MG, a ele afetado por este órgão fracionário, de modo a impedir este último de afastar a vedação legal na espécie. Aduziu-se que, caso a ordem fosse concedida, não haveria óbice a que a defensoria impetrasse outro *writ* ou que, perante o juízo da execução, requeresse o afastamento do art. 44 da Lei 11.343/2006. Vencido o suscitante, ao fundamento de caber ao Plenário analisar a harmonia, ou não, da Lei 8.072/90 com a Constituição, no que vedaria o início do cumprimento da pena em regime diverso do fechado. Ponderava que, ante a execução da totalidade da pena até outubro deste ano, medida diversa se mostraria inócua.

[HC 111510/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 24.4.2012. \(HC-111510\)](#)

(Informativo 663, 1ª Turma)

### **Tráfico de entorpecente: substituição de pena e fixação de regime**

No crime de tráfico de entorpecente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem assim a fixação de regime aberto são cabíveis. Essa a orientação da 2ª Turma ao conceder dois *habeas corpus* para determinar que seja examinada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No HC 111844/SP, após a superação do óbice contido no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu-se, em parte, de ofício, a ordem, ao fundamento de que, caso o paciente não preenchesse os requisitos necessários para a referida substituição, dever-se-ia analisar o seu ingresso em regime de cumprimento menos gravoso. No HC 112195/SP, reputou-se que o condenado demonstrara atender as exigências do art. 33, § 2º, c, do CP e, portanto, teria direito ao regime aberto.

[HC 111844/SP, rel. Min. Celso de Mello, 24.4.2012. \(HC-111844\)](#)

[HC 112195/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 24.4.2012. \(HC-112195\)](#)

(Informativo 663, 2ª Turma)

## **Princípios e Garantias Penais**

### ***Princípio da insignificância e programa social do governo***

A 1ª Turma denegou *habeas corpus* em que requerida a aplicação do princípio da insignificância em favor de acusada pela suposta prática do crime de estelionato. A defesa sustentava a mínima ofensividade, a ausência de periculosidade e o reduzido grau de censura da conduta. Ainda, que o montante envolvido seria da ordem de R\$ 398,38, valor menor que o salário mínimo. Salientou-se não ser possível considerar pequena a quantia auferida pela paciente que, ao contrário do alegado, seria inferior ao salário mínimo à época da impetração, porém, acima daquele valor de referência quando perpetrado o delito. Destacou-se que a paciente obtivera a vantagem em face de saques irregulares de contas inativas vinculadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. Ademais, por tratar-se de fraude contra programa social do governo a beneficiar inúmeros trabalhadores, asseverou-se que a conduta seria dotada de acentuado grau de desaprovação.

[HC 110845/GO, rel. Min. Dias Toffoli, 10.4.2012. \(HC-110845\)](#)

(Informativo 661, 1ª Turma)

### ***Receptação: princípio da insignificância e suspensão condicional do processo***

O princípio da insignificância, bem como o benefício da suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95, art. 89) não são aplicáveis ao delito de receptação qualificada (CP, art. 180, § 1º). Com base nesse entendimento, a 2ª Turma conheceu, em parte, de *habeas corpus* e, nessa extensão, indeferiu a ordem impetrada em favor de denunciado pela suposta prática do crime de receptação qualificada por haver sido encontrado em sua farmácia medicamento destinado a fundo municipal de saúde. Frisou-se que a pena mínima cominada ao tipo penal em questão seria superior a um ano de reclusão, o que afastaria o instituto da suspensão condicional do processo.

[HC 105963/PE, rel. Min. Celso de Mello, 24.4.2012.\(HC-105963\)](#)

(Informativo 663, 2ª Turma)

## **DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

### **Recurso**

#### ***Desistência e recurso pendente de julgamento***

A 1ª Turma deu parcial provimento a agravo regimental, interposto pela União, para homologar apenas a desistência de embargos de declaração. No caso, o contribuinte, ora agravado, interpusera agravo de instrumento, monocraticamente desprovido, cuja decisão fora mantida pela Turma em agravo regimental. Opostos embargos declaratórios, ainda pendentes de apreciação, requerera desistência do agravo de instrumento e dos recursos que se seguiram. Homologada a pretensão, determinara-se a baixa dos autos, a ensejar o presente regimental. A União sustentava que não se poderia homologar desistência de recurso já julgado e que, como o contribuinte pretendia aderir a parcelamento de débito, previsto na Lei 12.249/2010, deveria ser, desde logo, homologada sua renúncia ao direito sobre o qual se fundaria a ação. Consignou-se que somente seria possível a desistência de recurso ainda pendente de julgamento. O Min. Luiz Fux ressaltou que esse instituto teria como termo *ad quem* a sustentação oral ou o pronunciamento final do julgamento. Reajustou voto o Min. Dias Toffoli, relator.

[AI 773754 AgR-ED-AgR/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, 10.4.2012. \(AI-773754\)](#)

(Informativo 661, 1ª Turma)

## DIREITO PROCESSUAL PENAL

### *Habeas Corpus*

#### ***Interrogatório único e nulidade de julgamento - 2***

Em conclusão, a 1ª Turma, por maioria, reputou prejudicado *habeas corpus* em face de julgamento de mérito do *writ* no STJ. Na espécie, pleiteava-se a declaração de nulidade de processo, a partir do interrogatório, ao argumento de que este ato teria sido aproveitado nas demais ações penais em curso contra o paciente — v. Informativo 649. Vencido o Min. Marco Aurélio, relator, por entender que, inexistente ou viciado o interrogatório, o prejuízo seria ínsito ao fato. Asseverava que descaberia adotar-se peça emprestada de procedimento distinto, uma vez que diversas teriam sido as ações propostas, as quais culminaram em processos individualizados, com imputações próprias. Ressaltou, ainda, tratar-se de formalidade essencial à valia dos atos a serem implementados que constituiria, de modo basilar, o devido processo legal.

[HC 96503/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 10.4.2012. \(HC-96503\)](#)

(Informativo 661, 1ª Turma)

Supremo Tribunal Federal  
Secretaria de Documentação - SDO  
Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados - CJCD  
[CJCD@stf.jus.br](mailto:CJCD@stf.jus.br)