

# CRÔNICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL EM 2013

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO\*

## SUMARIO

I.—CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS À CONSTITUIÇÃO. II.—DELIBERAÇÃO PELO CONGRESSO NACIONAL DE PROJETO DE LEI COM CONTEÚDO CONTRÁRIO A CLÁUSULA PÉTREA. III.—IMPORTÂNCIA DO VOTO LIVRE E SECRETO. IV.—FEDERALISMO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS. V.—FEDERALISMO E USO DE ARMAS POR PROCURADORES DOS ESTADOS-MEMBROS. NATUREZA DO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO VI.—PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE. VII.—CONCURSO PÚBLICO E DISPENSA DE EMPREGADO DE EMPRESA ESTATAL: ISONOMIA E IMPARCIALIDADE DO ESTADO. VIII.—AINDA A ISONOMIA – DIGNIDADE DA PESSOA: PODE UMA NORMA PENAL SE SUSTENTAR NUMA SUSPEITA DO ESTADO CONTRA UM CIDADÃO? IX.—CRIME – DUPLA PUNIÇÃO – REINCIDÊNCIA. X.—OUTRAS DECISÕES DE RELEVO NO CAMPO INSTITUCIONAL. XI.—CONCLUSÃO.

Que dizer de um Tribunal que, em 2013, proferiu 89.991 decisões? E que, ainda, fechou o ano com 67.239 processos pendentes de avaliação? Que recebeu, para distribuir entre os seus onze integrantes, 72.072 novos processos ao longo de 2013? Que tem 780 processos prontos para serem julgados pelo Plenário —sede para o debate das questões mais importantes—, que não são postos em pauta apenas por absoluta falta de dia livre no calendário das sessões? Que tem na fila de discussão mais de 500 processos com repercussão geral, cujas decisões liberarão outros mais de 600 mil feitos nos demais tribunais do país, que aguardam, por força de lei, o resultado de tais deliberações?

Esse é o retrato em algarismos da situação do Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil —e que poderia ser ainda mais desnorteante, não fos-

---

\* Coordenador do Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Doutor em Direito (UnB). Subprocurador-Geral da República com atuação junto ao Supremo Tribunal Federal.

sem algumas decisões legislativas e constitucionais ainda em implementação. A resposta para as tantas indagações do parágrafo inicial decerto que pode ser resumida numa irremediável exclamação de espanto. Algo está errado e clama por revisão sistemática.

Na realidade, essa situação poderosamente propensa ao caos não é exclusiva da Suprema Corte. Com a institucionalização, pela Constituição de 1988, do sistema democrático, a população, de um modo geral, descobriu no Judiciário um canal efetivo de reivindicações dirigidas aos Poderes Públicos. Desapareceram os temores de represálias que inibiam, por exemplo, as demandas judiciais contra o Estado por parte dos seus funcionários. O prestígio dos direitos fundamentais, como fonte de pretensões diretamente arguíveis contra os organismos do Poder, igualmente atraiu a população para os protocolos dos tribunais, o que se soma ao aumento de causas decorrentes do aperfeiçoamento da legislação de proteção ao consumidor. O resultado computado pelo importante centro de observação do Judiciário brasileiro —a revista *Anuário da Justiça*<sup>1</sup>— expressa-se dramaticamente em termos numéricos. Enquanto desde 1988 a população brasileira cresceu cerca de 30%, o volume de ações em curso nas diversas instâncias judiciais do país apresentou incremento de nada menos do que 270 vezes. Se, em 1988, havia 350 mil ações tramitando no sistema judiciário, em 2013 esse quantitativo se elevou para 92 milhões. A revista *Anuário* assegura que «o Brasil já é o país com o maior número de processos judiciais *per capita*»<sup>2</sup>.

Se é verdade que aumentou o número de juízes de primeira instância, também é certo que o recrutamento não se deu em igual proporção ao acréscimo de feitos. No plano federal, além disso, manteve-se, sem alterações significantes, o número de juízes de segunda instância e não houve nenhum acréscimo de integrantes dos Tribunais Superiores, como o Tribunal Superior Eleitoral, o Superior Tribunal de Justiça ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

No STF, o controle de constitucionalidade em tese, uma das competências mais relevantes para a vida política e jurídica do país, tem sofrido atrasos notáveis. Em 2013, 1.586 ações desse tipo aguardavam o seu termo final, sendo que 487 dessas há mais de dez anos. No ano, foram apreciadas 85 ações diretas de inconstitucionalidade. Um quarto dessas demandas (22, mais precisamente) consumiram entre 11 e 24 anos para serem julgadas, ainda que a maior parte, 43, tenha sido resolvida entre um e cinco anos desde que ajuizadas.

---

<sup>1</sup> *Anuário da Justiça Brasileira*. São Paulo, Consultor Jurídico e FAAP, 2014, p. 12. Os elementos de fato anotados neste artigo se valem extensamente das informações estampadas nesse importante veículo de acompanhamento do Judiciário brasileiro.

<sup>2</sup> *id. ibidem*.

A situação tem motivado medidas legislativas e internas dos próprios tribunais, tendentes a aliviá-los da acachapante carga de trabalho. Algumas inovações não se imunizam de críticas. Assim, há desconforto nos observadores e, sobretudo nas partes, causada pela tendência dos tribunais superiores, que são colegiados por definição, de julgarem os processos por decisão individual, chamada *monocrática*, dos ministros. Essas decisões são tomadas quando o relator presente a manifesta improcedência do recurso, especialmente por contrariar a jurisprudência do Tribunal. O problema é que esse modo abreviado de apreciação de causas nem sempre se baseia numa jurisprudência firmemente assentada e os recursos contra essas decisões são julgados por órgãos colegiados, mas «em lista», em poucos minutos, sem a exposição pública mais aprofundada dos argumentos em jogo e sem a chance de o advogado defender oralmente a posição da parte.

A tônica das medidas institucionais que vêm sendo implementadas centra-se, todavia, na implementação mecanismos de filtragem de processos, com vistas a tornar os Tribunais Superiores órgãos de definição de questões jurídicas gerais, mais do que Cortes incumbidas de realizar justiça em cada caso concreto. É evidente que a criatividade jurídica dos advogados e do povo brasileiro não chega ao delirante ponto de promover 72 mil novas teses de direito por ano perante o STF. A franca maioria desses processos repete problemas antigos, apenas sob roupagem processuais individuais. Ainda assim, esses autos exigem tempo de atenção dos julgadores, que são convocados a examinar o preenchimento de requisitos subjetivos que cada feito deve atender e fixar a causa no plano de uma tese já estabelecida. São esses processos que tendem a se repetir que estão no foco de inovações relativamente recentes, orientadas a fazer com que, sobre um tema de direito controvertido, os Tribunais superiores não necessitem se manifestar senão uma única vez.

A ninguém escapam os riscos de uma decisão única vir a se tornar impositiva para todo o Judiciário, e que, embora formalmente lógica, revele-se, afinal, equivocada, quer no tocante à interpretação mais abrangente do Direito, quer no que entende com eventual miopia às suas consequências sociais. Esses são perigos, entretanto, inerentes aos processos abstratos e à abstrativização inevitável dos feitos individuais. Essas chances de desventuras não servem de óbice à adoção de novidades no campo do papel dos Tribunais Superiores, ante a iminência do colapso pela crescente carga de trabalho.

O que causa maior surpresa mesmo —agora favorável— é que, não obstante a pressão de processos com que se defronta, o STF tenha logrado manter-se fiel à tradição de julgamentos minuciosamente fundamentados e extensamente discutidos entre os seus Ministros.

O STF julga os processos de maior relevo em sua composição plena, e com televisionamento ao vivo, sem edição, tanto das sustentações orais dos advogados, quanto dos votos e dos debates entre os Ministros. Esses julgamentos ocorrem nas tardes de 4ª e 5ª feira, e podem ser acompanhados também pela Internet (<http://www.tvjustica.jus.br> botão «assista ao vivo»). As dissensões entre os integrantes da Corte e, por vezes, algum ardor na defesa de uma tese, tudo é visto pelo público em geral, que tem crescido consideravelmente, com a cobertura também cada vez mais próxima da imprensa leiga. Enfim, todo o procedimento que, em quase todo o mundo, transcorre a portas fechadas, muitas vezes não transpirando desinteligências nem mesmo sob a forma do voto vencido, no STF é de imediato controle da cidadania. Isso é fator de impulso para a produção de votos esmeradamente elaborados por cada um dos Ministros da Corte nos casos polêmicos. É também fator de demora nos julgados.

No ano de 2013, o marcante julgamento em que políticos influentes dos partidos no Poder foram condenados, por corrupção e lavagem de dinheiro, a vários anos de prisão, a AP 470, ganhou um novo capítulo. Em tensas sessões de julgamento, aguardadas com ansiedade e com capas das revistas mais lidas no país, o STF entendeu, por margem apertadíssima de um único voto, serem cabíveis embargos infringentes contra decisões da própria Corte, em que pelo menos quatro julgadores divergiram da maioria, em favor do réu. Buscou-se justificar a acolhida do recurso à própria Corte com o fato de que, por esse meio, seria viabilizado uma dupla apreciação da causa penal, aproximando os julgamentos em instância única pelo STF de certas autoridades da República do modelo de duplo grau de jurisdição, preconizado no Pacto de San José da Costa Rica, o Estatuto internacional de direitos humanos nas Américas. Como houve a nomeação de dois novos Ministros para o Tribunal, em virtude de aposentadorias, por idade, de julgadores que haviam condenado os réus, foi possibilitada a formação de uma nova maioria, que suavizou a pena de alguns dos mais notórios políticos condenados, o que não impediu que eles fossem encarcerados, por crimes não afetados pela revisão havida. De todo modo, fixaram-se os elementos do crime de lavagem de dinheiro, definido como «a prática de conversão dos proveitos do delito em bens que não podem ser rastreados pela sua origem criminosa». Nele foram distinguidas três etapas:

A primeira é a da ‘colocação’ (*placement*) dos recursos derivados de uma atividade ilegal em um mecanismo de dissimulação da sua origem, que pode ser realizado por instituições financeiras, casa de câmbio, leilões de obras de arte, entre outros negócios aparentemente lícitos. Após, inicia-se a segunda fase, de ‘encobrimento’, ‘circulação’ ou ‘transformação’ (*layering*), cujo objetivo é tornar mais difícil a detecção da manobra dissimuladora e o descobrimento da lavagem.

Por fim, dá-se a ‘integração’ (*integration*) dos recursos a uma economia onde pareçam legítimos.<sup>3</sup>

## I. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS À CONSTITUIÇÃO

Sabe-se que o direito comparado não registra em números largos de casos de controle de constitucionalidade de Emendas à Constituição, nem, muito menos, de declaração de inconstitucionalidade desses atos normativos. No Brasil, para que a Constituição seja alterada é necessário que se reúna a super-maioria de 3/5 dos integrantes de cada uma das Casas Legislativas do Congresso, em dois turnos de votação em cada qual. Esses requisitos formais das Emendas atraem para elas elevada pressuposição de legitimidade política; apesar disso, não é incomum que o STF declare, em controle abstrato de constitucionalidade, a invalidade de partes dessas Emendas.

A jurisprudência do STF aponta exemplos de inconstitucionalidade de Emendas, tanto por problemas de procedimento, quanto por vícios materiais. Estes últimos são os mais frequentes. O constituinte brasileiro explicita que não podem nem sequer ser objeto de deliberação do Congresso Nacional propostas de Emenda que contribuam para abolir a forma federativa do Estado, a separação de poderes, o voto direto, secreto, universal e periódicos, além dos direitos e garantias individuais. Repare-se que, para o constituinte originário, já é inconstitucional até mesmo a sessão deliberativa que tenha em pauta proposta de Emenda que afronte alguma cláusula pétrea.

O ano de 2013 registrou três decisões afetando Emendas, justamente por desrespeitarem as chamadas cláusulas pétreas. Na ADI 5.017, ajuizada em 17 julho, período de recesso em que o STF não estava reunido, o Presidente da Corte, Ministro Joaquim Barbosa concedeu, no dia seguinte, medida liminar para suspender a criação de quatro novos Tribunais Regionais Federais, efetuada pela Emenda à Constituição nº 73, também de 2013. A decisão ainda pende de referendado do Plenário da Corte, mas continua produzindo efeito. Entendeu o Presidente que havia plausibilidade na tese do autor, que afirmou ser contrário à separação dos poderes que, sem a iniciativa do Judiciário, a Constituição pudesse ser modificada afetando a estrutura desse Poder e provocando gastos consideráveis, sobretudo quando a providência não se mostra plausível para resolver os aspectos críticos de inoperância da Justiça.

Em outra ação direta, ADI 4357/DF, o Tribunal fulminou, em 14.3.2013, artigos da Emenda à Constituição nº 62/2009, também chama-

<sup>3</sup> AP 470 EI – décimos segundos, rel. o Ministro Luiz Fux, publicado em 2.5.2014.

da, com irrisão, de «Emenda do calote». O Tribunal entendeu, ao examinar o mérito da demanda, que o constituinte de reforma havia agredido direitos fundamentais em diversos pontos.

A Corte censurou a prorrogação do prazo para saldar a dívida decorrente de sentença transitada em julgado. Normas constantes da Emenda admitiam que, em vez de ter que pagar em um ano as verbas a que foram condenadas, as pessoas jurídicas de direito público poderiam estender esse prazo por quinze anos – daí o nome da «Emenda do calote». Foi vista na manobra subversão dos valores do Estado de direito, com ofensa às garantias constitucionais do devido processo legal, do acesso ao Judiciário e da razoável duração do processo.

O STF rejeitou também a regra que garantia apenas aos que contassem mais de 60 anos na data da expedição do precatório<sup>4</sup> privilégio consistente na satisfação do crédito antes dos demais credores do Estado. Não se viu razão para que a vantagem não fosse estendida a todos os demais credores que ultrapassaram o patamar estário estabelecido depois da expedição do precatório. Apontou-se a quebra da isonomia.

O mesmo princípio da igualdade foi tido como infringido, quando a Emenda estabeleceu uma compensação obrigatória do crédito judicial com as dívidas do particular para com a Fazenda Pública, por ela apurada. Assinalou-se que o sistema criava mais uma vantagem para o Poder Público obter o que considera seu crédito, por um mecanismo de que o particular não se pode valer. Além disso, como os supostos créditos do Estado, nesses casos, não teriam sido necessariamente cancelados pelo Judiciário, com a prévia possibilidade de o particular se opor à cobrança, deu-se a medida como igualmente hostil às garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

A adoção do índice de remuneração do mais popular dos investimentos no país, a caderneta de poupança, foi considerada imprópria para atualizar monetariamente o valor devido e pago com atraso pelo Estado, já que aquele índice não é concebido para corresponder à desvalorização da moeda. Os juros de mora nos processos que versam tema tributário, ademais, não podem ser inferiores aos mesmos juros que o Poder Público cobra dos contribuintes.

Num terceiro caso, na ADI 4307 (rel. a Ministra Cármen Lúcia, DJe 1.10.2013), outra Emenda constitucional foi retalhada no Tribunal, por vício de inconstitucionalidade material. A Emenda à Constituição nº 58/2009 modificou regras de composição das Câmaras Municipais e determinou a retroação dos seus efeitos às eleições que ocorreram em 2008. Ad-

---

<sup>4</sup> O precatório é o instrumento pelo qual o Judiciário cobra formalmente do Executivo o pagamento da quantia referente à condenação havida.

miti-lo, porém, atentaria contra a garantia constitucional da segurança jurídica, especificamente contra a garantia de estabilidade do processo eleitoral, que o art. 16 da Carta tutela, estatuinto que «a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência». Lembrou-se que o Supremo Tribunal Federal já havia esclarecido que esse mesmo dispositivo «representa garantia individual do cidadão-eleitor, oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado» (ADI 3.685, DJ 10.8.2006). O raciocínio que se seguiu foi estritamente lógico:

Se a alteração da legislação eleitoral realizada ha menos de um ano das eleições não pode ser a ela aplicada, pela mesma razão não se pode admitir que as modificações trazidas por Emenda Constitucional possam retroagir seus efeitos para alcançar pleito aperfeiçoado um ano antes de sua promulgação, sob pena de transgredir o regramento constitucional da matéria.

A aplicação retroativa das novas regras que ampliaram o número de vereadores nos municípios brasileiros para alcançar o processo eleitoral concluído em 2008, tal como prevista no inc. I do art. 3o da Emenda Constitucional n. 58/2009, contraria inarredavelmente os princípios constitucionais da anterioridade da lei eleitoral, do devido processo eleitoral e da segurança jurídica, além de abalar a confiança que os partidos, os candidatos e os eleitores depositam no sistema eleitoral brasileiro. Até mesmo o princípio constitucional da moralidade política estaria posto em xeque.

## II. DELIBERAÇÃO PELO CONGRESSO NACIONAL DE PROJETO DE LEI COM CONTEÚDO CONTRÁRIO A CLÁUSULA PÉTREA

A Constituição brasileira torna ilícita até a discussão e votação, pelo Congresso Nacional, de proposta de emenda constitucional que atrite com cláusula pétrea. A questão com que o Supremo Tribunal se defrontou no MS 32.033 (julgado em 20.6.2013) consistia em saber se o mesmo princípio poderia levar o STF a impugnar o andamento do processo legislativo de uma lei ordinária, cujo conteúdo era obviamente conflitante com um direito fundamental. O ponto de inflexão que distancia a situação da proposta de Emenda constitucional do projeto de lei está em que a proibição explícita para o debate daquela não existe para a deliberação deste.

O mandado de segurança fora impetrado por Senador, inconformado com a iminência da votação de projeto de lei, visto como a favorecer os partidos governistas, que criava obstáculos consideráveis à criação de novas agremiações partidárias ou a fusão entre as já existentes, em desafio a orientação que o STF fixara um ano antes. Pelo projeto, os deputados que

aderissem ao novo partido não disporiam do tempo de propaganda eleitoral e da fatia de recursos financeiros do Fundo Partidário que os seus partidos originais haviam conquistado com a sua eleição.

Em nenhum instante, foi posta em dúvida, no Tribunal, a inconstitucionalidade do desígnio do projeto de lei. Todo o debate se deu no campo da possibilidade de o Tribunal interferir sobre o funcionamento do Congresso Nacional, sem expressa autorização constitucional para isso.

Uma corrente do STF sustentou que a falta da previsão expressa não era obstáculo à atividade de censura da Corte, até porque, se não é dado ao Congresso Nacional deliberar sobre proposta de Emenda à Constituição contrária a cláusula pétreia, com maior razão não lhe seria dado votar projeto de lei com o mesmo antagonismo constitucional. Advertiu-se que, a ser de outro modo, o Congresso Nacional, se desejoso de impor uma norma contrária a um direito fundamental, poderia, em vez de optar por uma emenda constitucional, votar um projeto de lei, causando os mesmos danos que o constituinte pretendeu prevenir ao vedar até mesmo a votação de Emenda aviltante de um princípio essencial da Constituição. O Procurador-Geral da República, nessa linha, enfatizou que o admitir corresponderia a uma fraude à Constituição.

A maioria que se formou preferiu, entretanto, uma posição de maior contenção dos poderes da Corte. Com invocação do princípio da separação dos poderes, os Ministros da corrente vencedora preferiram ver no caso do controle de constitucionalidade preventivo das emendas constitucionais uma exceção do sistema, não extensível ao controle preventivo de constitucionalidade material de leis. Terá impressionado a eles o risco de transformar o Tribunal numa instância de debates sobre a constitucionalidade de projetos de lei, ao lado das comissões internas do Congresso, com o enfraquecimento do Legislativo e concomitante sobrecarga do próprio STF.

### III. IMPORTÂNCIA DO VOTO LIVRE E SECRETO

Na ADI 4.543 (julgada em 6.11.2013), o Tribunal tornou a ressaltar a importância do voto livre, enfatizando que todo o risco de descoberta da autoria do voto do cidadão deve ser combatido e prontamente repellido. Daí a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 12.034/2009, que introduzia o voto impresso a partir das eleições marcadas para acontecer em outubro de 2014.

As eleições no Brasil seguem um modelo singular de votação eletrônica, que apresenta comprovada segurança e possibilita que, no mesmo dia do pleito no país de mais de 200 milhões de habitantes, sejam conhecidos os vencedores.

O sistema se baseia em urnas eletrônicas, que enviam, automática e imediatamente, os dados para uma central, dispensando a impressão do



voto. Não apenas se agiliza o processo, como melhor se preserva o segredo do voto, qualificado, no julgamento, como «conquista destinada a garantir a inviolabilidade do querer democrático do eleitor e a intangibilidade do seu direito contra qualquer forma de pressão». A lei de 2009, retornando ao sistema de impressão de voto, ainda que associado ao voto eletrônico, configuraria injustificável retrocesso na forma de garantir o sigilo da vontade do eleitor, que jamais «poderia ser compelido a prestar contas sobre seu voto».

Foram explicitados motivos técnicos que ampararam a convicção de que a impressão deixaria traços no sistema, que permitiriam associar determinado voto a um dado eleitor.

#### IV. FEDERALISMO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Por mais que a Constituição brasileira busque esmiuçar competências legislativas da União, dos Estados-membros e dos Municípios, ao longo dos mais de 25 anos de existência da Carta repetem-se as questões de invasão de área de atuação própria de cada uma dessas esferas da Federação. O ano de 2013 foi fiel a essa tendência e deu ensejo a que o Supremo confirmasse a sua jurisprudência no sentido de que temas relacionados com trânsito são amplamente reservados à legislação do Congresso Nacional.

Na ADI 3.708 (julgada em 11.4.2013), a Corte reiterou que matéria de disciplina no trânsito, inclusive no que diz com multas, não está franqueada aos poderes legislativos das unidades da Federação. Daí ter proclamado a inconstitucionalidade de lei do Estado do Mato Grosso, que permitiu o parcelamento dos débitos de multa de trânsito, não obstante esses recursos financeiros permanecerem no Estado-membro.

A situação é diferente quando se trata de apreensão de veículo, de que não se pôde estabelecer a propriedade, utilizado em atividade criminosa. Discutiu-se se lei estadual que permite a utilização desses automóveis pelas polícias militar e civil em atividades de repressão de outros delitos também não estaria abrangida na competência exclusiva da União para dispor sobre trânsito. A matéria foi vista como essencialmente administrativa, sobre a qual o Estado-membro é livre para regulamentar (ADI 3.327, julgada, por maioria apertada, em 8.8.2013).

Por vezes, o legislador estadual tem em mira problemas que concernem vivamente a população do Estado-membro, mas não lhe cabe, no desenho estabelecido de distribuição de atribuições, legislar a respeito. O legislador do Estado de Santa Catarina dispôs que a empresa de que o Estado era o acionista majoritário, criada para executar serviços de distribuição de água aos municípios catarinenses, sempre que, por qualquer razão, viesse a interromper o serviço a que se obrigara, deveria distribuir

água por meio de veículos adaptados para isso, sem poder, além do mais, cobrar pelo serviço durante todo o mês em que o problema ocorreu. O Supremo Tribunal Federal julgou a lei estadual contrária à Constituição (ADI 2.345, DJe 10.5.2013), entendendo que cabe ao Município legislar sobre distribuição de água, por ser um serviço eminentemente de índole local. Ensinou:

Os Estados-membros não podem interferir na esfera das relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o poder concedente local e a empresa concessionária, ainda que esta esteja sob o controle acionário daquele.

Outro caso bem serviu de ilustração para aspecto relevante da repartição de competências adotada pelo constituinte de 1988. A Constituição, a par de estabelecer uma repartição horizontal de competências, também instituiu mecanismo de distribuição vertical. Além de distribuir atribuições exclusivas ao governo central e outras, distintas, aos governos locais, também cogitou de competências compartilhadas por esses setores federados, gerando o que se denomina de «condomínio legislativo». Alguns assuntos, como o da produção e consumo, incluindo a proteção do consumidor, encontram-se nesse âmbito. Mesmo, porém, no campo da legislação compartilhada, há uma divisão de tarefas. Basicamente, aí, cabe à União estatuir diretrizes genéricas, traçar princípios norteadores, e, aos Estados-membros, minudenciar essas regras, ajustando-as às particularidades locais. Também a eles é dado legislar supletivamente, dispondo sobre princípios, no caso de a União se manter inerte ou editar legislação lacunosa.

Na ADI 2.818 (rel. o Ministro Dias Toffoli, DJe 1.8.2013), tratou-se da validade de lei estadual que dispunha que o titular de marca inscrita em recipiente reutilizável não poderia impedir que quem adquirisse o produto se valesse do mesmo recipiente até para fins comerciais.

O ataque à lei concentrava-se na tese de que o diploma tratava de direito comercial e de direito de propriedade de marca, assuntos de legislação reservada à União. Prevaleceu, porém, a inteligência de que estava em apreço norma definidora de direito de consumidor, assunto sobre o qual o Estado-membro estava legitimado a dispor, mesmo no que tange a normas gerais, à falta de lei federal. O voto do relator expôs os termos do problema e a sua solução:

Prevê o art. 24 da Carta de 1988, em seus parágrafos, duas situações em que compete ao estado-membro legislar: (a) quando a União não o faz e, assim, o ente federado, ao regulamentar uma das matérias do art. 24, não encontra limites na norma federal geral —que é o caso ora em análise; e (b) quando a União edita norma geral sobre o tema, a ser observada em todo território nacional, cabendo ao estado

a respectiva suplementação, a fim de adequar as prescrições às suas particularidades locais.

(...) O art. 24 da CF compreende competência estadual concorrente não-cumulativa ou suplementar (art. 24, § 2o) e competência estadual concorrente cumulativa (art. 24, § 3o). Na primeira hipótese, existente a lei federal de normas gerais (art. 24, § 1o), poderão os Estados e o DF, no uso da competência suplementar, preencher os vazios da lei federal de normas gerais, a fim de afeiçoá-la às peculiaridades locais (art. 24, § 2o); na segunda hipótese, poderão os Estados e o DF, inexistente a lei federal de normas gerais, exercer a competência legislativa plena ‘para atender a suas peculiaridades’ (art. 24, § 3o).

Sobrevindo a lei federal de normas gerais, suspende esta a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art. 24, § 4o). (...)» (ADI no 3.098/SP, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 10/3/06).

Na espécie, não havendo norma geral da União regulando a matéria em questão, os estados-membros estão autorizados a legislar supletivamente no caso, como o fizeram os Estados do Espírito Santo e do Rio de Janeiro, até que sobrevenha disposição geral por parte da União.

#### V. FEDERALISMO E USO DE ARMAS POR PROCURADORES DOS ESTADOS-MEMBROS. NATUREZA DO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO

A Constituição cercou certos agentes políticos de prerrogativas para que possam desempenhar as suas funções com independência do governo, blindando-os contra ingerências dos ocupantes de cargos do Executivo e mesmo contra apequenamentos por parte do Legislativo. Além dos juízes, também os membros do Ministério Público foram fortalecidos na sua missão constitucional com garantias como a da inamovibilidade e a da vitaliciedade. Por esta última, somente por meio de sentença judicial transitada em julgado —portanto com todas as oportunidades do devido processo legal— podem perder o cargo. Se é dado ao Chefe do Executivo, em seguida a processo administrativo, demitir servidores submetidos à estrutura que dirige, a garantia da vitaliciedade preserva o cargo do membro do Ministério Público de demissão por parte do Procurador-Geral, mesmo que antecedida de processo administrativo.

A garantia da vitaliciedade, porém, é exceção do sistema jurídico e deve-se restringir aos casos em que o constituinte expressamente previu, ressaltando-os das consequências próprias de uma estrutura hierárquica. Essa a orientação que se percebe no julgamento da ADI 2.729, concluído em 16.6.2013. Assentou-se que «a garantia da vitaliciedade não se coaduna com a estrutura hierárquica a que se submetem as Procuradorias estaduais, diretamente subordinadas aos Governadores de Estado». Os advo-

gados dos Estados-membros —e o mesmo vale para os advogados da União— não dispõem de autonomia e independência. Por isso mesmo, explicou o Tribunal, «nada justifica a concessão da vitaliciedade, que, no caso em exame, redundaria em óbice ao regular exercício do poder hierárquico inerente à Administração Pública». A Corte julgou inconstitucional dispositivo de legislação de Estado-membro que, em desarmonia com o sistema constitucional federal, garantia a vitaliciedade dos procuradores estaduais.

Na mesma oportunidade, o STF também declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da mesma lei, que conferiam porte de arma aos procuradores estaduais. Foi estabelecido o histórico do quadro atual de regulação dos casos em que se admite a alguém portar armas de fogo. Concluiu-se que somente por norma específica, da competência privativa da União, seria possível excepcionar a proibição geral existente. Uma corrente no Tribunal enfatizou que portar arma é crime e que cabe apenas a União legislar sobre Direito Penal, daí que os Estados-membros não estariam habilitados a excluir certos agentes seus da abrangência do tipo criminal. A posição foi fortalecida com o argumento de que a Constituição também torna privativa da União a competência para «autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico». Recordaram-se precedentes (ADI-MC 2.035 e ADI 3.258/RO) em que se fixou a inteligência de que a expressão «material bélico» não inclui apenas material de uso das Forças Armadas, «mas também armas e munições de uso autorizado à população». Proclamou-se, enfim, que:

«(...) Regulamentações atinentes ao registro e ao porte de arma são de competência privativa da União, por ter direta relação com a competência de autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico. Nesse sentido, compete privativamente à União, e não aos Estados, determinar os casos excepcionais em que o porte de arma de fogo não configura ilícito penal, matéria prevista no art. 6o, da Lei [Federal] nº 10.826/03».

Não se terá desejado que as exceções pudessem ser dispostas de modo fragmentário nos Estados.

## VI. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

O princípio da igualdade é um dos pilares do ordenamento constitucional. Tanto no seu aspecto formal como no material, o princípio costuma ser invocado e trabalhado no STF, na maior parte das vezes em conjunto com outros princípios de menor envergadura que nele encontram fundamento último.

No campo do direito administrativo, por exemplo, o postulado da isonomia assiste a teses desenvolvidas para coarctar privilégios injustificados. O ano de 2013 apresentou exemplos nesse sentido. Ao julgar, em 6 de novembro, a ADI 917, ajuizada 20 anos antes, o STF fulminou norma estadual que reservava para quem já era servidor público 30% das vagas em certa carreira postas à disputa em concurso público.

Todos os cargos de provimento efetivo iniciais de carreiras da Administração Pública brasileira devem ser preenchidos por quem obteve êxito em concurso público, como expressão tanto da necessidade de o Estado se servir dos melhores profissionais interessados, como também em homenagem ao direito de todos os cidadãos brasileiros, com as qualificações necessárias, de igual oportunidade de acesso a esses cargos.

Alguma polêmica costuma cercar certas opções legislativas que limitam a inscrição de interessados em concursos públicos à conta da idade do candidato. Há nesses casos, óbvia tensão com o princípio da igualdade de tratamento, que se resolve sob o prisma do princípio da razoabilidade. Se o requisito etário está previsto em lei e no edital do certame e, além disso, se mostra proporcionado às atribuições do cargo, não recebe censura de inconstitucionalidade. Foi isso o que o STF reiterou ao julgar, fixando entendimento de obediência imposta aos demais tribunais, o ARE 678.112 RG (Plenário Virtual em 25.4.2013). Apreciou-se a legitimidade da limitação de ingresso na carreira de policial civil a quem, na data do início do curso próprio na Academia de Polícia, contasse entre 18 e 32 anos. O STF julgou válida a prescrição, «tendo em vista a natureza do cargo de agente de Polícia».

O caso é diferente de outro, em que se impunha, para o ingresso em cargo de médico de corporação militar estadual, a idade máxima de 28 anos. As atribuições sanitárias em causa não foram consideradas «propriamente típicas do serviço militar (...) pelo que não se revela razoável ou proporcional a discriminação etária» (AI 720.259 – AgRg, DJe 28.4.2011).

O tema da isonomia também vem à tona quando se enfrenta outro tipo de situação, não rara em concursos públicos que contenham provas de destreza física. Esses exames, comuns para candidatos a cargos no campo da segurança pública, têm datas certas para serem realizadas. Não poucas vezes, os organizadores se defrontam com pedidos de adiamento de alguns candidatos, por motivos transitórios de indisposição – abrangendo desde coincidências com períodos menstruais a males passageiros, como gripes, viroses e problemas digestivos. O Judiciário tende a garantir que esses candidatos possam exigir a repetição da prova física em outra data, havendo precedentes do STF nesse sentido.

No RE 630.733 (rel. o Ministro Gilmar Mendes, DJe 20.11.2013), o Plenário da Corte debateu em minúcias a questão. Prevaleceu o voto do

relator, que agrupou argumentos de refinada doutrina para a tese que propôs com êxito.

O Ministro Gilmar Mendes expôs o que deveria ser deslindado:

A questão central a ser discutida no presente recurso é se a existência de norma editalícia que preveja a impossibilidade de remarcação do teste físico para data diversa daquela prevista no edital do certame, em virtude de alterações pessoais orgânicas e/ou fisiológicas temporárias do candidato, viola o postulado da isonomia.

A resposta que a Corte formulou, seguindo o voto do relator, foi negativa. Do postulado da isonomia «não decorre, de plano, a possibilidade de realização de segunda chamada em etapa de concurso público em virtude de situações pessoais do candidato». Ao contrário, a cláusula que o proíbe é que «confere eficácia ao princípio da isonomia à luz dos postulados da impessoalidade e da supremacia do interesse público».

Para atingir essas conclusões, lembrou-se que:

(...) O postulado da igualdade pressupõe a existência de, pelo menos, duas situações que se encontram numa relação de comparação. Essa relatividade do postulado da isonomia leva, segundo Maurer (...), a uma inconstitucionalidade relativa, não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. É que inconstitucional não se afigura a norma A ou B, mas a disciplina diferenciada das situações.

O Tribunal não chegou a proibir que os editais de concurso contemplem o adiamento de provas em função de circunstâncias pessoais dos candidatos, mas não enxergou no princípio da isonomia uma imposição para que, não havendo a previsão no edital, seja imperativa uma segunda chamada. Vale conhecer o entendimento expresso no voto do Ministro relator:

(...) Há que se levar em conta o interesse público, tendo sempre em vista que a Administração ao realizar um concurso público pretende não apenas a escolha dos candidatos mais bem qualificados, mas também que a escolha seja realizada com transparência, impessoalidade e igualdade, com o menor custo para os cofres públicos.

Assim, não me parece razoável a movimentação de toda a máquina estatal para privilegiar determinados candidatos que se encontravam impossibilitados de realizar alguma das etapas do certame por motivos exclusivamente individuais e particulares. Trata-se de obediência aos princípios da isonomia e impessoalidade.

O precedente apresenta outro ponto de realçado interesse para a compreensão das técnicas de decisão adotadas pela Corte. O Tribunal valeu-se

da possibilidade, que considera inerente à jurisdição constitucional, de modular os efeitos das suas deliberações.

É preciso salientar que a decisão, no caso, foi tomada segundo a sistemática da repercussão geral (i. é, a máxima do julgamento haverá de se impor a todos os casos análogos, em curso e futuros, nos demais tribunais). Acontece que a tese que o Plenário da Corte terminou por sufragar superava precedentes do próprio Supremo Tribunal e poderia levar a revisões de outras tantas decisões sobre o mesmo assunto, que haviam buscado apoio nesses mesmos antigos precedentes do STF. Esses arestos, nas palavras do relator, «criaram base qualificada de confiança», que não se poderia desprezar. Assim é, disse o acórdão, citando Karl Larenz, porque «ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estatal e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima *fiat justitia, pereat res publica* (...) A ponderação das consequências é, portanto, de todo irrenunciável».

O relator formulou critério crucial para definir casos em que a modulação de efeitos não pode deixar de acontecer:

Em casos como este, em que se altera jurisprudência longamente adotada, parece sensato considerar seriamente a necessidade de se modularem os efeitos da decisão, com base em razões de segurança jurídica. Essa tem sido a praxe neste Supremo Tribunal Federal, quando há modificação sensível de jurisprudência.

Foi abonada a doutrina de Häberle, para quem «não existe norma jurídica, senão norma interpretada», o que concorre para que não se aplique uma nova interpretação de um mesmo preceito senão para os casos posteriores à mais recente atribuição de significado.

Para prevenir efeitos tidos como nefastos à segurança jurídica, enfim, o Tribunal assentou «a inexistência de direito dos candidatos à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física, salvo contrária disposição editalícia, em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior». Mas, assegurou também «a validade das provas de segunda chamada realizadas até a data de conclusão do presente julgamento» (referiu-se ao dia 15.5.2013).

É interessante notar que, por esse raciocínio, embora a recorrente tenha visto a sua tese prosperar, foi preservada a situação da candidata, recorrida, que realizara, há mais de dez anos, o teste de aptidão física em data especial, por força de decisão judicial provisória. Vale dizer que o recurso extraordinário, que foi interposto pela União com o óbvio intuito de reverter um julgamento adverso aos seus interesses, serviu, afinal, para se fixar uma tese a ser seguida em outros casos, existentes ou potenciais, sem assegurar, no processo em que interposto, o interesse concreto da re-

corrente. O recurso extraordinário foi provido, mas o bem jurídico postulado pelo recorrente não lhe foi adjudicado.

A estranheza da situação se explica por remissão ao fenômeno, argumentamente explanado em estudo seminal de Francisco Segado,<sup>5</sup> da abstrativização das atividades de controle do tipo das realizadas pelo STF. Mesmo instrumentos processuais tradicionalmente vinculados à defesa de interesses concretos e individuais têm sido transformados em meios para que o Supremo Tribunal concretize a sua missão de definir a compreensão devida da Constituição —o que concorre para a assimilação das tarefas do Supremo Tribunal Federal à de uma típica Corte Constitucional e se liga aos esforços por urgente solução do problema do excesso de processos que aportam no Tribunal.

#### VII. CONCURSO PÚBLICO E DISPENSA DE EMPREGADO DE EMPRESA ESTATAL: ISONOMIA E IMPARCIALIDADE DO ESTADO

A Constituição brasileira não se limitou a exigir concurso público para o ingresso nas carreiras típicas do Estado. Também impôs o mesmo procedimento para o recrutamento de empregados das empresas criadas para, sob regime mais próximo daquele que disciplina as empresas particulares, desempenhar atividades econômicas ou mesmo prestar serviços públicos sob regras menos estritas do que as que incidem sobre as atividades da Administração direta. Os serviços de correios são prestados, por exemplo, por empresa de capital totalmente da União. As empresas que realizam serviços de fornecimento de energia e de água, por outro lado, tendem assumir a forma de sociedades por ações, em que pertence aos Poderes Públicos a maioria do capital votante, mas que também contam com acionistas particulares. O Banco do Brasil, uma das maiores instituições financeiras do país, é constituído sob essa forma também.

Se essas empresas são criadas para assumir tarefa que o Estado chama a si, não se justificaria que postulados básicos da vida administrativa estatal escapassem de sobre elas incidirem. A exigência de permitir que todos os interessados a nela ingressarem como empregados tenham a chance de o fazer e o vetor da máxima eficiência que essas pessoas jurídicas devem prosseguir confluem para que também a elas se aplique a obrigatoriedade do concurso público. A Constituição, entretanto, nada dispõe sobre a demissão desses empregados.

No plano das relações entre os particulares, a demissão de um empre-

---

<sup>5</sup> Vide «La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de Justicia Constitucional». Artigo publicado no Brasil na revista *Direito Público* (Brasília: IDP/Síntese, out/nov. 2003, pp. 55-82).



gado é direito potestativo do empregador. Pode acontecer, portanto, sem necessidade de justificativa. Os empregados das empresas públicas e das sociedades de economia mista submetem-se ao regime trabalhista comum. Poderiam, no silêncio da Carta da República, ser também demitidos sem motivação, apesar de, ao contrário do que ocorre no campo das relações privadas, somente poderem ser contratados por meio de certame público de mérito?

Essa a questão que o Supremo Tribunal Federal enfrentou no RE 589.998 RG, publicada em 12.9.2013. A Corte reiterou que, ao contrário do que acontece com os servidores públicos, que se submetem a regime estatutário próprio, «os empregados públicos não fazem jus à estabilidade». No entanto, «em atenção aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa».

A motivação tem por finalidade «resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir». O objetivo último é o de «evitar quer o favorecimento, quer a perseguição de empregados públicos, seja em sua contratação, seja em seu desligamento». A título de motivação, entretanto, é bastante que seja indicado algum aspecto de interesse público. Não se cobra, aqui, a presença das hipóteses de demissão por justa causa, nem que se reproduzam na realidade os tipos que autorizam a pena de demissão do servidor público que atua na Administração direta do Estado.

Houve mudança na jurisprudência do STF, que, até ali, admitia que a dispensa do empregado da Administração indireta acontecesse sem nenhuma formalidade.

#### VIII. AINDA A ISONOMIA – DIGNIDADE DA PESSOA: PODE UMA NORMA PENAL SE SUSTENTAR NUMA SUSPEITA DO ESTADO CONTRA UM CIDADÃO?

O art. 25 da Lei de Contravenções Penais, diploma de 1941, castiga quem tem «em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima».

Essa norma foi proclamada incompatível com a Constituição de 1988, por violar os princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e

da isonomia (CF, art. 5º, caput e I), em 3.10.2013, quando o Plenário julgou o RE 583.523/RS, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

O julgado apresentou particularidade digna de nota. Habitualmente, se a prescrição da pretensão punitiva se mostra evidente, o Tribunal pronuncia a absolvição sem se deter em qualquer outro aspecto da causa. Nesse acórdão, não obstante o transcurso do tempo desde o fato, entendeu-se que deveria ser apreciada a tipicidade da conduta, ao argumento de que, recusada esta, as consequências seriam mais benéficas para o acusado.

#### IX. CRIME – DUPLA PUNIÇÃO – REINCIDÊNCIA

No julgamento do RE 453.000 – RG (rel. o Ministro Marco Aurélio, DJe 3.10.2013), a Corte pôs termo a dúvidas, suscitadas na doutrina, sobre a legitimidade constitucional do art. 61, I, do Código Penal, que considera a reincidência causa de agravamento da pena. Foram refutados os argumentos de que a norma contrariaria o princípio constitucional da individualização da pena, bem como o de que seria desarmônica com o veto do *bis in idem*.

O relator assinalou que a reincidência, como agravante de penas, recai na História ao Código Penal do Império, lei de 1830. Apontou-se que a agravante prestigia a individualização da pena, na medida em que leva em conta o perfil psicossocial do condenado, em aspecto que o diferencia de outros criminosos —o traço da insistência na atividade criminosa, não obstante já ter padecido a repreensão penal do Estado anteriormente. Disse o relator:

(...) O instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da singularidade, da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala – a do recalcitrante e a do agente episódico, que assim o é ao menos ao tempo da prática criminosa.

Os ministros, que deliberaram por unanimidade, lembraram que a agravante da reincidência não significa punir uma segunda vez pelo delito que gerou a primeira condenação. «O agente —ressaltou a Ministra Rosa Weber— não está sendo punido pela reincidência, mas sim pela nova conduta delitiva, objeto da nova condenação, sendo a reincidência apenas invocada como fator de exasperação da pena». Não se trata de punir novamente o crime do passado, mas —disse ela— «apenas de valorar negativamente a escolha efetuada pelo agente em voltar a delinquir, do que resulta maior juízo de censura em relação à nova conduta praticada».

O Ministro Gilmar Mendes não deixou de extravasar a sua desolação com o sistema repressivo brasileiro. Valendo-se da experiência que lhe

veio da recente passagem na presidência do Conselho Nacional da Justiça, lastimou ter que concluir que «as nossas instituições prisionais não dispõem de condições minimamente adequadas de ressocialização. E, por isso, nós temos, em alguns Estados, segundo índices que talvez não sejam precisos, um grau de reincidência que chega até 80%, segundo dados que correm por aí».

#### X. OUTRAS DECISÕES DE RELEVO NO CAMPO INSTITUCIONAL

Várias outras decisões foram prolatadas em assuntos de interesse institucional, de menor apelo, contudo, para o observador interessado no direito comparado. Vale repassar algumas delas, ainda que de modo sucinto.

No quadro dos instrumentos de garantias constitucionais, o STF resolveu pequena dissidência no seu acervo jurisprudencial, estabelecendo, na sistemática da repercussão geral, que o impetrante pode desistir, a qualquer tempo, mesmo que esteja perdendo a demanda no seu mérito, do mandado de segurança, independentemente de anuência do adversário (RE 669.367 RG, julgado em 15.3.2012 e publicado posteriormente).

Em âmbito de repercussão geral, reafirmou-se que não cabe ao Ministério Público ajuizar ação coletiva em benefício de contribuintes de tributos. No ARE 694.294 RG (rel. o Ministro Luiz Fux, DJe 17.5.2013), tornou-se a proclamar a «ilegitimidade ativa ‘ad causam’ do Ministério Público para, em ação civil pública, deduzir pretensão relativa à matéria tributária».

No campo das relações da Administração com os seus servidores, o STF afirmou que o servidor impedido de usufruir de vantagens como férias durante o período anterior à aposentadoria tem direito a receber em espécie o equivalente. Na ementa do ARE 721.001 RG (rel. o Ministro Gilmar Mendes, DJe 7.3.2013), apontou-se a causa principal desse direito de caráter indenizatório:

Conversão de férias não gozadas —bem como outros direitos de natureza remuneratória— em indenização pecuniária, por aqueles que não mais podem delas usufruir. Possibilidade. Vedação do enriquecimento sem causa da Administração. 4. Repercussão Geral reconhecida para reafirmar a jurisprudência desta Corte.

Afinal, repetiu-se, também agora com os efeitos peculiares do sistema da repercussão geral, que leis sobre matéria tributária não estão sujeitas a reserva de iniciativa do Chefe do Executivo. Homenageou-se a inteligência de que, quando a Constituição dispõe que certos assuntos somente podem ser objeto de deliberação normativa pelo Congresso Nacional se o Legislativo for provocado por projeto de lei vindo do governo, o constitu-

inte cuidou de situação que deve ser vista como excepcional no quadro da separação dos poderes. Esses casos estão enumerados taxativamente na Constituição (ARE 743.480 RG, DJe 20.11.2013, rel. o Ministro Gilmar Mendes).

## XI. CONCLUSÃO

O ano de 2013 testemunha a fidelidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à linha de firme prestígio dos direitos dos cidadãos em face dos poderes públicos e de repúdio a práticas desavindas dos postulados de moralidade administrativa. Revela, igualmente, a tendência a uma interpretação propensa a um modelo centrípeto de Federalismo. A Corte continua padecendo do excesso de carga de trabalho, o que não impediu, entretanto, que certos assuntos tidos como cruciais recebessem atenção detida e minuciosa nos julgamentos do ano. O STF manteve-se, em 2013, no elevado patamar, que conquistou, de reconhecimento pela cidadania brasileira.