

Informativo STF Mensal

Brasília, outubro de 2011 - nº 13
Compilação dos Informativos nºs 643 a 646

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

Concurso Público

Anulação de concurso público: intimação de interessados e vinculação ao edital - 5 a 8

Mandado de segurança e prazo decadencial - 1 e 2

Servidor Público

PAD e vinculação à decisão da comissão processante - 1 e 2

Teto Remuneratório

EC 41/2003: teto remuneratório e vantagens pessoais

Direito Constitucional

Conflito de Atribuições

Conflito de atribuições e Fundef - 2

Controle de Constitucionalidade

Voto secreto e art. 5º da Lei 12.034/2009 - 1 a 4

Majoração de alíquota de IPI e princípio da anterioridade nonagesimal - 1 a 3

Tribunal e eleição de órgãos diretivos

Participação em conselho: Poder Judiciário e Ministério Público - 1 a 3

Magistratura

Reclamação e eleição de órgão diretivo – 1 e 2

Mandado de Segurança

Informações sobre o PAC e ilegitimidade “ad causam”

Princípios e Garantias Constitucionais

Tribunal de justiça militar: quinto constitucional e princípio do juiz natural - 1 a 3

Princípio do promotor natural e nulidade

Exame da OAB e constitucionalidade - 1 a 9

Direito Penal

Penas

Tráfico de drogas e combinação de leis - 5 a 8

Princípios e Garantias Penais

Princípio da insignificância e rompimento de obstáculo

Tipicidade

“Fogueteiro” e atipicidade da conduta - 2 e 3

“Racha” e dolo eventual - 1 e 2

Crimes contra a ordem tributária e quadrilha - 5
Crime contra as relações de consumo e modalidade omissiva - 1 e 2

Direito Penal Militar

Princípios e Garantias Penais

Crime militar e princípio da insignificância

Direito Processual Civil

Execução de Sentença Estrangeira

HC e execução de sentença estrangeira

Direito Processual Penal

Condição de Procedibilidade

Lei Maria da Penha e audiência de retratação

Princípios e Garantias Processuais Penais

Duplo julgamento pelo mesmo fato: “bis in idem” e coisa julgada

Progressão de Regime

Progressão de regime e lapso temporal

Recursos

Agravo em matéria criminal e prazo para interposição - 1 a 4

Direito Processual Penal Militar

Suspensão Condicional do Processo

Processo penal militar e Lei 9.099/95 - 1 a 3

DIREITO ADMINISTRATIVO

Concurso Público

Anulação de concurso público: intimação de interessados e vinculação ao edital - 5

Em conclusão, o Plenário, por maioria, concedeu mandados de segurança a fim de declarar a validade da participação dos impetrantes até o final do certame, segundo o resultado deste. No caso, tratava-se de *writs* impetrados contra ato do Conselho Nacional de Justiça - CNJ que, em procedimentos de controle administrativo, determinara a desclassificação de todos os candidatos que obtiveram nota inferior a 77 pontos nas provas objetivas do Concurso Público para Provimento de Cargos de Juiz Substituto no Estado de Minas Gerais, instituído pelo Edital 1/2009 — v. Informativo 627. Prevaleceu o voto do Min. Marco Aurélio, ao enfatizar que a noção de devido processo seria extensível ao processo administrativo. Dessa forma, asseverou não ser possível a mudança de situação jurídica aperfeiçoada, ante ato administrativo de tribunal de justiça, sem o conhecimento do interessado para que, uma vez intimado, apresentasse defesa. Citou jurisprudência do STF, segundo a qual não é válida a intimação ficta dos interessados que não teriam conhecimento do processo administrativo no próprio CNJ (MS 25962/DF, DJe de 20.3.2009). Frisou que essa orientação ocasionara, inclusive, alteração do regimento interno desse órgão de controle (art. 49). Diante desse fato, bem como da peculiaridade da espécie, apontou a incidência do art. 249 do CPC (“O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados. § 1º O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte. § 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta”). Outrossim, registrou que, ao final do concurso, sobraram vagas a serem preenchidas, o que demonstraria a inexistência de prejuízo para os candidatos.

[MS 28603/DF, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 6.10.2011.](#)
(MS-28603)  [Áudio](#)

[MS 28594/DF, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 6.10.2011.](#)
(MS-28594)

[MS 28651/DF, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 6.10.2011.](#)
(MS-28651)

[MS 28666/DF, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 6.10.2011.](#)
(MS-28666)

1ª parte  [Video](#)

2ª parte  [Video](#)

3ª parte  [Video](#)

4ª parte  [Video](#)

(Informativo 643, Plenário)

Anulação de concurso público: intimação de interessados e vinculação ao edital - 6

O Min. Luiz Fux acrescentou que o CNJ, ao considerar inválida a admissão dos candidatos “excedentes”, teria pretendido sobrepor regra editalícia à própria Constituição, da qual se extraem os princípios da proteção da confiança legítima, inerente à segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*), e o da moralidade (CF, art. 37, *caput*). Assinalou que a anulação de questões, fator que permitira a modificação da lista de aprovados na primeira fase, resultara de erro da própria Administração Pública. Desse modo, tendo a falha primordial partido do Estado, e não dos administrados, o ato que excluía os ora impetrantes do concurso iria de encontro ao princípio segundo o qual ninguém pode se valer da própria torpeza. Afirmou que, como todos aqueles que seriam aprovados sem a anulação das questões teriam sido mantidos no concurso, bem assim aqueles outros que só poderiam prosseguir no exame em virtude de repontuação, não haveria prejuízo a ensejar nulidade (*pas de nullité sans grief*), pois a ampliação do número de aprovados decorreria de critérios objetivos e impessoais. Ademais, reputou indefensável a declaração de nulidade do ato impugnado em face: a) da inexistência de prejuízo a terceiros; b) do fato de que a Administração fora beneficiada ao alargar as chances de selecionar candidatos qualificados; c) da legítima expectativa dos impetrantes, a qual deveria ser protegida; e d) da impessoalidade da premissa que dilatara o rol de aprovados.

[MS 28603/DF, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 6.10.2011.](#)
(MS-28603)  [Áudio](#)

[MS 28594/DF, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 6.10.2011.](#)
(MS-28594)

[MS 28651/DF, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 6.10.2011.](#)
(MS-28651)

[MS 28666/DF, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 6.10.2011.](#)
(MS-28666)

(Informativo 643, Plenário)

Anulação de concurso público: intimação de interessados e vinculação ao edital - 7

O Min. Dias Toffoli, por sua vez, consignou que o Estado-administrador ou gestor — tribunal de justiça — considerara habilitados, em primeiro momento, participantes classificados acima do limite editalício na segunda fase do certame, donde, evidentemente, consubstanciara-se interesse justificado deles na realização da prova. Isso porque eles poderiam ter se mudado, feito cursos ou até mesmo deixado o trabalho por conta dessa aprovação. Ponderou que, posteriormente, o Estado-fiscalizador — CNJ — dispusera que o Estado-gestor errara na sua atuação, pois não cumprira a Lei 9.784/99, tampouco a premissa constitucional da garantia do devido processo legal e da ampla defesa, inclusive, em processo administrativo. Explicitou que, a partir do momento em que o Estado convocara os candidatos para a consecução do exame, eles tinham o direito de se defender no processo administrativo do CNJ, pois não se poderia admitir que o cidadão, enquanto jurisdicionado e administrado, fosse feito de “joguete” entre os órgãos e as instituições estatais. Destacou, também, que o critério utilizado pela banca examinadora teria se pautado pela objetividade, de sorte que não se afrontara o princípio constitucional da impessoalidade.

[MS 28603/DF, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 6.10.2011.](#)
(MS-28603)  [Áudio](#)

[MS 28594/DF, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 6.10.2011.](#)
(MS-28594)

[MS 28651/DF, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 6.10.2011.](#)
(MS-28651)

[MS 28666/DF, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 6.10.2011.](#)
(MS-28666)

Anulação de concurso público: intimação de interessados e vinculação ao edital - 8

O Min. Ricardo Lewandowski, a seu turno, sublinhou que, na situação dos autos, não seria adequado anular-se o concurso ou não se permitir que os candidatos classificados além das 500 primeiras colocações pudessem ocupar as respectivas vagas. Ocorre que tiveram legítima expectativa de prosseguirem no certame após anulação de questões, bem assim porque já teriam sido aprovados, o que indicaria situação já consolidada. No ponto, realçou os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, bem como o da proteção da boa-fé dos administrados e o da razoabilidade. O Min. Ayres Britto esclareceu que não ocorrera alteração das regras do edital, uma vez que teria havido redução da nota de corte em virtude da anulação de três questões, e não por vontade simples da Administração Pública. Ressurtiu, então, que, como não se estaria a discutir a legalidade do ato que anulava essas questões, seria impositivo conceder a segurança. Vencida a Min. Cármen Lúcia, relatora, que assentava a impossibilidade de flexibilização do edital, porquanto configuraria lei interna do certame. Igualmente, entendia que permitir que constasse da lista de classificados da prova objetiva mais candidatos do que inicialmente previsto — depois de serem estes conhecidos pela Administração Pública — malferiria os princípios da impessoalidade e da isonomia.

[MS 28603/DF, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 6.10.2011. \(MS-28603\)](#)  Áudio

[MS 28594/DF, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 6.10.2011. \(MS-28594\)](#)

[MS 28651/DF, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 6.10.2011. \(MS-28651\)](#)

[MS 28666/DF, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 6.10.2011. \(MS-28666\)](#)

(Informativo 643, Plenário)

Mandado de segurança e prazo decadencial - 1

O termo inicial para impetração de mandado de segurança a fim de impugnar critérios de aprovação e de classificação de concurso público conta-se do momento em que a cláusula do edital causar prejuízo ao candidato. Com base nesse entendimento, a 2ª Turma, ao superar preliminar de decadência, conheceu de recurso ordinário em mandado de segurança, mas o desproveu no mérito. Na espécie, o ora recorrente, apesar de aprovado na primeira fase de certame, não fora convocado para realizar as etapas consequentes, porquanto não lograra classificação necessária para tanto. Obtivera, então, provimento judicial cautelar, que lhe permitira participar das provas, de sorte que se classificara dentro do número de vagas deduzidas no edital. Entretanto, posteriormente, a liminar fora cassada, ao fundamento de decadência da impetração, o que o excluía do certame. O recorrente alegava que o edital teria violado os princípios da legalidade e da igualdade ao dispor que apenas os classificados dentro do dobro do número de vagas previstas persistiriam no concurso. A autoridade coatora, a seu turno, suscitava decadência do direito de impetração, uma vez que o prazo para questionar cláusula editalícia teria se dado com a publicação do edital de abertura do concurso na imprensa oficial, e não da data do ato lesivo ao candidato.

[RMS 23586/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2011. \(RMS-23586\)](#)

(Informativo 646, 2ª Turma)

Mandado de segurança e prazo decadencial - 2

No mérito, consignou-se que a concessão de liminar mandamental não seria suficiente para garantir, em definitivo, nomeação e posse em cargo público. Asseverou-se que a regra restritiva, conquanto não eliminasse o candidato pelo desempenho inferior ao exigido, coadunar-se-ia perfeitamente com a razão de existir do processo seletivo e com a Constituição. Isso porque determinaria a contratação dos melhores candidatos ao obstaculizar a participação daqueles que não se encontrassem entre os melhores classificados, de acordo com a previsão numérica pré-estabelecida no edital. Igualmente, aduziu-se que este tipo de disposição editalícia não malferiria o princípio da isonomia, visto que estabeleceria padrão distintivo razoável, baseado no desempenho de cada participante nas fases anteriores do exame, de modo que os diferenciaria segundo critérios meritórios. Por fim, sublinhou-se que a “regra de afunilamento” seria comumente adotada pela Administração, tendo em vista a necessidade prática de planejar, organizar e desenvolver os certames públicos com quantidade minimamente razoável de candidatos nas fases mais avançadas, porque geralmente mais dispendiosas.

[RMS 23586/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2011. \(RMS-23586\)](#)

(Informativo 646, 2ª Turma)

Servidor Público

PAD e vinculação à decisão da comissão processante - 1

A 2ª Turma negou provimento a recurso ordinário em mandado de segurança interposto de decisão do STJ que entendera legítima a demissão de servidor público. No caso, o recorrente alegava: a) ilegalidade do ato demissionário, tendo em vista o não-acatamento das conclusões da comissão processante pela autoridade julgadora; b) cerceamento de defesa, em virtude de ausência de intimação pessoal da pena de demissão e total ausência de fundamentação desse ato administrativo; e c) incompetência do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão para aplicação da referida penalidade, ante a ilegalidade da delegação a ele conferida. Ressaltou-se, inicialmente, que Ministro de Estado teria competência para aplicar pena de demissão a servidor em virtude de condenação em processo administrativo disciplinar, nos termos do disposto no art. 84 da CF e no Decreto 3.035/99. Aduziu-se que o recorrente tomara ciência da demissão por intermédio de publicação no Diário Oficial da União, o que seria a comunicação adequada para o ato, sendo desnecessário intimá-lo pessoalmente.

[RMS 24619/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 11.10.2011. \(RMS-24619\)](#)

(Informativo 644, 2ª Turma)

PAD e vinculação à decisão da comissão processante - 2

Concluiu-se que a Lei 8.112/90 autorizaria o julgador a alterar a penalidade imposta ao servidor pela comissão processante, desde que a decisão estivesse devidamente fundamentada (“*art. 168 O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos. Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade*”). Reputou-se que a referida autoridade ministerial considerara, em decisão satisfatoriamente fundamentada e com respaldo no parecer emitido pela consultoria jurídica do órgão, que as provas constantes dos autos referir-se-iam à conduta desidiosa, à qual deveria ser aplicada a pena de demissão e não a de advertência.

[RMS 24619/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 11.10.2011. \(RMS-24619\)](#)

(Informativo 644, 2ª Turma)

Teto Remuneratório

EC 41/2003: teto remuneratório e vantagens pessoais

As vantagens pessoais percebidas antes da entrada em vigor da EC 41/2003 não se computam para fins de cálculo do teto constitucional. Com esse entendimento, a 2ª Turma, por maioria, concedeu a ordem em mandado de segurança impetrado por procurador da república aposentado, para reconhecer o direito do impetrante de — a partir da data da impetração — continuar a receber, sem redução, o montante bruto que percebia anteriormente à EC 41/2003, até a sua total absorção pelas novas formas de composição de seus proventos. O Min. Gilmar Mendes, relator, destacou que a matéria fora objeto de decisão pelo Plenário desta Corte. Vencido o Min. Ayres Britto, que denegava a segurança.

[MS 27565/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 18.10.2011. \(MS-27565\)](#)

(Informativo 645, 2ª Turma)

Direito Constitucional

Conflito de Atribuições

Conflito de atribuições e Fundef - 2

O Plenário concluiu julgamento de ações cíveis originárias em que discutido conflito negativo de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de São Paulo, para investigação de irregularidades concernentes à gestão e à prestação de contas dos recursos oriundos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino e Valorização do Magistério - Fundef, que passou a ser denominado Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização da Educação - Fundeb — v. Informativo 634. Ao reafirmar diretriz jurisprudencial no sentido de que o STF é competente para dirimir conflito de atribuições entre o *parquet* da União e os dos Estados-membros, preliminarmente, por votação majoritária, conheceu-se do conflito. Vencidos, no ponto, os Ministros Luiz Fux e Celso de Mello, por entenderem não caber ao Supremo solucionar a presente divergência. No

mérito, o Tribunal, também por maioria, reconheceu a atribuição do Ministério Público Federal para apurar eventual ocorrência de ilícito penal e a do Ministério Público do Estado de São Paulo para investigar hipóteses de improbidade administrativa (ação de responsabilidade civil). O Min. Luiz Fux acentuou que, em ação de improbidade, não haveria prejuízo de posterior deslocamento de competência à Justiça Federal, em caso de superveniente intervenção da União ou de reconhecimento ulterior de lesão ao patrimônio nacional. Vencido o Min. Marco Aurélio, que reputava ser do *parquet* paulista a atribuição para as ações, porquanto não se teria, na espécie, o envolvimento de serviço público federal ou de recursos da própria União.

[ACO 1109/SP, rel. Min. Ellen Gracie, 5.10.2011. \(ACO-1109\)](#)  [Audio](#)

[ACO 1206/SP, rel. Min. Ellen Gracie, 5.10.2011. \(ACO-1206\)](#)

[ACO 1241/SP, rel. Min. Ellen Gracie, 5.10.2011. \(ACO-1241\)](#)

[ACO 1250/SP, rel. Min. Ellen Gracie, 5.10.2011. \(ACO-1250\)](#)

1ª parte  [Video](#)

2ª parte  [Video](#)

3ª parte  [Video](#)

4ª parte  [Video](#)

(Informativo 643, Plenário)

Controle de Constitucionalidade

Voto secreto e art. 5º da Lei 12.034/2009 - 1

O Plenário deferiu medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Procurador Geral da República, para suspender os efeitos do art. 5º da Lei 12.034/2009, que dispõe sobre a criação, a partir das eleições de 2014, do voto impresso [*“Art. 5 Fica criado, a partir das eleições de 2014, inclusive, o voto impresso conferido pelo eleitor, garantido o total sigilo do voto e observadas as seguintes regras: § 1º A máquina de votar exibirá para o eleitor, primeiramente, as telas referentes às eleições proporcionais; em seguida, as referentes às eleições majoritárias; finalmente, o voto completo para conferência visual do eleitor e confirmação final do voto. § 2º Após a confirmação final do voto pelo eleitor, a urna eletrônica imprimirá um número único de identificação do voto associado à sua própria assinatura digital. § 3º O voto deverá ser depositado de forma automática, sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado. § 4º Após o fim da votação, a Justiça Eleitoral realizará, em audiência pública, auditoria independente do software mediante o sorteio de 2% (dois por cento) das urnas eletrônicas de cada Zona Eleitoral, respeitado o limite mínimo de 3 (três) máquinas por município, que deverão ter seus votos em papel contados e comparados com os resultados apresentados pelo respectivo boletim de urna. § 5º É permitido o uso de identificação do eleitor por sua biometria ou pela digitação do seu nome ou número de eleitor, desde que a máquina de identificar não tenha nenhuma conexão com a urna eletrônica”*].

[ADI 4543 MC/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 19.10.2011. \(ADI-4543\)](#)  [Audio](#)

1ª parte  [Video](#)

2ª parte  [Video](#)

3ª parte  [Video](#)

4ª parte  [Video](#)

(Informativo 645, Plenário)

Voto secreto e art. 5º da Lei 12.034/2009 - 2

A Min. Cármen Lúcia, relatora, inicialmente realizou retrospecto acerca de pretéritas experiências legislativas na tentativa de dar efetividade ao sistema do voto impresso e revelou seu fracasso, em razão das dificuldades jurídicas e materiais constatadas. Afirmou-se que esses episódios teriam demonstrado o quão correta fora a opção e a invenção do sistema brasileiro do voto eletrônico, dada a inadequação e o retrocesso representado pelo voto registrado em papel. Destacou-se o caráter secreto do sufrágio no direito constitucional brasileiro (CF, art. 14), conquista destinada a garantir a inviolabilidade do querer democrático do eleitor e a intangibilidade do seu direito por qualquer forma de pressão. Reputou-se que a impressão do voto feriria o direito inexpugnável ao segredo, visto que configuraria prova do ato de cidadania. Assim, o papel seria desnecessário, pois o eleitor não haveria de prestar contas a quem quer que fosse e o sistema eletrônico dotar-se-ia de segurança incontestável, conforme demonstrado reiteradamente. Nesse sentido, concluiu-se que a impressão serviria para demonstração a terceiro e para vulnerar o segredo constitucionalmente assegurado ao cidadão. Consignou-se que o § 2º do dispositivo impugnado reforçaria essa assertiva, pois o número de identificação associado à assinatura digital poderia favorecer a coação de eleitores pela possibilidade de vincular o voto a compromissos espúrios. Por outro lado, a urna eletrônica, atualmente utilizada, permitiria que o resultado fosse transmitido às centrais sem a

identificação do votante. Ademais, a impressão criaria discriminação em relação às pessoas com deficiências visuais e aos analfabetos, que não teriam como verificar seus votos, para o que teriam de buscar ajuda de terceiros, em detrimento do direito ao sigilo igualmente assegurado a todos.

[ADI 4543 MC/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 19.10.2011. \(ADI-4543\)](#)

(Informativo 645, Plenário)

Voto secreto e art. 5º da Lei 12.034/2009 - 3

Frisou-se que a cada eleitor seria garantido o direito e o dever de um voto, apenas, e que o sistema atual asseguraria que somente se abriria a urna após a identificação do votante e a pessoa não seria substituída, sequer votaria mais de uma vez. Por seu turno, ao vedar a conexão entre o instrumento de identificação e a respectiva urna, o § 5º do artigo de que se cuida possibilitaria a permanência da abertura dela, pelo que poderia o eleitor votar mais de uma vez, ao ficar na cabine. Sublinhou-se, ademais, o princípio da proibição de retrocesso, que seria aplicável também aos direitos políticos, dentre os quais a invulnerabilidade do segredo de voto (CF, art. 60, § 4º, II). No ponto, o Min. Gilmar Mendes afastou esse fundamento, em razão do risco de se ter como parâmetro de controle não apenas a Constituição, mas as leis consideradas benéficas. O Colegiado afirmou que o princípio democrático (CF, art. 1º) garantiria o voto sigiloso, que o sistema adotado — sem as alterações do art. 5º da Lei 12.034/2009 — propiciaria. Destacou-se que a alteração do processo conduziria à desconfiança no sistema eleitoral, própria das ditaduras.

[ADI 4543 MC/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 19.10.2011. \(ADI-4543\)](#)

(Informativo 645, Plenário)

Voto secreto e art. 5º da Lei 12.034/2009 - 4

Quanto às questões de ordem prática, reputou-se que a reinserção do voto impresso criaria diversos inconvenientes. Seria necessária a introdução de impressoras nas seções eleitorais, a potencializar falhas e impedir o transcurso regular dos trabalhos. Ademais, a mudança aumentaria a vulnerabilidade do sistema, visto que o voto impresso não atingiria o objetivo ao qual se propõe, de possibilitar a recontagem e a auditoria. A respeito, asseverou-se que a sistemática eletrônica atual, por sua vez, permitiria a recontagem de votos, de forma automatizada, sem comprometer o segredo do sufrágio ou a credibilidade do processo eleitoral. Consignou-se, ainda, a existência de outros instrumentos de segurança a garantir a auditoria da urna eletrônica sem a necessidade de implantação do voto impresso. Nesse aspecto, o Min. Dias Toffoli mencionou a desproporcionalidade entre o fim pretendido pela lei impugnada e os meios por ela descritos. Sob o ponto de vista orçamentário, acrescentou-se — de maneira a corroborar os demais argumentos — que o custo do voto, por eleitor, aumentaria em mais de 140%, o que afrontaria os princípios da eficiência administrativa (CF, art. 37) e da economicidade (CF, art. 70). Por fim, no que concerne ao *periculum in mora*, necessário à concessão da medida, sublinhou-se que a aquisição e a adequação dos equipamentos necessários para dar efetividade ao dispositivo afrontado, bem como a mudança na estrutura e dinâmica do Serviço de Tecnologia da Informação do TSE — já ocupado com as providências requeridas para a realização das eleições de 2012 — seriam requeridas para a realização das eleições de 2012 — seriam esforços descartados e sem aproveitamento se, ao final, declarar-se inconstitucional o referido artigo.

[ADI 4543 MC/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 19.10.2011. \(ADI-4543\)](#)

(Informativo 645, Plenário)

Majoração de alíquota de IPI e princípio da anterioridade nonagesimal - 1

O Plenário deferiu pedido de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo partido político Democratas - DEM, para suspender o art. 16 do Decreto 7.567/2011, que confere vigência imediata à alteração da Tabela de Incidência do IPI - TIPI, na qual se majoraram alíquotas sobre operações envolvendo veículos automotores (“Art. 16. *Esse Decreto entra em vigor na data de sua publicação*”). Consignou-se que a reforma tributária promovida pelo constituinte derivado, com a promulgação da Emenda Constitucional 42/2003, alargara o âmbito de proteção dos contribuintes e estabeleceu nova restrição ao poder de tributar da União, dos Estados-membros e dos Municípios. Aduziu-se que fora acrescentada a alínea c ao inciso III do art. 150 da CF, com ampliação da incidência do princípio da anterioridade nonagesimal, antes restrita à cobrança das contribuições sociais (CF, art. 195, § 6º). No tocante ao IPI, o tratamento teria sido singular. Na redação conferida ao art. 150, § 1º, da CF, continuara o imposto excepcionado da incidência do princípio da anterioridade anual, mas não da anterioridade nonagesimal. [“Art. 150. *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: ... III - cobrar tributos: ... b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; c) antes de*

decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; ... § 1º A vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I. ... Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: ... IV - produtos industrializados; ... § 1º - É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V”].

[ADI 4661 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 20.10.2011. \(ADI-4661\)](#)  **Áudio**

1ª parte  **Video**

2ª parte  **Video**

3ª parte  **Video**

4ª parte  **Video**

(Informativo 645, Plenário)

Majoração de alíquota de IPI e princípio da anterioridade nonagesimal - 2

Asseverou-se que o princípio da anterioridade representaria garantia constitucional estabelecida em favor do contribuinte perante o Poder Público, norma voltada a preservar a segurança e a possibilitar um mínimo de previsibilidade às relações jurídico-tributárias. Mencionou-se que o referido princípio destinar-se-ia a assegurar o transcurso de lapso temporal razoável a fim de que o contribuinte pudesse elaborar novo planejamento e adequar-se à realidade tributária mais gravosa. Assim, o art. 16 do Decreto 7.567/2011, ao prever a imediata entrada em vigor de norma que implicara aumento da alíquota de IPI contrariaria o art. 150, III, c, da CF. Deste modo, a possibilidade de acréscimo da alíquota do IPI mediante ato do Poder Executivo, em exceção ao princípio da legalidade (CF, art. 153, § 1º), não afastaria a necessidade de observância ao postulado da anterioridade nonagesimal. Por revelar garantia do contribuinte contra o poder de tributar, esse princípio somente poderia ser mitigado mediante disposição constitucional expressa, o que não ocorreria em relação ao IPI.

[ADI 4661 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 20.10.2011. \(ADI-4661\)](#)

(Informativo 645, Plenário)

Majoração de alíquota de IPI e princípio da anterioridade nonagesimal - 3

Reputou-se que a Constituição deveria ser interpretada de forma sistemática. Dessa maneira, o permissivo por meio do qual se autorizaria o uso de ato infralegal para a modificação da alíquota não conferiria ao Executivo poderes mais amplos do que os atribuídos ao Congresso Nacional, até mesmo porque, nos termos do art. 153, § 1º, da CF, os poderes seriam exercidos nas condições e limites estabelecidos em lei. Apesar do inegável aspecto extrafiscal do IPI, a atividade do contribuinte seria desenvolvida levando em conta a tributação existente em dado momento, motivo pelo qual a majoração do tributo, ainda mais quando poderia efetivar-se em até trinta pontos percentuais, deveria obedecer aos postulados da segurança jurídica e da não-surpresa. Os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso, Presidente, destacaram que o princípio da anterioridade nonagesimal constituiria direito fundamental deslocado do art. 5º da CF, destinado a salvaguardar o contribuinte do arbítrio destrutivo ou dos excessos gravosos do Estado. Dessa forma, nem mesmo o Poder Constituinte derivado poderia mutilá-lo e, muito menos, extingui-lo. Por fim, deliberou-se conferir efeitos *ex tunc* à medida liminar. Vencido, nesta parte, o relator, que atribuía efeitos *ex nunc* à decisão.

[ADI 4661 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 20.10.2011. \(ADI-4661\)](#)

(Informativo 645, Plenário)

Tribunal e eleição de órgãos diretivos

Ao confirmar o que manifestado na apreciação da medida cautelar, o Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, para declarar a inconstitucionalidade do art. 62 da Constituição do Estado de São Paulo, na redação dada pela EC 7/99, do mesmo ente federado (“O Presidente e o 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça e o Corregedor Geral da Justiça comporão o Conselho Superior da Magistratura e serão eleitos a cada biênio, dentre os integrantes do órgão especial, pelos Desembargadores, Juízes dos Tribunais de Alçada e Juízes vitalícios”). Dessa forma, reputou-se que o preceito adversado afrontaria o próprio texto da Constituição (artigos 92 e 96, I, a) ao prever que todos os juízes elegeriam órgão diretivo daquela Corte estadual. Vencido o Min. Marco Aurélio, que julgava o pleito improcedente.

[ADI 2012/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 27.10.2011. \(ADI-2012\)](#)  **Áudio**

1ª parte  **Video**

2ª parte  **Video**

[3ª parte](#)  Video

[4ª parte](#)  Video

(Informativo 646, Plenário)

Participação em conselho: Poder Judiciário e Ministério Público - 1

O Plenário, por maioria, julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação direta, proposta pelo Procurador-Geral da República, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “*Poder Judiciário*” disposta no parágrafo único do art. 51 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Ademais, conferiu interpretação conforme a Constituição ao referido parágrafo para assentar que a participação do Ministério Público no Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente deve ocorrer na condição de membro-convidado e sem direito a voto (“*Art. 51 - Fica criado o Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente, como órgãos normativo, consultivo, deliberativo e controlador da política integrada de assistência à infância e à juventude. Parágrafo único - A lei disporá sobre a organização, composição e funcionamento do Conselho, garantindo a participação de representantes do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil, órgãos públicos encarregados da execução da política de atendimento à infância e à juventude, assim como, em igual número, de representantes de organizações populares de defesa dos direitos da criança e do adolescente, legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano*”).

[ADI 3463/RJ, rel. Min. Ayres Britto, 27.10.2011. \(ADI-3463\)](#)  Audio

[1ª parte](#)  Video

[2ª parte](#)  Video

[3ª parte](#)  Video

[4ª parte](#)  Video

(Informativo 646, Plenário)

Participação em conselho: Poder Judiciário e Ministério Público - 2

Prevaleceu o voto do Min. Ayres Britto, relator. De início, explicitou que o art. 129, IX, da CF autorizaria o Ministério Público a exercer outras funções não antecipadamente listadas em seus incisos I a VIII, desde que: a) compatíveis com suas finalidades institucionais — a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127, *caput*); e b) vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. Ato contínuo, dessumiu que o rol de competências do *parquet* não seria taxativo. Aduziu que, dentre os direitos constitucionais sob a vigilância tutelar do Ministério Público, sobrelevaria a defesa da criança e do adolescente (CF, artigos 129, II, e 227). Portanto, a participação conjunta do *parquet* e de outros órgãos “*encarregados da execução da política de atendimento à infância e à juventude*”, em Conselho instituído para prestar essa assistência, não significaria desempenhar função estranha aos seus misteres. No ponto, inferiu que o dispositivo adversado não outorgara competência ao Ministério Público. Nesse contexto, a possibilidade de participação do *parquet* fluminense não seria inconstitucional caso se entendesse que ele compusesse o Conselho como membro convidado e sem direito a voto, da mesma maneira que ocorre no Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama. Compreendeu que o ponderado equacionamento do feito passaria pelo manejo da técnica de controle de constitucionalidade chamada “interpretação conforme”, modo especial de sindicat a constitucionalidade dos atos do Poder Público, o que realizou para solver a questão de mérito.

[ADI 3463/RJ, rel. Min. Ayres Britto, 27.10.2011. \(ADI-3463\)](#)

(Informativo 646, Plenário)

Participação em conselho: Poder Judiciário e Ministério Público - 3

Esclareceu que, embora a fundamentação do texto da exordial versasse apenas acerca da expressão “*Ministério Público*”, o pedido abrangeria todo o parágrafo único do dispositivo apontado. Dessa forma, asseverou ser inconstitucional a inclusão de membro do Poder Judiciário no indicado Conselho, dada a potencialidade de quebrantar o princípio da imparcialidade dos julgadores. Ao acompanhar o relator, o Min. Ricardo Lewandowski vislumbrou que as iniciativas legislativas que prevêm a participação, em determinados órgãos, de membros de outros Poderes, feririam, em princípio, a separação dos Poderes, prevista na Constituição. O Min. Luiz Fux destacou que afastar o *parquet* de um órgão que cuidasse de políticas públicas concernentes à criança e ao adolescente tornar-se-ia até uma *contraditio in terminis*. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, Presidente, que julgavam procedente a pretensão formulada na inicial. Aquele assentava que o pedido estaria restrito à participação do Ministério Público. Alguém precedentes citados: ADI 3046/SP (DJU de 28.5.2004); ADI 2794/DF (DJU de 30.3.2007).

Magistratura

Reclamação e eleição de órgão diretivo - 1

Ante a singularidade do quadro fático, o Plenário julgou improcedente reclamação ajuizada, por desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em face de decisão administrativa que realizara sufrágio para cargos diretivos daquela Corte em 2009. Alegavam afronta ao que decidido pelo Supremo na ADI 3566/DF (DJe de 15.6.2007), no sentido de serem inconstitucionais os artigos 5º e 62 do Regimento Interno da Corte gaúcha, normas que dispunham sobre o universo dos magistrados elegíveis para seus órgãos de direção de forma incompatível com a Lei Orgânica da Magistratura Nacional - Loman (Lei Complementar federal 35/79, art. 102: “*Os Tribunais, pela maioria dos seus membros efetivos, por votação secreta, elegerão dentre seus Juizes mais antigos, em número correspondente ao dos cargos de direção, os titulares destes, com mandato por dois anos, proibida a reeleição. Quem tiver exercido quaisquer cargos de direção por quatro anos, ou o de Presidente, não figurará mais entre os elegíveis, até que se esgotem todos os nomes, na ordem de antiguidade. É obrigatória a aceitação do cargo, salvo recusa manifestada e aceita antes da eleição*”). Reputou-se ser a situação factual diversa, visto que os candidatos não seriam os mesmos para os cargos em disputa. Ademais, o tribunal observara, relativamente à eleição de cada cargo, os desembargadores mais antigos, excluídos os inelegíveis e os que recusaram a candidatura. No ponto, asseverou-se que, independentemente da intenção, ao separar o sufrágio dos cargos e desse modo apurá-lo, ter-se-ia obedecido ao que disposto na lei orgânica. Realçou-se que, em razão da ausência de outros candidatos, desaparecera o problema concernente à antiguidade dos juizes elegíveis, porquanto esta apenas se colocava em relação àqueles que se apresentaram como concorrentes. Em virtude da contextura da espécie, entendeu-se válida a eleição. Concluiu-se inexistir o descumprimento da Loman e a ofensa à autoridade do que decidido no paradigma aventado.

[Rcl 9723/RS, rel. Min. Luiz Fux, 27.10.2011. \(Rcl-9723\)](#)  **Aúdio**

[1ª parte](#)  **Video**

[2ª parte](#)  **Video**

[3ª parte](#)  **Video**

[4ª parte](#)  **Video**

(Informativo 646, Plenário)

Reclamação e eleição de órgão diretivo - 2

O Min. Luiz Fux, relator, observou que, em dezembro deste ano, realizar-se-ão novas eleições no mencionado Tribunal. Assim, sublinhou a primazia da lei orgânica em cotejo com regimentos internos. Lembrou orientação do STF segundo a qual o regramento relativo à escolha dos cargos diretivos dos tribunais brasileiros, por tratar de tema eminentemente institucional, situa-se como matéria própria ao Estatuto da Magistratura, dependendo, portanto, para uma nova regulamentação, da edição de lei complementar federal, nos termos do que dispõe a Constituição. Por fim, enfatizou que somente os magistrados mais antigos seriam elegíveis aos cargos diretivos.

[Rcl 9723/RS, rel. Min. Luiz Fux, 27.10.2011. \(Rcl-9723\)](#)

(Informativo 646, Plenário)

Mandado de Segurança

Informações sobre o PAC e ilegitimidade “ad causam”

A 2ª Turma desproveu agravo regimental interposto de decisão do Min. Ricardo Lewandowski, em recurso ordinário em mandado de segurança, do qual relator, interposto de decisão do STJ que extinguiu o *writ* lá impetrado, sem resolução de mérito, em razão de ilegitimidades ativa e passiva *ad causam*. No caso, parlamentar requerera, individualmente, a Ministro de Estado da Fazenda, informações sobre projeto do Poder Legislativo, referente a implementação de teleférico em complexo de habitações populares. Asseverou-se que a norma do art. 50, § 2º, da CF conferira às Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal prerrogativa para solicitar informações, do que resultaria a ilegitimidade ativa. Consignou-se, ainda, a ilegitimidade do Ministro de Estado da Fazenda para figurar no pólo passivo desse *writ*, uma vez que referido projeto, no âmbito do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, seria de responsabilidade do Departamento de Urbanização de Assentamentos Precários do Ministério das

Cidades, cabendo a este, eventualmente, o fornecimento das informações pretendidas. O Min. Ayres Britto acompanhou o relator apenas quanto ao segundo fundamento.

[RMS 28251 AgR/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 18.10.2011. \(RMS-28251\)](#)

(Informativo 645, 2ª Turma)

Princípios e Garantias Constitucionais

Tribunal de justiça militar: quinto constitucional e princípio do juiz natural - 1

O Plenário, por maioria, desproveu recurso extraordinário — interposto anteriormente ao sistema da repercussão geral — em que se alegava o descumprimento da regra do quinto constitucional (CF, art. 94), quando da análise de apelação criminal em 2005 pela 2ª Câmara do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, ante a ausência de representante da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB na composição daquela Corte. Ademais, a defesa argumentava que o réu teria sido condenado 2 vezes por um mesmo fato, de forma a caracterizar *bis in idem*. Aventava, também, que o tribunal de justiça bandeirante, em sede de controle abstrato, declarara, em 2003, a inconstitucionalidade dos artigos 2º e 226 do Regimento Interno da Corte castrense (“Art. 2º O Tribunal de Justiça Militar do Estado, com sede na Capital do Estado e jurisdição em todo o território estadual, compõe-se de sete juízes vitalícios, sendo quatro juízes militares, nomeados dentre coronéis da ativa, da Polícia Militar do Estado, e três juízes civis, sendo dois promovidos dentre os juízes auditores, e o terceiro nomeado na forma do Quinto Constitucional, alternadamente, dentre representantes do Ministério Público Estadual e dos Advogados, de notório saber jurídico e reputação ilibada, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes ... Art. 226 O provimento da vaga do Quinto Constitucional será feito, alternadamente, por membro do Ministério Público e por representante da Seção Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil, de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional ou na carreira, dentre os indicados em lista sêxtupla por aquelas Instituições, e que formarão a lista tríplex pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, que encaminhará os nomes ao Governador do Estado para nomeação de um deles à vaga, no prazo de vinte dias subsequentes”), por desrespeitarem a referida regra constitucional.

[RE 484388/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 13.10.2011.](#)

[\(RE-484388\)](#)  [Áudio](#)

1ª parte  [Video](#)

2ª parte  [Video](#)

3ª parte  [Video](#)

4ª parte  [Video](#)

(Informativo 644, Plenário)

Tribunal de justiça militar: quinto constitucional e princípio do juiz natural - 2

Inicialmente, esclareceu-se que a Corte militar era composta de 5 juízes, dos quais 3 militares, 1 de carreira e, alternativamente, 1 advogado ou membro do *parquet*. Prevaleceu o voto do Min. Luiz Fux. Primeiramente, verificou a ausência de prequestionamento da matéria relativa ao *bis in idem*. Em seguida, afirmou que, para ele, não assistiria legitimidade à parte recorrente, ainda que violado o art. 94 da CF, porquanto a indagação sobre o preenchimento de quinto constitucional na configuração daquela Corte caberia apenas aos órgãos e às entidades envolvidas — Ministério Público e OAB —, haja vista que a vaga seria de um ou de outro. Além disso, ponderou inexistir, na espécie, prejuízo decorrente de inobservância do preceito, o que impediria a declaração de nulidade consoante o art. 499 do CPPM (“Nenhum ato judicial será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”). Aludiu a julgado da 1ª Turma, sob enfoque do princípio do juiz natural, no sentido de que a composição, em rito do Tribunal, não influenciaria no mérito da questão. Ressaltou que o recorrente não poderia ter expectativa de que, ali presente outro integrante, receberia decisão mais favorável. O Colegiado salientou que, conquanto o art. 94 da CF fosse aplicável aos tribunais estaduais militares, não obrigaria a observância do quinto constitucional a órgão fracionário. Por sua vez, o Min. Celso de Mello mencionou haver, na ocasião, no quadro do citado tribunal, juiz oriundo do Ministério Público que, no entanto, não participara do julgamento da apelação na 2ª Câmara da Corte militar. Acentuou que a Lei Complementar paulista 1.037/2008 regularizara a composição plenária em comento, de maneira que hoje figurariam juízes advindos do *parquet* e da classe dos advogados. Explicitou, por fim, que a participação, à época, dos 3 magistrados de carreira na composição da Câmara não ofenderia, por si, o princípio do juiz natural.

[RE 484388/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 13.10.2011.](#)

[\(RE-484388\)](#)  [Áudio](#)

(Informativo 644, Plenário)

Tribunal de justiça militar: quinto constitucional e princípio do juiz natural - 3

Vencidos os Ministros Marco Aurélio, relator, Cármen Lúcia e Ayres Britto, que davam provimento ao recurso para atribuir interpretação conforme aos artigos 20 e 21 da Lei 5.048/58 e 1º da Lei Complementar 1.037/2008, ambas do Estado de São Paulo, assentando caber uma cadeira ao Ministério Público e outra a egresso da advocacia. Assinalavam, de igual modo, a insubsistência do julgamento da apelação, considerado o postulado do juiz natural, em virtude de vício na constituição do Tribunal castrense quando apenas uma vaga era destinada ao quinto. O relator sublinhava que a situação dos autos seria distinta, conflitante com a interpretação sistemática e teleológica dos artigos 94 e 125 da Carta da República. Apontava que as indicadas normas regimentais teriam ingressado mundo jurídico a partir de interpretação equivocada dos artigos 20 e 21 da Lei 5.048/58 [*“Artigo 20 O Tribunal de Justiça Militar, com sede na Capital, compor-se-á de 7 (sete) juízes, nomeados pelo Governador do Estado, com o título de ministros, sendo 4 (quatro) civis e 3 (três) militares. ... Artigo 21 Os juízes civis serão escolhidos de modo a que os respectivos cargos sejam preenchidos por bacharéis em direito, brasileiros natos, maiores de 35 anos de idade, com 10 (dez) anos, pelo menos, de exercício na magistratura, no ministério público ou advocacia comum ou militares”*]. Outrossim, realçava que o art. 1º da Lei Complementar 1.037/2008 criara mais um cargo de juiz a ser ocupado por egresso da advocacia e silenciara a respeito da vaga destinada ao Ministério Público. Por derradeiro, consignava que o defeito concernente à composição da Corte militar irradiar-se-ia a ponto de alcançar o órgão fracionário.

[RE 484388/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 13.10.2011. \(RE-484388\)](#)  **Audio**

(Informativo 644, Plenário)

Princípio do promotor natural e nulidade

A 2ª Turma denegou *habeas corpus* em que pretendida anulação de ação penal em face de suposta violação ao princípio do promotor natural. Na espécie, o Procurador-Geral de Justiça designara promotor lotado em comarca diversa para atuar, excepcionalmente, na sessão do tribunal do júri em que o paciente fora julgado e condenado. Consignou-se que o postulado do promotor natural teria por escopo impedir que chefias institucionais do Ministério Público determinassem designações casuísticas e injustificadas, de modo a instituir a reprovável figura do “acusador de exceção”. No entanto, não se vislumbrou ocorrência de excepcional afastamento ou substituição do promotor natural do feito originário, mas, tão-somente, a designação prévia e motivada de outro promotor para determinado julgamento, em conformidade com o procedimento previsto na Lei 8.625/93.

[HC 98841/PA, rel. Min. Gilmar Mendes, 11.10.2011. \(HC-98841\)](#)

(Informativo 644, 2ª Turma)

Exame da OAB e constitucionalidade - 1

O Plenário desproveu recurso extraordinário em que discutida a constitucionalidade dos artigos 8º, IV e § 1º; e 44, II, ambos da Lei 8.906/94, que versam sobre o exame da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB [*“Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário: ... IV - aprovação em Exame de Ordem; ... § 1º O Exame da Ordem é regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB. ... Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: ... II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil”*]. Na espécie, o recorrente alegava que o bacharel em Direito deveria ser considerado apto a exercer a advocacia até prova em contrário, bem como que a referida entidade teria condições de avaliar a capacidade do profissional, considerada a citada lei, que versa as sanções disciplinares para o advogado. Sustentava também violação ao princípio da igualdade, visto que a exigência de exame para o ingresso no órgão de classe ocorreria somente para esta profissão e que nem mesmo médicos seriam submetidos a seleção equivalente, embora lidassem com bem valioso. Alegava que a avaliação não poderia se sobrepor às das próprias universidades e que o bacharel, examinado e avaliado por instituição credenciada pelo Poder Público — o qual a OAB não integraria — teria direito ao livre exercício profissional. Aludia à necessidade de lei para a criação do exame, previsto apenas em regulamento, e que a entidade de classe, interessada em restringir a concorrência, não seria isenta, impessoal e imparcial ao avaliar os candidatos. Argumentava, ainda, que o exame teria sido derogado, tacitamente, pela Lei 8.906/94 e que não seria compatível com a Lei 8.884/94.

[RE 603583/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 26.10.2011. \(RE-603583\)](#)  **Audio**

1ª parte  **Video**

2ª parte  **Video**

3ª parte  **Video**

Exame da OAB e constitucionalidade - 2

Inicialmente, lembrou-se que a exigência da prova de suficiência técnica para inscrição nos quadros da Ordem teria surgido com a Lei 4.215/63 e que, a partir da regência do atual diploma, o bacharel em Direito podia optar entre o estágio profissional ou a submissão à prova de conhecimentos jurídicos, situação que perdurou até 1996. Com o término de vigência do dispositivo que conferia essa escolha, o exame tornara-se obrigatório para todos os egressos do curso superior. Assim, a imprescindibilidade do teste seria relativamente nova no ordenamento jurídico pátrio, muito embora a prova de conhecimentos fosse mais antiga. Constatou-se o elevado número de formados em Direito e de cursos jurídicos no país, criados sem a observância do critério qualitativo, imprescindível à formação do bom profissional. Ressaltou-se que esse fato não seria determinante para o julgamento, porque extrajurídico, mas se evidenciou a necessidade de refletir a respeito.

[RE 603583/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 26.10.2011. \(RE-603583\)](#)

(Informativo 646, Plenário, Repercussão Geral)

Exame da OAB e constitucionalidade - 3

No tocante à proporcionalidade e compatibilidade entre o exame de conhecimentos jurídicos e a garantia do livre exercício profissional, inicialmente reputou-se que, a fim de assegurar a liberdade de ofício, impor-se-ia ao Estado o dever de colocar à disposição dos indivíduos, em condições equitativas de acesso, os meios para que aquela fosse alcançada. Destacou-se que esse dever entrelaçar-se-ia sistematicamente com a previsão do art. 205, *caput*, da CF (“A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”). Frisou-se que a obrigação estatal seria a de não opor embaraços irrazoáveis ou desproporcionais ao exercício de determinada profissão, e que existiria o direito de se obterem as habilitações previstas em lei para a prática do ofício, observadas condições equitativas e qualificações técnicas previstas também na legislação. Sublinhou-se que essa garantia constitucional não se esgotaria na perspectiva do indivíduo, mas teria relevância social (CF, art. 1º, IV). Assim, nas hipóteses em que o exercício da profissão resultasse em risco predominantemente individual, como, por exemplo, mergulhadores e técnicos de rede elétrica, o sistema jurídico buscaria compensar danos à saúde com vantagens pecuniárias (adicional de insalubridade, de periculosidade) ou adiantar-lhes-ia a inativação. Essas vantagens, entretanto, não feririam o princípio da isonomia. Quando, por outro lado, o risco suportado pela atividade profissional fosse coletivo, hipótese em que incluía a advocacia, caberia ao Estado limitar o acesso à profissão e o respectivo exercício (CF, art. 5º, XIII). Nesse sentido, o exame de suficiência discutido seria compatível com o juízo de proporcionalidade e não alcançaria o núcleo essencial da liberdade de ofício.

[RE 603583/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 26.10.2011. \(RE-603583\)](#)

(Informativo 646, Plenário, Repercussão Geral)

Exame da OAB e constitucionalidade - 4

No concernente à adequação do exame à finalidade prevista na Constituição — assegurar que as atividades de risco sejam desempenhadas por pessoas com conhecimento técnico suficiente, de modo a evitar danos à coletividade — aduziu-se que a aprovação do candidato seria elemento a qualificá-lo para o exercício profissional. Dessa forma, o argumento no sentido de que o exame não se prestaria para esse fim seria improcedente, pois o mesmo raciocínio seria aplicável às provas instituídas pelas próprias universidades, essenciais para a obtenção do bacharelado. Consignou-se que o exame da OAB atestaria conhecimentos jurídicos, o que seria congruente com o fim pretendido e com a realidade brasileira. Sob esse aspecto, a fiscalização posterior dos atos dos profissionais da advocacia, como meio de se controlar a qualidade do exercício de seu mister, seria inequivocamente menos efetiva do que o escrutínio prévio. Ademais, o poder de polícia poderia ser exercitado em momento concomitante, prévio ou posterior ao ato ou à conduta, com o objetivo de impedir lesões ao patrimônio econômico e moral dos indivíduos. Rememorou-se haver decisões anteriores da Corte a respeito da restrição ao exercício profissional e constatou-se que o vetor preponderante do posicionamento do STF fora o risco trazido à coletividade. Quanto mais arriscada a atividade, maior o espaço de conformação deferido ao Poder Público. Portanto, se inexistente o risco, inadmissível qualquer restrição. No tocante à advocacia, asseverou-se que quem a exerce sem a capacidade técnica necessária afetaria outrem, tanto o cliente, indivíduo, como a coletividade, pois lhe denegaria Justiça, pressuposto da paz social.

[RE 603583/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 26.10.2011. \(RE-603583\)](#)

(Informativo 646, Plenário, Repercussão Geral)

Exame da OAB e constitucionalidade - 5

Sob esse prisma, destacou-se o papel central e fundamental do advogado na manutenção do Estado Democrático de Direito e na aplicação e defesa da ordem jurídica, razão pela qual o constituinte o proclamara indispensável à administração da Justiça (CF, art. 133). Frisou-se o interesse social no sentido de existirem mecanismos de controle, objetivos e impessoais, concernentes à prática da advocacia, visto que o Direito envolveria questões materiais e existenciais, como o patrimônio, a liberdade ou a honra. Acrescentou-se que a garantia do acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), imporia que fosse posto à disposição da coletividade corpo de advogados capazes de exercer livre e plenamente a profissão. Lembrou-se que os advogados comporiam todos os tribunais do país (CF, artigos 94; 111-A, I; 119; 103, II), exceto no STF. Integrariam, também, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público (CF, artigos 103-B, XIII; 130-A, V), o que reforçaria sua relevância social.

[RE 603583/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 26.10.2011. \(RE-603583\)](#)

(Informativo 646, Plenário, Repercussão Geral)

Exame da OAB e constitucionalidade - 6

No tocante à suposta violação ao princípio da isonomia, decorrente da inexistência de exame imposto a médicos, por exemplo, antes de ingressarem na carreira, reputou-se descabida a pretensão de aplicar idêntico regime jurídico a atividades distintas, marcadas por conhecimentos e técnicas próprios. Além disso, o equívoco não estaria nas rígidas exigências para o exercício da advocacia. Ao contrário, caberia ao legislador determinar a obrigatoriedade de exame para o exercício da Medicina, o que estaria em consonância com a Constituição. Em relação à assertiva do recorrente no sentido de que os baixos índices de aprovação no atual exame seriam reflexo da reserva de mercado empreendida pelos atuais membros da OAB, aduziu-se que a redução do percentual de aprovados seria resultado do acúmulo de bacharéis que, sem êxito, repetiriam o exame sucessivamente. Consignou-se que, de acordo com os parâmetros impostos pelo exame, mostrar-se-iam grandes as chances de aprovação. Assinalou-se que o teste seria impessoal e objetivo, e sua aplicação observaria os princípios constitucionais relativos aos concursos públicos, conquanto não fosse espécie desse gênero. Destacou-se, ainda, que as questões estariam circunscritas aos conhecimentos adquiridos ao longo do curso superior. O quadro, portanto, afastaria qualquer subjetivismo ou inidoneidade por parte dos organizadores e aplicadores do exame. Embora fosse saudável haver membros de outras instituições públicas na comissão examinadora, a ausência destes não tornaria a exigência do teste inconstitucional. Ressaltou-se, ainda, a possibilidade de controle judicial para avaliar as eventuais ilegalidades cometidas pelas bancas, bem como a adequação entre o edital e a prova.

[RE 603583/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 26.10.2011. \(RE-603583\)](#)

(Informativo 646, Plenário, Repercussão Geral)

Exame da OAB e constitucionalidade - 7

Afirmou-se que os papéis das universidades e das organizações seriam distintos, uma vez que, às primeiras, caberia ministrar o conteúdo educacional necessário à profissionalização do indivíduo e atribuir o grau respectivo, correspondente ao curso terminado. Descaberia pensar que a formação universitária constituiria presunção absoluta de capacidade para o exercício profissional, visto que a atividade censória das autarquias profissionais demonstraria que, não raro, a obtenção de grau acadêmico seria insuficiente para a realização correta de determinado trabalho. Ademais, o bacharel em direito poderia exercer diversas atividades além da advocacia, como a magistratura, por exemplo. Considerou-se caber às autarquias implementar o poder de polícia das profissões respectivas. Anotou-se que, especificamente, caberia à OAB promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados no país e, embora não submetida a vinculação quanto à Administração direta, exerceria função pública, valendo-se, para tanto, de poderes próprios do Estado, como os de tributar e de punir. Não seria, portanto, instituição privada e deslegitimada para assumir esse encargo. No ponto, o Min. Ricardo Lewandowski salientou que quando o legislador conferira a esse órgão — estatal ou de colaboração com o Estado — determinadas atribuições, implicitamente também lhe outorgara os meios para realizá-las, como as provas de seleção. O Colegiado anotou, ainda, haver instituições de ensino a configurar pessoas jurídicas de direito público e de direito privado e, ao se aplicar entendimento contrário ao exposto, de modo a excluir os estudantes daquelas da necessidade do exame da OAB, implementar-se-ia regime incompatível com a isonomia.

[RE 603583/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 26.10.2011. \(RE-603583\)](#)

Exame da OAB e constitucionalidade - 8

No que se refere à suposta ofensa ao princípio da legalidade, porquanto a regulamentação do exame, a teor do disposto no art. 8º, § 1º, da Lei 8.906/94, deveria ocorrer por meio de provimento — competência do Presidente da República —, reputou-se que a interpretação do dispositivo deveria ser realizada considerando-se a sistematicidade do ordenamento. Nesse sentido, as matérias constantes do exame não poderiam discrepar das enquadradas nas diretrizes curriculares do curso de graduação em Direito, assim definido pelo Ministério da Educação. O teste poderia exigir, também, regras pertinentes ao exercício da advocacia, como o Código de Ética e os ditames do Estatuto da OAB. Asseverou-se, portanto, não haver, no aludido dispositivo, genuína delegação de poderes legislativos à autarquia corporativa. Assim, o provimento da entidade não seria capaz de criar obrigação nova, mas daria concretude àquela prevista em caráter abstrato. Nesse sentido, considerar-se que o princípio da legalidade implicaria impor ao legislador o exaurimento de toda a matéria alusiva ao exercício do poder de polícia significaria alargá-lo. Discorreu-se que o princípio da legalidade estrita deveria ser tomado em termos, considerada a velocidade atual das transformações ocorridas em diversas áreas. No caso em exame, a previsão do art. 8º, § 1º, da Lei 8.906/94 reclamaria a edição de regulamento executivo, destinado a tornar efetivo o mandamento legal. A Constituição não teria, ademais, imposto reserva absoluta de lei para restrição à liberdade de ofício.

[RE 603583/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 26.10.2011. \(RE-603583\)](#)

(Informativo 646, Plenário, Repercussão Geral)

Exame da OAB e constitucionalidade - 9

Quanto à alegada violação ao art. 84, IV, da CF, consignou-se não haver impedimento para que a lei conferisse a entidades da Administração, públicas ou privadas, a prerrogativa de concretizar, por meio de atos gerais e abstratos, alguns aspectos práticos que lhe concernissem. Explicitou-se a nova feição da Administração Pública moderna, na qual a estrutura absolutamente hierárquica e piramidal não corresponderia perfeitamente à organização do Estado. Como exemplo, citaram-se as agências reguladoras, autarquias dotadas de autonomia reforçada, que exerceriam atividade administrativa, mas não se submeteriam aos mecanismos clássicos de hierarquia ou tutela. Editariam regulamentos e tomariam decisões, sem possibilidade de revisão pelo Chefe do Executivo. Sob esse prisma, a OAB não poderia ficar subordinada à regulamentação presidencial ou a qualquer órgão público, pois deveria prevalecer a vontade dos representantes da própria categoria, somente.

[RE 603583/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 26.10.2011. \(RE-603583\)](#)

(Informativo 646, Plenário, Repercussão Geral)

DIREITO PENAL

Penas

Tráfico de drogas e combinação de leis - 5

Em conclusão de julgamento, o Plenário, ante empate na votação, desproveu recurso extraordinário em que se discutia a aplicabilidade, ou não, da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 sobre condenações fixadas com base no art. 12, *caput*, da Lei 6.368/76, diploma normativo este vigente à época da prática do delito — v. Informativos 611 e 628. Além disso, assentou-se a manutenção da ordem de *habeas corpus*, concedida no STJ em favor do ora recorrido, que originara o recurso. Na espécie, o recorrente, Ministério Público Federal, alegava afronta ao art. 5º, XL, da CF (“*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”), ao argumento de que a combinação de regras mais benignas de 2 sistemas legislativos diversos formaria uma terceira lei. Aduziu-se que a expressão “lei” contida no princípio insculpido no mencionado inciso referir-se-ia à norma penal, considerada como dispositivo isolado inserido em determinado diploma de lei. No ponto, destacou-se que a discussão estaria na combinação de normas penais que se friccionassem no tempo. Afirmou-se, ademais, que a Constituição vedaria a mistura de normas penais que, ao dispor sobre o mesmo instituto legal, contrapusessem-se temporalmente. Nesse sentido, reputou-se que o fato de a Lei 11.343/2006 ter criado a figura do pequeno traficante, a merecer tratamento diferenciado — não contemplada na legislação anterior — não implicaria conflito de normas, tampouco mescla, visto que a minorante seria inédita, sem contraposição a qualquer regra pretérita. Por se tratar de pedido de *writ* na origem e em vista de todos os atuais Ministros do STF terem votado, resolveu-se aplicar ao caso concreto o presente resultado por ser

mais favorável ao paciente com fundamento no art. 146, parágrafo único, do RISTF (“*Parágrafo único. No julgamento de habeas corpus e de recursos de habeas corpus proclamar-se-á, na hipótese de empate, a decisão mais favorável ao paciente*”). Nesse tocante, advertiu-se que, apesar de a repercussão geral ter sido reconhecida, em decorrência da peculiaridade da situação, a temática constitucional em apreço não fora consolidada.

[RE 596152/SP, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Ayres Britto, 13.10.2011. \(RE-596152\)](#)  **Áudio**

1ª parte  **Vídeo**

2ª parte  **Vídeo**

3ª parte  **Vídeo**

4ª parte  **Vídeo**

(Informativo 644, Plenário, Repercussão Geral)

Tráfico de drogas e combinação de leis - 6

O Min. Cezar Peluso, Presidente, frisou o teor do voto proferido pela 2ª Turma no julgamento do HC 95435/RS (DJe de 7.11.2008), no sentido de entender que aplicar a causa de diminuição não significaria baralhar e confundir normas, uma vez que o juiz, ao assim proceder, não criaria lei nova, apenas se movimentaria dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente possível. Além disso, consignou que se deveria cumprir a finalidade e a *ratio* do princípio, para que fosse dada correta resposta ao tema, não havendo como se repudiar a aplicação da causa de diminuição também a situações anteriores. Realçou, ainda, que a vedação de convergência de dispositivos de leis diversas seria apenas produto de interpretação da doutrina e da jurisprudência, sem apoio direto em texto constitucional. O Min. Celso de Mello, a seu turno, enfatizou que o citado pronunciamento fora ratificado em momento subsequente, no julgamento de outro *habeas corpus*. Acresceu que não se cuidaria, na espécie, da denominada “criação indireta da lei”. Ato contínuo, assinalou que, mesmo se fosse criação indireta, seria preciso observar que esse tema haveria de ser necessariamente examinado à luz do princípio constitucional da aplicabilidade da lei penal mais benéfica.

[RE 596152/SP, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Ayres Britto, 13.10.2011. \(RE-596152\)](#)  **Áudio**

(Informativo 644, Plenário, Repercussão Geral)

Tráfico de drogas e combinação de leis - 7

De outro lado, o Min. Ricardo Lewandowski, relator, dava provimento ao recurso do *parquet* para determinar que o juízo da Vara de Execuções Penais aplicasse, em sua integralidade, a legislação mais benéfica ao recorrido, no que fora acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Marco Aurélio. Ressaltava a divisão da doutrina acerca do tema. Entendia não ser possível a conjugação de partes mais benéficas de diferentes normas para se criar uma terceira lei, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade e da separação de poderes. Afirmava que a Constituição permitiria a retroatividade da lei penal para favorecer o réu, mas não mencionaria sua aplicação em partes. Registrava que a Lei 6.368/76 estabelecia para o delito de tráfico de drogas uma pena em abstrato de 3 a 15 anos de reclusão e fora revogada pela Lei 11.343/2006, que cominara, para o mesmo crime, pena de 5 a 15 anos de reclusão. Evidenciava, dessa maneira, que a novel lei teria imposto reprimenda mais severa para aquele tipo penal e que o legislador se preocupara em diferenciar o traficante organizado do pequeno traficante. Acrescentava haver correlação entre o aumento da pena-base mínima prevista no *caput* do art. 33 da Lei 11.343/2006 e a inserção da causa de diminuição disposta em seu § 4º. Explicitava que, ao ser permitida a combinação das leis referidas para se extrair um terceiro gênero, os magistrados atuariam como legisladores positivos. Por fim, ponderava que se poderia chegar à situação em que o delito de tráfico fosse punido com pena semelhante às das infrações de menor potencial ofensivo. Concluía que, na dúvida quanto à legislação mais benéfica em determinada situação, dever-se-ia examinar o caso concreto e verificar a lei que, aplicada em sua totalidade, fosse mais favorável.


[RE 596152/SP, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Ayres Britto, 13.10.2011. \(RE-596152\)](#)  **Áudio**

(Informativo 644, Plenário, Repercussão Geral)

Tráfico de drogas e combinação de leis - 8

O Min. Luiz Fux apontava afronta ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), pois a *lex tertia*, aplicada pelo STJ, conceberia paradoxo decorrente da retroação da lei para conferir aos fatos passados situação jurídica mais favorável do que àqueles praticados durante a sua vigência. Dessumia que a aplicação da retroatividade da lei “em tiras” consistiria em velada deturpação da nova percepção que o

legislador, responsável por expressar os anseios sociais, manifestara sobre a mesma conduta. Indicava, ademais, violação a outros fundamentos da Constituição: o princípio da legalidade e a democracia. Criar-se-ia, com a tese por ele refutada, regra não prevista na lei antiga nem na lei nova, que não experimentaria do batismo democrático atribuído à lei formal. Destacava que a questão reclamaria, portanto, o que se denominara como “sistema da apreciação *in concreto*” em conjunto com o princípio da alternatividade, para resolver pela aplicação da lei antiga ou da lei nova, uma ou outra, integralmente. O Min. Marco Aurélio, por sua vez, aduzia que, com a Lei 11.343/2006, houvera, também, a exacerbação das penas relativas à multa. Assegurava que, naquele contexto, cuidara-se, para situações peculiares, de uma causa de diminuição da reprimenda, ao inseri-la no artigo. No aspecto, salientava que o parágrafo seria interpretado segundo o artigo. A razão de ser do preceito seria mitigar a elevação do piso em termos de pena restritiva da liberdade de 3 para 5 anos. Por esse motivo, entendia haver mesclagem de sistemas, ao se manter a pena da Lei 6.368/76 adotando-se, contudo, a causa de diminuição que estaria jungida à cabeça do art. 33 da outra norma. Asseverava que, ao se proceder dessa maneira, colocar-se-ia em segundo plano o princípio unitário e criar-se-ia novo diploma para reger a matéria.

[RE 596152/SP, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Ayres Britto, 13.10.2011. \(RE-596152\)](#)  Audio

(Informativo 644, Plenário, Repercussão Geral)

Princípios e Garantias Penais

Princípio da insignificância e rompimento de obstáculo

A 2ª Turma concedeu *habeas corpus* para aplicar o postulado da insignificância em favor de condenado pela prática do crime de furto qualificado mediante ruptura de barreira (CP: “Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: ... § 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa”), a fim de cassar sua condenação. Na espécie, o paciente pulara muro, subtraía 1 carrinho de mão e 2 portais de madeira (avaliados em R\$ 180,00) e, para se evadir do local, arrombara cadeado. Decorrido algum tempo, quando ainda transitava na rua, a polícia militar fora acionada e lograra êxito na apreensão dele e na devolução dos bens furtados à vítima. Inicialmente, consignou-se que não houvera rompimento de obstáculo para adentrar o local do crime, mas apenas para sair deste, o que não denotaria tamanha gravidade da conduta. Na seqüência, salientaram-se a primariedade do paciente e a ambiência de amadorismo para a consecução do delito. Assim, concluiu-se que a prática perpetrada não seria materialmente típica, porquanto presentes as diretivas para incidência do princípio colimado: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

[HC 109363/MG, rel. Min. Ayres Britto, 11.10.2011. \(HC-109363\)](#)

(Informativo 644, 2ª Turma)

Tipicidade

“Fogueteiro” e atipicidade da conduta - 2

Em conclusão de julgamento, a 1ª Turma, por maioria, denegou *habeas corpus*, mas, concedeu a ordem, de ofício, para determinar ao juízo da execução que proceda a nova dosimetria da pena, com base na reprimenda abstratamente cominada no art. 37 da Lei 11.343/2006. Na situação dos autos, discutia-se o reconhecimento da superveniente atipicidade da conduta de condenado por associação para o tráfico de drogas, em virtude de sua atuação como “fogueteiro”, por não ter o art. 33 da novel Lei de Drogas repetido o tipo do art. 12, § 2º, III, da Lei 6.368/76 — v. Informativo 637. Reputou-se que a conduta do “fogueteiro” no tráfico enquadrar-se-ia como informante, que na sistemática da lei anterior seria penalmente responsável como co-autor ou partícipe do crime para o qual colaborava, ou seja, o tráfico de entorpecentes. Asseverou-se que essa conduta fora reproduzida, não no art. 33 da Lei 11.343/2006, mas no seu art. 37 (“Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena reclusão, de 2 a 6 anos, e pagamento de 300 a 700 dias-multa”).

[HC 106155/RJ, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 4.10.2011. \(HC-106155\)](#)

(Informativo 643, 1ª Turma)

“Fogueteiro” e atipicidade da conduta - 3

Consignou-se que o inciso II do § 2º do art. 12 da Lei 6.368/76 conteria a expressão “*contribui de qualquer maneira*”, ao passo que o art. 37 da Lei 11.343/2006 utiliza-se dos termos “*colaborar como informante*”, sendo certo que não haveria distinção ontológica entre os termos nucleares “*contribuir*” e “*colaborar*”, a ensejar a inafastável conclusão de que essas condutas estariam tipificadas em ambas as leis. Destarte, reconhecida a dupla tipicidade, seria imperioso que a dosimetria da pena fosse feita com base no *quantum* cominado no preceito do art. 37 da Lei 11.343/2006, *lex mitior*, que, por essa razão, deveria retroagir (CF, art. 5º, XL), e não com fulcro na pena abstratamente cominada no art. 12 da Lei 6.368/76 (3 a 15 anos de reclusão). Vencido o Min. Marco Aurélio, que concedia a ordem por considerar que o paciente não poderia ser processado como informante, mas como aquele que promove a difusão do uso indevido ou do tráfico ilícito de substância entorpecente, conduta não contida na nova Lei de Entorpecentes.

[HC 106155/RJ, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 4.10.2011. \(HC-106155\)](#)

(Informativo 643, 1ª Turma)

“Racha” e dolo eventual - 1

A 1ª Turma, por maioria, denegou *habeas corpus* em que alegado constrangimento ilegal decorrente de: a) falta de fundamentação da sentença de pronúncia, porquanto genérica; b) substituição indevida de relatores na ocasião do segundo julgamento de recurso em sentido estrito, uma vez que a mesma desembargadora — que anteriormente proferira voto prevalecente pelo provimento do apelo — mudara sua convicção; c) excesso de linguagem no acórdão confirmatório da decisão que pronunciara o réu; e d) contradição neste *decisum*, haja vista que o conselho de sentença entendera que o co-réu não participara da disputa dolosamente, mas culposamente. No mérito, a defesa sustentava que a conduta objeto da denúncia não caracterizaria dolo eventual, mas culpa consciente, pelo que pugnava pelo deferimento da ordem, a fim de que fosse determinada a competência do juízo singular, e não do tribunal do júri, para julgar o paciente. De início, assinalou-se que o juízo pronunciante teria cumprido seu dever de fundamentação, de modo a não incidir em excesso de linguagem, tendo em vista que ele apenas teria demonstrado seu convencimento acerca da materialidade do crime e dos indícios de autoria. Outrossim, ressaltou-se que a fundamentação do voto condutor do acórdão que confirmara a pronúncia também teria observado os limites inerentes à espécie de provimento jurisdicional, ao assentar a comprovação da materialidade do fato e dos indícios suficientes de autoria, consoante a norma vigente à época (CPP, art. 408: “*Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronuncie-o, dando os motivos do seu convencimento*”). Ademais, consignou-se que nada impediria que o mesmo magistrado, ao participar de nova apreciação de recurso, revelasse convencimento diverso, desde que devidamente motivado. No ponto, asseverou-se que, verificada a anulação do primeiro julgamento, este não condicionaria a manifestação do órgão julgador no segundo.

[HC 101698/RJ, rel. Min. Luiz Fux, 18.10.2011. \(HC-101698\)](#)

(Informativo 645, 1ª Turma)

“Racha” e dolo eventual - 2

Quanto ao mérito, distinguiu-se o caso dos autos daquele versado no HC 107801/SP (DJe de 13.10.2011), que cuidara de homicídio na direção de veículo automotor cometido por agente sob o efeito de bebidas alcoólicas. Rememorou-se que o Colegiado limitara a aplicação da teoria da *actio libera in causa* aos casos de embriaguez preordenada. Sublinhou-se, entretanto, que não se deveria generalizar a compreensão de que qualquer homicídio praticado na direção de veículo automotor seria culposo, desde que tratasse de embriaguez preordenada. Elucidou-se que a diferença entre dolo eventual e culpa consciente encontrar-se-ia no elemento volitivo do tipo penal. Todavia, ante a impossibilidade de se adentrar a psique do agente, essa análise exigiria a observação de todas as circunstâncias objetivas do caso concreto. Nesse sentido, dessumiu-se, da descrição dos fatos realizada pelas instâncias ordinárias, que o réu, ao lançar-se em prática de altíssima periculosidade em via pública e mediante alta velocidade, teria consentido com que o resultado se produzisse, de sorte a incidir em dolo eventual (CP, art. 18, I: “*Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo*”). No ponto, assentou-se que o Supremo firmara jurisprudência no sentido de que o homicídio cometido na direção de veículo automotor em virtude de “*pega*” seria doloso. Desta feita, aludiu-se que a prática de competições automobilísticas em vias públicas seria crime autônomo, doloso e de perigo concreto (CTB, art. 308: “*Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada*”). Enfatizou-se que este tipo penal, se resultar em lesão corporal ou homicídio, progrediria para os delitos dispostos nos artigos 129 ou 121 do CP, em sua forma dolosa, visto

que seria contra-senso transmudá-lo para a modalidade culposa em razão do advento de resultado mais grave. Assim, reconheceu-se presente o elemento volitivo do dolo eventual. Por fim, explicou-se tanto haver hipótese de “racha” entre dois condutores, assim como de apenas um motorista, que poderia perseguir outro veículo, o que denotaria um único imputável para a prática. Vencido o Min. Marco Aurélio, que concedia a ordem, para que os 2 réus respondessem criminalmente pelo fato tendo em conta o art. 302 do CTB (“*Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor*”).

[HC 101698/RJ, rel. Min. Luiz Fux, 18.10.2011. \(HC-101698\)](#)

(Informativo 645, 1ª Turma)

Crimes contra a ordem tributária e quadrilha - 5

Em conclusão, por maioria, a 1ª Turma concedeu *habeas corpus* para determinar o trancamento de ação penal quanto à imputação aos pacientes da suposta prática do delito de formação de quadrilha (CP, art. 288) para consecução de crimes contra a ordem tributária — v. Informativo 568. Prevaleceu o voto do Min. Marco Aurélio. Considerou que os indícios apontados para se chegar à pretensão punitiva quanto ao crime de quadrilha não seriam idôneos. Afirmou ver com reserva denúncias que contivessem convergência de imputação de crime fiscal e de crime de quadrilha, na medida em que não poderia imaginar que alguém constituiria uma sociedade simplesmente para sonegar, mormente pessoas que possuísssem ficha ilibada. Mencionou que não se poderia partir do pressuposto de que se formalizaria uma pessoa jurídica para a prática de crimes. Assim, não se presumiria — por essa criação — o dolo específico do delito de formação de quadrilha. Destacou sua preocupação com a prática do *parquet* de denunciar pelo crime de sonegação e, a partir da reunião de pessoas num corpo societário, lançar, também, a imputação por formação de quadrilha. Ressaltou, no ponto, que a inicial acusatória teria de reunir dados e indícios para se chegar a essa conclusão. A Min. Cármen Lúcia, ao acrescentar que, de fato, a descrição dos comportamentos dos pacientes não tornaria factíveis ou óbvios os indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas para a prática do crime em questão. Vencido o Min. Ayres Britto, relator, que denegava a ordem. Assinalava que, conquanto entendesse correta a tese de que o crime de formação de quadrilha não se configuraria como decorrência pura e simples do fato de sócios gerenciarem uma pessoa jurídica envolvida em crimes tributários, não seria o caso de aplicá-la ao caso. Destacava que poderia haver a associação de pessoas para praticar atos empresariais lícitos e, paralelamente, cometer crimes contra a ordem tributária. Observava ser este o núcleo da denúncia, cumprindo examinar, ao longo da instrução criminal, se os indícios se confirmariam com mais nitidez.

[HC 92499/SP, rel. orig. Min. Ayres Britto, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 18.10.2011. \(HC-92499\)](#)

(Informativo 645, 1ª Turma)

Crime contra as relações de consumo e modalidade omissiva - 1

A 2ª Turma desproveu recurso ordinário em *habeas corpus* em que se sustentava nulidade da condenação de 2 pacientes por suposta: a) ausência de fundamentação idônea; b) falta de correlação entre a denúncia e a sentença condenatória; c) impossibilidade de cometimento, por omissão, do crime previsto no art. 7º, VII, da Lei 8.137/90; e d) aplicação abusiva do art. 71 do CP. Além disso, um deles também alegava inadequada atribuição de responsabilidade penal objetiva, com a conseqüente violação ao princípio da presunção de inocência. Quanto a essa alegação, consignou-se que a denúncia imputara a conduta de efetivar contratos de assistência médico-hospitalar, apesar de o condenado ter conhecimento de que médicos, laboratórios e hospitais conveniados ao plano de saúde passaram a recusar o atendimento aos consumidores e que, na qualidade de integrante de sociedade empresarial, teria plena ciência da situação econômica da empresa e do débito para com os consumidores. Ainda assim, continuara a celebrar contratos. Desta forma, concluiu-se que a conduta praticada tivera o condão de induzir os consumidores a erro, de modo a caracterizar a figura típica prevista no art. 7º, VII, da Lei 8.137/90, o que afastaria qualquer alegação atinente a eventual responsabilidade penal objetiva imputada à defesa.

[RHC 88861/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2011. \(RHC-88861\)](#)

(Informativo 646, 2ª Turma)

Crime contra as relações de consumo e modalidade omissiva - 2

Não se vislumbrou ausência de fundamentação idônea, porquanto a imputação seria clara e não houvera a “*inaceitável indeterminação da participação dos pacientes*”. Assentou-se que o fato descrito na denúncia estaria em perfeita harmonia com a tipificação pela qual os pacientes foram condenados. Ademais, a conduta reportada na inicial acusatória teria sido a de indução do consumidor a erro por meio de declaração falsa quanto à natureza do serviço. Destacou-se que a sentença, por sua vez, chegara à mesma conclusão, ao considerar que o meio utilizado para manter os consumidores em erro seria

omissivo, ao fundamento de que os pacientes teriam celebrado contrato de assistência médico-hospitalar, a despeito de saber que os estabelecimentos conveniados ao seu plano de saúde recusariam atendimento aos consumidores credenciados. Asseverou-se que essa decisão não desbordaria da imputação e reconheceria que os denunciados “celebraram contratos de assistência médico-hospitalar, realizando venda de um serviço que não correspondia ao ofertado”. Por fim, ressaltou-se que o magistrado de primeiro grau, ao atentar para a pluralidade de condutas praticadas nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução e, tendo em vista que 98 vítimas foram induzidas a erro, aumentara, de forma escorreita, a pena dos pacientes em 2/3, nos termos do art. 71 do CP.

[RHC 88861/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2011. \(RHC-88861\)](#)
(Informativo 646, 2ª Turma)

DIREITO PENAL MILITAR

Princípios e Garantias Penais

Crime militar e princípio da insignificância

A 1ª Turma denegou *habeas corpus* em que requerida a aplicação do princípio da insignificância em favor de militar condenado pelo crime de uso indevido de fardamento da corporação (CPM: “Art. 172 - Usar, indevidamente, uniforme, distintivo ou insígnia militar a que não tenha direito: Pena - detenção, até seis meses”). Na espécie, o paciente utilizara-se de uniforme diverso ao da sua patente sob o argumento de que o teria feito para impressionar um parente que iria visitar. Consignou-se que o aludido postulado não seria aplicável no âmbito da justiça militar sob pena de afronta à autoridade e à hierarquia.

[HC 108512/BA, rel. Min. Luiz Fux, 4.10.2011. \(HC-108512\)](#)
(Informativo 643, 1ª Turma)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Execução de Sentença estrangeira

HC e execução de sentença estrangeira

A 1ª Turma concedeu *habeas corpus* em favor de condenado por roubo, lavagem de dinheiro e associação criminosa, pela Justiça da República do Paraguai, para afastar o ato de constrição, sem prejuízo de submissão do pleito ao STJ, na forma da legislação vigente. Na espécie, o Governo paraguaio formalizara pedido de extradição do nacional brasileiro e de seqüestro de bens supostamente adquiridos por ele no Brasil com o dinheiro oriundo do crime. A AGU, no entanto, cientificara ao Estado requerente a impossibilidade de se conceder a extradição de brasileiro nato e propôs medida cautelar objetivando o atendimento do segundo pedido, o qual fora deferido por juiz federal com fulcro no art. 2º, f, c/c o art. 22 do Protocolo de Assistência Mútua em Assuntos Penais (Acordo de Cooperação Internacional). Dessa decisão, o paciente propusera Reclamação no STJ sob a alegação de o juiz federal ser absolutamente incompetente para o deferimento das diligências requeridas. Reputou-se tratar de ato de constrição patrimonial do paciente — seqüestro seguido de expropriação —, a ser implementado no Estado brasileiro. Enfatizou que, nos termos do art. 105, I, i, da CF, a competência para homologação de sentença advena e concessão de *exequatur* a cartas rogatórias é do STJ. Ressaltou-se que, aos juízes federais, caberia apenas a execução desses instrumentos jurídicos, como previsto no art. 109, X da CF. Ademais, protocolo de assistência mútua em assuntos penais não se sobreporia aos ditames constitucionais. Destacou-se, ainda, que o próprio protocolo, em seu art. 7º revelaria que a cooperação dar-se-ia segundo as normas existentes no país requerido. Esse entendimento seria robustecido pelo fato de a lei maior jungir a execução de atos no território brasileiro decorrentes de pronunciamento de órgão ou autoridade judicial estrangeira ao crivo do STJ. Por fim, assinalou-se que a existência de acordo de cooperação entre os países não dispensaria formalidade essencial à valia do ato, incumbindo ao STJ verificar a observância dos requisitos previstos no art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. O Min. Luiz Fux apontou para o uso indevido do *writ* em hipótese na qual não esteja em jogo a liberdade de ir e vir. Porém, assinalou que, no caso em tela, caberia um balanceamento dos interesses: de um lado, a questão formal, que seria o descabimento desse remédio em situações a envolver patrimônio e, de outro, o abalo acerca da soberania nacional. No sopesamento de valores, prevaleceria este último.

[HC 105905/MS, rel. Min. Marco Aurélio, 11.10.2011. \(HC-105905\)](#)
(Informativo 644, 1ª Turma)

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Condição de Procedibilidade

Lei Maria da Penha e audiência de retratação

A 2ª Turma denegou *habeas corpus* em que condenado pela prática do delito de lesão corporal qualificada por violência doméstica (CP, art. 129, § 9º) pretendia o trancamento de ação penal contra ele instaurada. A impetração alegava que a suposta vítima, esposa do paciente, admitira, no decorrer do processo, ser a responsável pelas agressões por ter iniciado o entreviro e, ainda, que o art. 16 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) dispunha que deveria haver audiência para renúncia à representação perante o juiz. No tocante à primeira assertiva, reputou-se que a pretensão deveria ter sido apurada no decorrer do processo de conhecimento, e não em sede de *habeas corpus*, conforme requerido. Em relação à audiência de retratação da delação postulatória, aduziu-se que, com fulcro no dispositivo mencionado (“Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público”), esta poderia ocorrer, em caso de violência contra a mulher, mas somente antes do recebimento da denúncia pelo Ministério Público.

[HC 109176/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 4.10.2011. \(HC-109176\)](#)
(Informativo 643, 2ª Turma)

Princípios e Garantias Processuais Penais

Duplo julgamento pelo mesmo fato: “bis in idem” e coisa julgada

Em conclusão de julgamento, a 1ª Turma, por maioria, denegou *habeas corpus*, porém, concedeu a ordem, de ofício, a fim de fazer prevalecer decisão proferida no primeiro processo. No caso, o réu fora condenado, duplamente, pela prática de roubo circunstanciado (CP, art. 157, § 2º, I). A defesa alegava que esse fato configuraria *bis in idem* e que a última decisão deveria predominar em detrimento daquela, por ser mais favorável — v. Informativo 622. Aduziu-se que a ação instaurada posteriormente jamais poderia ter existido, seria nula em razão da litispendência, e que apenas a primeira teria validade no mundo jurídico, independentemente da pena cominada em ambos os processos. Destarte, retirar-se-ia uma das condenações, em favor do agente, ou seja, a segunda. Vencido o Min. Luiz Fux, relator, que concedia a ordem, de ofício, para declarar revogada a condenação mais gravosa ao paciente e, por conseguinte, a prevalência da sentença mais recente.

[HC 101131/DF, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 25.10.2011. \(HC- 101131\)](#)
(Informativo 646, 1ª Turma)

Progressão de Regime

Progressão de regime e lapso temporal


A 1ª Turma denegou *habeas corpus* impetrado em favor de condenado a mais de 60 anos de reclusão que, no curso de execução da pena, evadira-se da ala de progressão de regime e fora recapturado após 1 ano. Na espécie, o juízo declarara a prescrição da falta disciplinar sob o argumento de que a recaptura teria ocorrido há mais de 2 anos, e procedera à recontagem do prazo para progressão de regime. Assinalou-se não vislumbrar ilegalidade, uma vez que, na análise dos requisitos objetivos, o juiz não levava em conta a interrupção, recontara o prazo e considerara que ainda não se teria cumprido 1/6 da reprimenda. Além disso, avaliara condições subjetivas. Vencido o Min. Marco Aurélio, que concedia a ordem por entender que, para fins de progressão de regime, dever-se-ia considerar a pena passível de ser cumprida, ou seja, o máximo de 30 anos (CP, art. 75).

[HC 108335/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 11.10.2011. \(HC-108335\)](#)
(Informativo 644, 1ª Turma)

Recursos

Agravo em matéria criminal e prazo para interposição - I

O Plenário, por maioria, rejeitou questão de ordem suscitada pelo Min. Dias Toffoli em agravo regimental interposto de decisão por ele proferida, que não conheceu de agravo em recurso extraordinário do qual relator, porque intempestivo. O suscitante propunha a superação do Enunciado 699 da Súmula do STF (*“O prazo para interposição de agravo, em processo penal, é de cinco dias, de acordo com a Lei 8.038/90, não se aplicando o disposto a respeito nas alterações da Lei 8.950/94 ao Código de Processo Civil”*). Na espécie, o período compreendido entre a publicação da decisão agravada e o protocolo do respectivo recurso ultrapassara o prazo previsto no art. 28 da Lei 8.038/90 (*“Denegado o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de cinco dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso”*). A decisão impugnada baseara-se no fato de que o referido dispositivo não fora revogado, em matéria penal, pela Lei 8.950/94, de âmbito normativo restrito ao CPC. Logo, incidira no caso o Enunciado 699 da Súmula do STF. O agravante sustentava, entretanto, que as alterações introduzidas, no CPC, pela Lei 12.322/2010 [*“Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias”*)] teriam sido expressamente alargadas para atingir também os recursos em matéria criminal, e que a Corte formalizara entendimento nesse sentido, ao editar a Resolução 451/2010 (*“Art. 1º A alteração promovida pela Lei nº 12.322, de 9 de setembro de 2010, também se aplica aos recursos extraordinários e agravos que versem sobre matéria penal e processual penal”*).

[ARE 639846 AgR-QO/SP, rel. orig. Min. Dias Toffoli, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 13.10.2011. \(ARE-639846\)](#)  Audio

[1ª parte](#)  Video

[2ª parte](#)  Video

[3ª parte](#)  Video

[4ª parte](#)  Video

(Informativo 644, Plenário)

Agravo em matéria criminal e prazo para interposição - 2

Prevaleceu o voto do Min. Cezar Peluso, Presidente, que rejeitou a questão de ordem e não conheceu o recurso. Inicialmente, realizou retrospecto acerca da evolução legislativa concernente ao tema. Lembrou que o art. 544 do CPC, em sua redação original (*“Denegado o recurso, caberá agravo de instrumento para o Supremo Tribunal Federal, no prazo de cinco dias. Parágrafo único. O agravo de instrumento será instruído com as peças que forem indicadas pelo agravante, dele constando, obrigatoriamente, o despacho denegatório, a certidão de sua publicação, o acórdão recorrido e a petição de interposição do recurso extraordinário”*), dizia respeito a recursos extraordinários que veiculassem matéria cível ou criminal, e estabelecia o prazo de 5 dias em ambas as hipóteses. Após, publicara-se a Lei 8.038/90, que revogou expressamente os artigos 541 a 546 do CPC. Assim, os agravos de instrumento interpostos de decisão que inadmitia recurso extraordinário passaram a ser regulados por este diploma. Posteriormente, fora editada a Lei 8.950/94, que conferiu nova redação ao então revogado art. 544 do CPC (*“Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de dez dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso”*), e alterou o prazo, no tocante à interposição de agravo de instrumento, para 10 dias. Reputou que, a partir da controvérsia sobre a possibilidade da revogação do art. 28, *caput* e § 1º, da Lei 8.038/90, no caso de o recurso extraordinário obstaculizado tratar de matéria criminal, a Corte pacificara entendimento no sentido de que o aludido dispositivo não fora revogado, visto que a Lei 8.950/94 teria âmbito normativo restrito à hipótese de inadmissibilidade de recurso extraordinário a tratar de matéria cível. Dessa forma, diante do panorama apresentado, ao agravo de instrumento para destrancar recurso extraordinário seria aplicado integralmente o art. 544 do CPC, se tratasse de matéria cível; e o art. 28, § 1º, da Lei 8.038/90, subsidiado expressamente do art. 523 do CPC, se tratasse de matéria criminal. Salientou que a formação do instrumento do agravo em exame passara a ser regulada exclusivamente pelo art. 544 do CPC, com fundamento na analogia, diante de ausência de legislação própria em matéria criminal para o regular, mas destacou que o prazo de 5 dias, previsto na Lei 8.038/90, teria permanecido inalterado. Assinalou que a inovação trazida com a Lei 12.322/2010 amparar-se-ia no princípio da economia processual e racionalizaria o procedimento do agravo. Frisou, entretanto, que as modificações trazidas pela novel lei teriam incidência parcial diante de recursos que tratassem de matéria criminal, uma vez que, apenas em relação a eles, subsistiria o prazo constante do art. 28, *caput*, da Lei 8.038/90. O Min. Marco Aurélio ressaltou que a problemática em relação ao prazo, no tocante a processos de matéria criminal, perderia relevância em face da existência do *habeas corpus*, que poderia ser utilizado a qualquer tempo. Ademais, destacou que alterar o período próprio para interposição de agravo implicaria incoerência, visto que a apelação, em matéria criminal, deveria ser manuseada em 5 dias. O Min. Ricardo Lewandowski, por sua vez, conhecia e provia o agravo, considerada a alegação do agravante a respeito da incerteza gerada a partir da leitura da Resolução 451/2010 da Corte, mas também rejeitava a questão de ordem, de modo a

manter íntegro o Enunciado 699 da Súmula do STF. Deliberou-se, entretanto, que será editada nova resolução, de modo a esclarecer a dúvida aventada.

[ARE 639846 AgR-OO/SP, rel. orig. Min. Dias Toffoli, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 13.10.2011. \(ARE-639846\) !\[\]\(1d3a1175dd4902218e694b9c098adb83_img.jpg\) Audio](#)
(Informativo 644, Plenário)

Agravo em matéria criminal e prazo para interposição - 3

Vencido o relator, acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, que encaminhava a questão de ordem para assentar a aplicabilidade do art. 544 do CPC, em sua nova redação, ao agravo contra decisão denegatória de recurso extraordinário em matéria criminal, a ser observada a partir da data em que passara a vigorar a nova lei processual, de maneira a superar a orientação sintetizada no Enunciado 699 da Súmula do STF. Quanto ao mérito do agravo, dava-lhe provimento, de modo a afastar a intempestividade. Aduzia que, muito embora existam decisões da Corte que, sob a égide da *novatio legis*, aplicaram o Enunciado 699 da Súmula do STF, a interpretação da Lei 12.322/2010 deveria ser extensiva, de modo que o prazo nela fixado abrangesse recursos extraordinários e agravos a versar sobre matéria penal e processual penal, à luz da Resolução 451/2010 da Corte. A respeito, o Min. Celso de Mello consignava que a nova lei teria revogado, tacitamente, a Lei 8.038/90, no tocante às matérias comuns de que tratam. O relator discorria, também, que a nova concepção jurídica do agravo — interposto nos próprios autos — teria promovido sensível modificação no recurso cabível à espécie e, portanto, suprimido o instituto do agravo de instrumento na sua concepção natural. Dessa maneira, aplicar-se-ia o novo regramento do art. 544 do CPC em sentido lato, especialmente em razão da natureza — impregnada de contornos constitucionais — dos recursos especial e extraordinário, que não pertenceriam a nenhum ramo processual específico, mas a todos eles. Assim, concluía que a uniformidade de disciplinamento de ambos — bem como de recurso a ser interposto de decisão que negar seguimento a qualquer deles — seria desejável.

[ARE 639846 AgR-OO/SP, rel. orig. Min. Dias Toffoli, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 13.10.2011. \(ARE-639846\) !\[\]\(cbe80b694ebd74fcfe136a095b608235_img.jpg\) Audio](#)
(Informativo 644, Plenário)

Agravo em matéria criminal e prazo para interposição - 4

Em seguida, o Plenário rejeitou, também por maioria, nova questão de ordem, formulada pelo relator, no sentido de que, entre o vencimento da *vacatio legis* atinente à Resolução 451 do STF, que ocorrera em 8.12.2010, e a data deste julgamento, a consignar o entendimento ora fixado pela Corte, deveria ser admitido o prazo de 10 dias para interposição de agravo em matéria criminal. Reputou-se que haveria inconveniente de ordem prática, pois, desde a citada data, muitos agravos não teriam sido conhecidos com fundamento em intempestividade e já teria ocorrido o trânsito em julgado das respectivas decisões. Assim, o acolhimento da questão de ordem implicaria desonomia e insegurança jurídica. O Presidente sublinhou, ainda, que, conforme o caso, o remédio do *habeas corpus* estaria disponível para que a parte se insurgisse contra o vício que originara a interposição do agravo. Vencidos o relator e os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que entendiam que a solução proposta prestigiaria a segurança jurídica e a isonomia em detrimento da estrita legalidade. Ademais, consideravam que essa orientação consagraria, de igual modo, os princípios da boa-fé do jurisdicionado — que fizera determinada leitura da Resolução 451/2010 do STF que fora partilhada, inclusive, por alguns Ministros da Corte — e da confiança.

[ARE 639846 AgR-OO/SP, rel. orig. Min. Dias Toffoli, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 13.10.2011. \(ARE-639846\) !\[\]\(e474458956c9a37fbf9586ddb60a7fa1_img.jpg\) Audio](#)
(Informativo 644, Plenário)

DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR

Suspensão Condicional do Processo

Processo penal militar e Lei 9.099/95 - 1

O Plenário denegou *habeas corpus* impetrado em favor de militar condenado, pela prática do crime de deserção (CPM, art. 187), à pena de 6 meses de detenção. A defesa sustentava nulidade do processo, visto que insatisfeita suposta condição de procedibilidade da ação penal, consistente na aceitação, ou não, pelo réu de proposta de *sursis* processual, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95. Requeria, com base no art. 98, I e § 1º, da CF (“Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I -

juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; ... § 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal”), fosse declarada a inconstitucionalidade da Lei 9.839/99, que dispõe sobre a inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais no âmbito da justiça militar. Sucessivamente, pleiteava a suspensão condicional da pena, nos termos do art. 84 do CPM, e a progressão de regime após o cumprimento de metade da reprimenda, de acordo com o art. 89, I, *g*, do mesmo diploma.

[HC 99743/RJ, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 6.10.2011. \(HC-99743\)](#)  **Áudio**

[1ª parte](#)  **Video**

[2ª parte](#)  **Video**


[3ª parte](#)  **Video**

[4ª parte](#)  **Video**

(Informativo 643, Plenário)

Processo penal militar e Lei 9.099/95 - 2

O Min. Marco Aurélio, relator, acompanhado pelo Min. Dias Toffoli, indeferiu a ordem e assentou a constitucionalidade do art. 90-A da Lei 9.099/95, acrescido pela Lei 9.839/99. Considerou que, de acordo com o art. 142 da CF, as Forças Armadas são organizadas com base na hierarquia e na disciplina. O § 2º do aludido preceito, por sua vez, afasta a proteção do *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares. Aduziu, assim, que o art. 88, II, *g*, do CPM, ao excluir dos crimes que enumera — dentre os quais a deserção — a possibilidade de suspensão condicional da pena, estaria de acordo com a Constituição. Reputou que o art. 90-A da Lei 9.099/95 mereceria o mesmo enfoque e que essa óptica teria prevalecido, na Corte, relativamente à Lei 11.340/2006, que prevê a não-incidência da Lei dos Juizados Especiais quanto aos crimes que envolvem violência doméstica. Concluiu não haver campo para se flexibilizar, seja com a suspensão do processo, seja com a suspensão condicional da pena, a prática criminosa passível de enquadramento como crime militar.

[HC 99743/RJ, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 6.10.2011. \(HC-99743\)](#)  **Áudio**

(Informativo 643, Plenário)

Processo penal militar e Lei 9.099/95 - 3

Os Ministros Luiz Fux, Ayres Britto e Celso de Mello também denegaram o *writ*, em razão de o paciente ser militar, mas declararam, *obiter dictum*, que se ele fosse civil, deveria ser excluído do âmbito de incidência da lei restritiva. O Min. Luiz Fux afirmou, com ênfase no princípio da isonomia, haver casos em que particulares cometem crimes subsumidos ao CPM que possuem figuras assemelhadas no âmbito da legislação comum. Sublinhou que, na hipótese de crimes comuns, eles teriam direito ao benefício da suspensão condicional. Frisou que o fato de esse diploma proibir o *sursis* processual, mas, ao mesmo tempo, garantir a suspensão condicional da pena, seria um paradoxo. Consignou que a arguição de que as organizações militares são engendradas com fundamento na disciplina não seria compatível com a CF/88, visto que a ordem constitucional teria surgido para imprimir disciplina nas relações jurídicas entre os cidadãos, mas o descumprimento voluntário do Direito seria um fenômeno histórico e a razão de ser da sanção correspondente. Acrescentou que a Constituição tem a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, bem como estabelece que o país é pacífico e que as Forças Armadas têm papel notadamente preventivo. Destacou que o mesmo raciocínio deveria ser aplicado no caso de *lex mitior*, que teria de incidir em crime militar. O Min. Celso de Mello lembrou que a lei impugnada teria surgido como uma reação da justiça castrense em face de decisões do STF que firmaram entendimento no sentido da plena aplicabilidade da Lei 9.099/95 ao processo penal militar, inclusive quanto aos institutos despenalizadores por ela criados. Asseverou, também, que civis, notadamente em tempos de paz, não estariam sujeitos à hierarquia e à disciplina militar. Por fim, os Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, Presidente, denegaram a ordem, porém não se manifestaram acerca da constitucionalidade, ou não, do preceito discutido, considerado o contexto fático do processo.

[HC 99743/RJ, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 6.10.2011. \(HC-99743\)](#)  **Áudio**

(Informativo 643, Plenário)

