SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ISSN 0035-0540

SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO

COORDENADORIA DE DIVULGAÇÃO
DE JURISPRUDÊNCIA

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

Volume 174 ★★ (Páginas 351 a 716) Novembro de 2000

Diretoria-Geral
Diretor: Miguel Augusto Fonseca de Campos

Secretaria de Documentação
Secretária: Altair Maria Damiani Costa

Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência
Coordenadora: Ranuzia Braz dos Santos

Seção de Verbetação
Chefe: Edinalva Ferreira dos Santos

Seção de Preparo de Publicações
Chefe: Ivanildes Barbosa Faria

Seção de Editoração
Chefe: Sandra Suely Nogueira

Seção de Distribuição de Edições
Chefe: Iracilda Alves Pereira

Edição: Ranuzia Braz dos Santos

Revista Trimestral de Jurisprudência / Supremo Tribunal Federal, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência. — N. 1 (abr./jun. 1957)- . — Brasília : STF, CDJU : Imprensa Nacional, 1957-.

Trimestral

ISSN 0035-0540

1. Jurisprudência - Periódico. 2. Direito-Jurisprudência. I. Brasil. Supremo Tribunal Federal.

CDD 340.6

Solicita-se permuta.
Pídese canje.
On demande l'échange.
Si richiede lo scambio.
We ask for exchange.
Wir bitten um Austausch.

STF/CDJU
Anexo II, 3º andar
Praça dos Três Poderes
70.175-900 — Brasília-DF
rtj@stf.gov.br
Fone: (0xx61) 217-3573

Distribuição:
Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800
70.610-460, Brasília-DF
Fone: (0xx61) 313-9400

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ministro CARLOS Mário da Silva VELLOSO (13-6-90), Presidente
Ministro MARCO AURÉLIO Mendes de Farias Mello (13-6-90), Vice-Presidente
Ministro José Carlos MOREIRA ALVES (20-6-75)
Ministro José NÉRI DA SILVEIRA (1°-9-81)
Ministro SYDNEY SANCHES (31-8-84)
Ministro José Paulo SEPÚLVEDA PERTENCE (17-5-89)
Ministro José CELSO DE MELLO Filho (17-8-89)
Ministro ILMAR Nascimento GALVÃO (26-6-91)
Ministro MAURÍCIO José CORRÊA (15-12-94)
Ministro NELSON Azevedo JOBIM (15-4-97)

COMISSÃO DE REGIMENTO

Ministro MOREIRA ALVES
Ministro MARCO AURÉLIO
Ministro NELSON JOBIM
Ministro SYDNEY SANCHES, Suplente

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE
Ministro CELSO DE MELLO

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro NÉRI DA SILVEIRA
Ministro MAURÍCIO CORRÊA
Ministro NELSON JOBIM

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro SYDNEY SANCHES
Ministro MARCO AURÉLIO
Ministro ILMAR GALVÃO

PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Doutor GERALDO BRINDEIRO

COMPOSIÇÃO DAS TURMAS

Primeira Turma

Ministro José Carlos MOREIRA ALVES, Presidente
Ministro SYDNEY SANCHES
Ministro José Paulo SEPÚLVEDA PERTENCE
Ministro ILMAR Nascimento GALVÃO

Segunda Turma

Ministro José NÉRI DA SILVEIRA, Presidente
Ministro José CELSO DE MELLO Filho
Ministro MARCO AURÉLIO Mendes de Farias Mello
Ministro MAURÍCIO José CORRÊA
Ministro NELSON Azevedo JOBIM

SUMÁRIO

Pág.

ACÓRDÃOS 351

ÍNDICE ALFABÉTICO I

ÍNDICE NUMÉRICO XVII

ACÓRDÃOS

RECLAMAÇÃO Nº 509 — MG
(Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence

Reclamantes: Alberto Machado e outros — Reclamado: Juiz Presidente da 10ª Junta de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho de Belo Horizonte

I — Reclamação: subsistência à coisa julgada formada na sua pendência.

Ajuizada a reclamação antes do trânsito em julgado da decisão reclamada, e não suspenso liminarmente o processo principal, a eficácia de tudo quanto nele se decidir ulteriormente, incluído o eventual trânsito em julgado do provimento que se tacha de contrário à autoridade de acórdão do STF, será desconstituído pela procedência da reclamação.

II — Reclamação: improcedência.

Sentença de liquidação de decisão de Tribunal Superior não afronta a autoridade de acórdão do Supremo Tribunal exarado no processo de execução que se limitou a afirmar compatibilidade entre o julgado no processo de conhecimento e o do mesmo Tribunal Superior, que reputara ofensiva da coisa julgada, e conseqüentemente nula, a primitiva declaração de improcedência da liquidação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer da reclamação e julgá-la improcedente.

Brasília, 17 de dezembro de 1999 — **Carlos Velloso**, Presidente — **Sepúlveda Pertence**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence : Reclamação contra o Juiz Presidente da 10ª Junta de Conciliação e Julgamento de Belo Horizonte, que, em ação trabalhista movida pelos reclamantes, homologou conta de liquidação da sentença, segundo eles, em desacordo com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 117.060-3.

No RE 117.060, os fatos foram assim relatados pelo em. Ministro Celso de Mello (fl. 8):

«Cuida-se de causa trabalhista ajuizada por funcionários públicos que, cedidos à RFFSA, reclamam o seu enquadramento na Lei nº 4.345/64, que concedeu aos ferroviários aumento de vencimentos, da ordem de 110%.

A reclamatória foi julgada procedente em 1º grau, sendo a sentença, reformada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região e posteriormente restabelecida pelo acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, que a incorporou expressamente em seu texto, teve a sua parte dispositiva assim enunciada, **verbis**:

«...**resolve, por unanimidade, julgar *procedente* a ação, para condenar a Reclamada a pagar aos Reclamantes o aumento de 110% (cento e dez por cento) previsto na L. 4.345/64, de 26-6-64, desde a data de sua vigência com os necessários e legais reflexos em suas férias, décimos terceiros salários, FGTS, mais juros e correção monetária, tudo como se apurar em execução ...)».**

Havendo transitado em julgado a decisão, os reclamantes iniciaram o processo de execução, instaurado com a liquidação de sentença.

O Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento, após apresentado, por amostragem, o laudo pericial, decidiu julgar improcedente a execução, ao argumento de que fora constatada a «inexistência» de diferenças salariais em favor dos Reclamantes, porque os mesmos, com a aplicação do parágrafo único do art. 5º da Lei 4.345/64, já recebiam remuneração superior ao que poderia resultar do aumento de 110%».

Esta decisão, mantida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, veio a ser reformada pelo Tribunal Superior do Trabalho, que, dando provimento ao recurso de revista consignou, **verbis** :

«...não pode a perícia realizada na execução, ter o condão de modificar decisão transitada em julgado. O que foi decidido, ainda que eventualmente maculado pela apreciação errônea dos fatos e provas ou, ainda, pela aplicação incorreta da lei, só pode ser atingido pelo corretivo judicial da ação rescisória, pois, no dizer do insigne e renomado Pontes de Miranda «é preciso que se acabem as controvérsias, a insegurança, o pisar e repisar de questões, impedindo a coisa julgada material a ocorrência de decisões contraditórias nas fases cognitiva e executiva. Além do mais, a sentença condenatória não pode resultar vazia à vista do procedimento pericial utilizado na execução. Quando impossível determinar o valor da condenação por um meio, deve o juiz ordenar nova liquidação, mandando seja ela feita por arbitramento, se necessário (...)».

Sem trânsito os Embargos opostos a esta decisão interpôs a Rede Ferroviária

recurso extraordinário, com base no art. 143 da Carta de 1969, alegando afronta à coisa julgada (art. 153, § 3º). A ora recorrente sustenta a transgressão da autoridade da coisa julgada, posto que o acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, proferido no processo de execução, teria desconsiderado os limites estabelecidos na Lei 4.345/64, alegadamente contidos na decisão exeqüenda».

A 1ª Turma não conheceu do RE, assentando, no ponto (fl. 12):

«A coisa julgada em sentido material restringe-se à parte dispositiva do ato sentencial ou àqueles pontos que, substancialmente, hajam sido objeto de provimento jurisdicional, quer de acolhimento, quer de rejeição do pedido.

Inocorrência, no caso, de ofensa à coisa julgada. O pronunciamento jurisdicional recorrido, emanado do Tribunal Superior do Trabalho em processo de execução, guardou estrita fidelidade com o conteúdo da decisão exeqüenda, com trânsito em julgado, proferida em sede de conhecimento.»

Pretendem os reclamantes que a liquidação seja feita com a incidência do índice de 110% sobre o valor por eles recebido no mês de maio de 1964, tendo em vista a Lei 4.345, de 26-6-64. Insurgem-se contra a dedução do pagamento feito em junho de 1964, indicada no laudo pericial e acolhida pela sentença homologatória, que reduziu o cálculo em 42%.

Solicitadas informações, prestou-as a autoridade reclamada (fls. 61/67; Docs. fls. 68/238), informando que retornando à instância de origem, após julgado o RE, foram homologados novos cálculos de liquidação e iniciado o processo de execução. Houve embargos à execução e impugnação aos cálculos, à época ainda em processamento (16-11-94).

Após tecer considerações sobre a representação processual das partes e o tumulto estabelecido pelos advogados dos autores, recusa a alegação dos reclamantes de afronta à decisão do Supremo Tribunal Federal, pois – aduz – esta Corte, ao não conhecer do RE, manteve o acórdão do TST que «não fixava qualquer critério para a apuração das diferenças, facultando — inclusive — adotasse, o Julgador monocrático, o arbitramento para a apuração de alguma diferença».

Acrescenta que

«A alegação de que estaria havendo redução do valor devido aos autores, com a máxima vênia, não encontra ressonância nos autos.

De fato, procedendo ao novo levantamento, desconsiderando o limite previsto na lei, tomou — o **expert** — o salário de maio/64 e, em vista de reajuste deferido, em junho, da ordem de 25%, fez a dedução do valor. A questão encontra-se em sede de discussão vez que impugnados os cálculos, na forma por que previsto na lei processual.

Tomando-se, à guisa de exemplificação, o cálculo relativo a Alberto Machado, que acompanhou o ofício, verifica-se que, anotado o valor salarial, em maio/64, da ordem de 128,50, em maio, passara ele, enquanto salário devido, em junho, para 269,85, vale dizer, com acréscimo de 110% a título de reajuste».

Manifestando-se sobre as informações, afirmaram os reclamantes que, ao contrário do que diz o Juiz da execução, a diretriz para os cálculos está no voto do Relator do RE 117.060, quando asseverou :

«O **decisum** adstringiu-se a condenar o ora recorrente ao pagamento do aumento de 110% previsto na L. 4.345/64, desde a data de sua vigência,

com os necessários e legais reflexos em suas férias, décimos terceiros salários, FGTS, juros e correção monetária, sem qualquer determinação de que tais valores ficassem limitados, quando apurados em liquidação, aos níveis fixados na legislação referida».

Ademais, acrescentam, «não há falar em compensação alguma, especialmente do que não pode ser considerado crédito da reclamada, porque ela, na sua defesa, afirma, em alto e bom som, que não pagou aos trabalhadores, esclarecendo que eles não faziam jus ao aumento da L. 4.345, a que, finalmente, e por isso mesmo, se viu condenada.» (fls. 250/254; 259/261).

Tendo em vista o parecer do Ministério Público Federal, que opinou pela improcedência da reclamação, porque apresentada contra magistrado condutor do processo de liquidação de sentença do qual cabia recurso próprio (fls. 242/247), o Ministro Celso de Mello, então relator do feito, pelas razões do despacho de fls. 263/264, concluiu que «somente a consumação da coisa julgada inibirá o acesso da parte interessada ao instrumento constitucional da reclamação», e requisitou informações complementares ao Juiz reclamado, especialmente sobre o eventual trânsito em julgado do ato decisório que motivou a reclamação.

Vindo as informações complementares e a manifestação dos reclamantes, dando conta da inocorrência do trânsito em julgado da decisão reclamada, pois que ainda pendente o julgamento dos embargos previstos no artigo 884, §3°, da CLT (fls. 276/277), opinou o Ministério Público Federal, em parecer da il. Subprocuradora-Geral Maria da Glória Ferreira Tamer, subscrito pelo em. Procurador-Geral Geraldo Brindeiro, pela procedência do pedido.

Após transcrever a tese sustentada pelos reclamantes em seus embargos, que invocam, em seu favor, precedente do TRT/3ª Região, aduz o parecer (fl. 284):

«Destarte, tendo em vista o precedente trazido à baila, há que se concluir que a liquidação deve tomar como parâmetro o salário de maio, para sobre ele incidir o aumento de 110%, da Lei n° 4.345/64.

Na espécie, diverso foi o cálculo efetuado pelo contador. O critério utilizado pelo **expert** na conta de liquidação, adotando o salário de maio/64, com o reajuste de 25% deferido em junho e com a dedução desse valor, conforme noticiado pelo próprio reclamado (fl. 66), parece não espelhar, com exatidão, a determinação contida no v. aresto exeqüendo e nem harmonizar-se com a jurisprudência acima transcrita.

Por isso, para garantir a autoridade do v. aresto exeqüendo, nos moldes do decidido pela Excelsa Corte, afigura-se-nos suscetível de acolhimento a presente reclamação, por ser providência de natureza pronta e eficiente, característica que os embargos do art. 884 da CLT não têm.»

Após o parecer do Ministério Público, os reclamantes trouxeram aos autos a cópia da sentença de primeiro grau que julgou os embargos à execução. Lê-se em tal decisão, no que interessa (fls. 299/301):

«No caso dos autos, o pedido feito diz respeito à aplicação da Lei 4.345/64. A condenação foi expressa ao determinar o pagamento do aumento de 110% determinado pela Lei 4.345/64 e, trazendo esta, definições quantitativas, imperioso seria fossem respeitadas.

Não se pode, na apuração do valor devido em razão da incidência de diploma legal, considerá-lo de forma parcial. Dá-se a incidência como um todo.

Por isso mesmo, caso não fosse possível fixar-se o **quantum debeatur** através da perícia, definiu — o Colendo Tribunal Superior do Trabalho — a fórmula a ser aplicada, vale dizer, apurar-se-ia a diferença por arbitramento.

Ora, pelo laudo de fls. 281 e segs., aplicado o estatuto legal da forma integral, vale dizer, restringindo-se o acréscimo ao limite nele contido, inexistiriam diferenças. Assim, caso é de arbitramento vez que não justificou, o perito, como e em razão de que apurara as mencionadas diferenças que, antes, não as encontrara.

Em momento algum há «determinação», no V. Voto do Eminente Ministro **Celso de Mello** para que os cálculos sejam feitos ao arrepio da lei. Isso porque, a uma, a decisão de 1° grau, restabelecida pelo V. Aresto proferido quando do julgamento do recurso de revista determinou, pura e simplesmente, fosse concedido o reajuste previsto na Lei 4.345/64. Partindo da litiscontestação quando o debate judiciário restringiu-se à incidência ou não-incidência de tal estatuto legal, limitou-se a declarar que incidiria. Acolhia, pois, as pretensões na forma por que consignado na lei.

Como, entretanto, quando da apuração, constatou-se que a aplicação resultaria inócua vez que percebiam, os empregados, valores superiores ao teto previsto no diploma legal invocado e que definia a magnitude do reajuste, teve — o então Juiz Presidente — por extinta a execução pela falta de objeto.

O V. Acórdão determinou, entretanto, que outra liquidação se fizesse e, caso impossível a apuração de diferenças, fosse arbitrada para que em procedimento de liquidação, não fosse «esvaziado» o comando decisório.

É precisamente a hipótese dos autos. A menção feita pelo V. Aresto proferido em sede de execução pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho deixou claro que, através de apuração contábil, impossível encontrar-se a diferença pleiteada. Esta é a única forma de compreender-se a assertiva de que:

> Quando impossível determinar o valor da condenação por um meio, deve o juiz ordenar nova liquidação, mandando seja ela feita por arbitramento, se necessário»

É que tratando-se de diferenças salariais com parâmetros definidos em lei, a possibilidade técnica seria plenamente admissível. A impossibilidade, pois, estaria na inexistência — matemática — de tais diferenças.

Por isso, arbitro as diferenças a favor de cada um dos exeqüentes remanescentes no valor equivalente a 110% de seu salário em maio de 1964. Assim se faz porque, efetivamente, é o único critério para emprestar-se eficácia ao comando decisório de 1° grau, quando acolheu o pedido, e ao V. Aresto do Colendo Tribunal Superior do Trabalho quando determinou que nova liquidação se fizesse para que não restasse vazia a decisão proferida.

Admite-se que, assim fazendo, dar-se-á aparente efetividade ao decisório. Aparente porque não provadas as diferenças em processo de conhecimento, jamais poderiam ser elas deferidas. Porém, se mal postulada a demanda, pior ainda foi a contestação que deixou de demonstrar a inocorrência das diferenças e, finalmente, sem instrução quanto ao próprio fato lesivo ao obreiro, jamais poderia ser acolhida a

pretensão. Mas, se por todos os descaminhos, concluiu-se pela necessária liquidação das diferenças; se o parâmetro dizia respeito a um reajuste de 110% sobre o salário-base de maio/64, defere-se, neste quantitativo, o total da diferença, vez que se trata de mero arbitramento — então já incluídos todos os reflexos, devendo o valor ser atualizado a partir de quando criado o instituto com acréscimo de juros a partir da data de ajuizamento da ação.»

Dessa sentença, interpuseram os reclamantes, sucessivamente, agravo de petição, improvido pelo TRT (fls. 306/308 e 314/316), recurso de revista, indeferido na origem, e agravo de instrumento, afinal desprovido pelo TST em acórdão que transitou em julgado em 9-9-98, segundo informação obtida «via Internet».

Pela Pet 36.193/98, ainda não juntada aos autos, trazem os reclamantes decisão do juiz que determina a volta dos autos ao perito para atualização do valor arbitrado. Sustentam que o arbitramento deve ser entendido em conformidade com a sentença exeqüenda, cujo dispositivo determina, à Reclamada, pagar o aumento de 110% previsto na L. 4.345/64, desde a data de sua vigência com os necessários e legais reflexos em suas férias etc.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): Como visto no relatório, a decisão atacada na presente reclamação foi **desconstituída** pela sentença que acolheu em parte os embargos à execução. Essa sentença, por sua vez, depois de confirmada pelo TRT, transitou em julgado, no momento em que os reclamantes deixaram de recorrer da decisão do TST que negou provimento ao agravo interposto contra o indeferimento da revista.

Tenho, pois, como prejudicada a pretensão dos reclamantes, quer pela sentença proferida nos embargos à execução – que substituiu o ato atacado na reclamação –, quer pelo trânsito em julgado.

Em todo caso, nenhuma dessas decisões desafia a autoridade do acórdão proferido pelo STF no RE-117.060.

Com efeito, a decisão exeqüenda, ao contrário do que afirma o parecer do MPF, não é a proferida no julgamento do RE 117.060, e sim a sentença do processo de conhecimento, que foi confirmada pelo TST. O acórdão do STF foi proferido já em sede de execução e o que ali se disse, a rigor, foi apenas que o TST não ofendeu a coisa julgada ao reformar a sentença que, julgando **«improcedente a liquidação»**, extinguira a execução.

Não cabe, portanto, procurar nesse acórdão qualquer parâmetro que devesse ser observado na liquidação do débito exeqüendo. Ainda que a referida passagem do voto do em. Min. Celso de Mello tivesse a significação atribuída pelos reclamantes, não poderia ela ser considerada senão como **obiter dictum**: refere o que teria sido o dispositivo da decisão do processo de conhecimento, mas não lhe confirma nem infirma o conteúdo, de todo alheio ao tema do recurso extraordinário.

Julgo prejudicada a reclamação: é o meu voto.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Moreira Alves: Sr. Presidente, indago ao eminente Relator se a sentença transitou em julgado depois da reclamação.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): A reclamação se ajuizou quando nem havia ainda a última sentença de primeiro grau. Existia uma sentença de liquidação e houve embargos à execução que o

juiz acolheu parcialmente. Quer dizer, essa sentença nos embargos à execução é posterior ao ajuizamento da reclamação. Dessa sentença houve recurso para o TRT, que foi improvido, recurso de revista indeferido e agravo de instrumento cujo desprovimento transitou em julgado. Conseqüentemente, essa sentença posterior não apenas substituiu a sentença reclamada, o que já seria bastante para prejudicar a reclamação...

O Sr. Ministro Moreira Alves: Mas foi excedente?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): Foi, porque acolheu, em parte, os embargos à execução.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Não houve liminar?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): Não. Agora, realmente, tenho a tranqüilidade de consciência pois, no acórdão do Sr. Ministro Celso de Mello, foi tirado do voto algo que é praticamente uma explicitação do relatório. Estava-se colocando apenas se a decisão do TST ofendeu a coisa julgada, quando cassou aquela sentença que julgara improcedente a liquidação porque entendera que não havia diferença a apurar.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Sucede que ele ajuizou a reclamação antes, e, embora não tenha havido liminar, ele teria que ajuizar uma reclamação contra cada uma dessas decisões, para não haver trânsito em julgado. Aí ficaria quase impossível, porque desde o momento em que ele entra com uma reclamação, a meu ver, ele impede, com isso, que transite em julgado o que diga respeito ao objeto dessa reclamação, seja total ou parcial. Senão, ele terá que ajuizar uma reclamação cada vez que se julgarem os embargos. A pendência da reclamação impede o trânsito em julgado.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): V.Exa. acha que a pendência da reclamação deixa a coisa julgada que alhures se formar subordinada ao que se vier a decidir na reclamação.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Desde que, evidentemente, pelo menos parte do objeto continue em causa.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): É uma inovação na construção da reclamação, onde sempre se teve por um dogma que a coisa julgada é inatacável.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Hoje, a reclamação tem sede constitucional justamente para fortalecer, ainda mais, a autoridade da coisa julgada e a competência do Tribunal.

VOTO (Retificação)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): Sr. Presidente, a tese do Sr. Ministro Moreira Alves, que tendo a acolher, é no sentido de que, ajuizada a reclamação antes do trânsito em julgado da decisão reclamada ela é admissível, e não suspenso liminarmente o processo, o que nele se vier a decidir ficará desconstituído pela eventual procedência da reclamação.

Acolho tais fundamentos para alterar a conclusão do meu voto, no sentido de conhecer da reclamação e julgá-la improcedente, porque, como demonstrei, o limite do julgamento do recurso extraordinário era apenas o problema da ofensa ou não, pelo TST, à coisa julgada e não o do conteúdo do dispositivo transitado em julgado.

VOTO (Confirmação)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, tenho grande dificuldade em admitir que a reclamação, em si, obstaculiza o trânsito em julgado. Para fazê-lo, terei que abandonar a organicidade do próprio Direito, para conferir à reclamação contornos próprios a recurso que tenha eficácia suspensiva.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Até para a segurança jurídica, a reclamação deve impedir, porque o problema, aí, não é desconstituir, é impedir. Hoje, a reclamação é instituto constitucional, enquanto, em rigor, a coisa julgada não o é, a não ser em questão de direito intertemporal. Na realidade, o princípio é o da segurança jurídica.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É com base, justamente, nesse princípio, que estou me pronunciando.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mantenho o meu voto, com a devida vênia das «lições» do Ministro Moreira Alves, julgando prejudicada a reclamação.

EXTRATO DA ATA

Rcl 509 — MG — Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. Recltes.: Alberto Machado e outros (Advs.: Regina Marcia Viegas Peixoto Cabral Gondim e Outros). Recldo.: Juiz Presidente da 10ª Junta de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho de Belo Horizonte.

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu e julgou improcedente a reclamação, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava prejudicada. Votou o Presidente. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.

Brasília, 17 de dezembro de 1999 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 606 — PR
(Tribunal Pleno)
(Med. Caut. na RTJ 140/765)

Relator: O Sr. Ministro Sydney Sanches

Requerente: Governador do Estado do Paraná — Requerida: Assembléia Legislativa do Estado do Paraná

Direito Constitucional e Administrativo.

Estabelecimento de Ensino Público. Cargos de direção: eleição.

Ação Direta de Inconstitucionalidade de expressões constantes do inciso VII do art. 178 da Constituição do Estado do Paraná.

Artigos 25, 37, II, e 206, VI, da Constituição Federal.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades, tem declarado a inconstitucionalidade de leis estaduais que tratam de eleições para os cargos de direção dos estabelecimentos de ensino público.

2. Precedentes (Rp 1.473-SC; ADI 51-RJ; ADI 490-AM; ADI 123-SC; ADI 640-MG; e mais recentemente, na ADI 578-RS).

3. No caso, dispõe o inciso VII do art. 178 da Constituição do Estado do Paraná:

«Art. 178. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

...

VII — gestão democrática e colegiada das instituições de ensino pelo poder público estadual, *adotando-se o sistema eletivo, direto e secreto, na escolha dos dirigentes, na forma da lei.»*

4. Pelas mesmas razões deduzidas nos precedentes referidos, são inconstitucionais, no texto do inciso VII do art. 178 da Constituição do Estado do Paraná, as expressões «adotando-se o sistema eletivo, direto e secreto, na escolha dos dirigentes, na forma da lei».

5. No mais, o inciso VII não é de ser declarado inconstitucional, ou seja, no ponto em que estabelece, como princípio do ensino, no Paraná, a «gestão democrática e colegiada».

6. Ação Direta julgada procedente, em parte, para declaração de inconstitucionalidade, com eficácia *ex tunc*, das expressões «adotando-se o sistema eletivo, direto e secreto, na escolha dos dirigentes, na forma da lei» contidas no inciso VII do art. 178 da Constituição do Estado do Paraná.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por votação majoritária, julgar procedente, em parte, a ação direta e declarar a inconstitucionalidade da expressão «adotando-se o sistema eletivo, direto e secreto, na escolha dos dirigentes, na forma da lei», contida no inciso VII do art. 178 da Constituição do Estado do Paraná, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello (Presidente) e Carlos Velloso, e, neste julgamento, o Ministro Maurício Corrêa. Presidiu o julgamento, o Ministro Moreira Alves.

Brasília, 25 de março de 1999 — **Moreira Alves**, Presidente — **Sydney Sanches**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sydney Sanches (Relator): A ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. **Anadyr de Mendonça Rodrigues**, no parecer de fls. 166/172, aprovado pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral, Dr. **Geraldo Brindeiro**, resumiu a inicial, as informações e os demais elementos do processo e, em seguida, opinou, nos termos seguintes:

«**Ementa** — Provimento de cargos em comissão mediante procedimento eletivo: **«Sendo o cargo em comissão conformado à confiança do Poder nomeante, não se conciliam a livre nomeação com a escolha por eleição. A Constituição limita o provimento dos cargos públicos às formas previstas no artigo 97, parágrafos 1º e 2º, não deixando margem a que seja criado processo eletivo para os cargos em comissão. Não tendo as esco-**

las públicas de primeiro grau a autonomia administrativa e financeira conferida à Universidade, não há que cogitar da investidura em seus cargos de direção por eleição.» (1.473-SC), ADIN 244-9-RJ, ADIN 387-9-RO, ADIN 573-1-SC, ADIN 578-2-RS e ADIN 640-1-MG. Ação Direta de Inconstitucionalidade suscetível de ser julgada procedente.

1. O **Governador do Estado do Paraná** propôs, em 16 de outubro de 1991, Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo como objeto o art. 178, VII, da Constituição daquele Estado e a Lei estadual nº 7.961, de 21 de novembro de 1984.

2. A disposição da Carta Estadual tida como inconstitucional é do seguinte teor:

> «Art. 178. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
>
> .....
>
> VII — gestão democrática e colegiada das instituições de ensino pelo poder público estadual, adotando-se o sistema eletivo, direto e secreto, na escolha dos dirigentes, na forma da lei;»

3. Alega o Requerente o que se segue:

«A inconstitucionalidade das normas estaduais se apresenta na violação dos princípios de organização impostos aos Estados no art. 25 da Constituição da República. Entre os princípios violados no inciso VII do art. 178 da Constituição e na Lei n. 7.961/84 está inicialmente aquele que assegura autonomia e independência do Poder Executivo — art. 2º da Constituição da República — , do qual decorrem em enquadramento de sistema, os que conferem ao chefe do Executivo a competência da **direção superior** da Administração Pública, (art. 84, II, da Constituição Federal) e seu corolário, o **poder discricionário** de nomeação e designação para cargos em comissão e funções de confiança (art. 37, II, da Constituição da União).» (fl. 5)

4. Essa Excelsa Corte houve por bem negar conhecimento à Ação, no tocante à Lei estadual nº 7.961, de 1984, e, no tocante ao art. 178, VII, da Constituição do Estado do Paraná, deferiu medida cautelar, por meio do V. aresto de fls. 82/135, que exibe a seguinte ementa:

> **«Sistema eletivo direto, para a escolha de dirigentes das instituições de ensino público estadual. Relevância do fundamento jurídico da impugnação desse critério, perante os artigos 37, II e 84, VI, da Carta Federal. Precedente: ADIn 578-RS (medida cautelar).**
>
> **Cautelar deferida para suspensão dos efeitos do inciso VII do art. 178 da Constituição do Paraná. Não se conhecendo da ação quanto à Lei estadual nº 7.961, de 21-11-84, por ser anterior à Carta Federal de 1988, em que se funda a argüição de inconstitucionalidade.»** (*in* DJ de 27-3-92)

5. As informações prestadas, em essência, apegam-se ao que reza o art. 206, VI, da Constituição da República, para sustentar a constitucionalidade do art. 162, VI, da Constituição do Estado de Santa Catarina (fls. 138/150), no que foram acompanhadas pela manifestação do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União (fls. 158/164).

6. Isto posto, deve dizer-se que se trata de matéria que já recebeu definição, por parte desse Colendo Supremo Tribunal Federal.

7. De fato, ainda sob a precedente ordem constitucional, em 14 de setembro de 1988, ocorreu o julgamento da Representação nº 1.473-SC (Relator, Ministro **Carlos Madeira**), na qual era argüida a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei estadual nº 6.709, de 12 de setembro de 1985, ficando decidido o que está assim resumido na ementa do julgado:

> «Representação de Inconstitucionalidade. Nomeação para cargo em comissão de Diretor de escola pública, mediante eleição pelos professores, alunos e pais de alunos. Sendo o cargo em comissão conformado à confiança do Poder nomeante, não se conciliam a livre nomeação com a escolha por eleição. A Constituição limita o provimento dos cargos públicos às formas previstas no artigo 97, parágrafos 1º e 2º, não deixando margem a que seja criado processo eletivo para os cargos em comissão. Não tendo as escolas públicas de primeiro grau a autonomia administrativa e financeira conferida à Universidade, não há que cogitar da investidura em seus cargos de direção por eleição. Representação julgada procedente e declarado inconstitucional o artigo 1º da Lei 7.709, de 12 de setembro de 1985, do Estado de Santa Catarina.»
> (**in** DJ de 14-10-88, p. 26380)

8. Seguiu-se, pela ordem cronológica, o julgamento liminar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 244-9-RJ, ocorrido em 18 de abril de 1990 (Relator, Ministro **Celso de Mello**), em que era argüida a inconstitucionalidade do art. 180, § 4º, **b** e **c**, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, havendo sido deferida medida cautelar, mediante V. Acórdão assim ementado:

> «**Ação Direta de Inconstitucionalidade — Constituição do Estado do Rio de Janeiro — Polícia Civil — Co-participação popular nos atos de provimento dos cargos de Delegado de Polícia — Investidura a termo — Restituição funcional por órgão estranho à Chefia do Poder Executivo — Relevo jurídico do tema — *Periculum in mora* — Suspensão cautelar deferida.**
>
> A subordinação constitucional da Polícia Civil ao Governador do Estado (CF, art. 144, § 6º) acentua a integração do organismo policial na esfera da administração pública local, a primazia político-jurídica do Chefe do Poder Executivo dessa unidade da Federação. Os preceitos ora impugnados, inscritos na Constituição do Rio de Janeiro, parecem restringir — com ofensa ao princípio da separação dos poderes — a competência jurídico-administrativa do Governador do Estado, afetada, em seu exercício, por um sistema de co-participação popular não autorizado, **prima facie**, pelo texto da Lei Fundamental. Ao relevo jurídico do tema, associa-se situação configuradora do **periculum in mora**, a justificar o deferimento do provimento cautelar requerido.»
> (**in** DJ de 25-5-90, p. 4603, RTJ 132/86 e Lex/STF 141/118)

9. Em seqüência, adveio o julgamento liminar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 387-9-RO, ocor-

rido em 1° de março de 1991 (Relator, Ministro **Celso de Mello**), com argüição de inconstitucionalidade dos artigos 4°, § 2°, e 50, parágrafo único, da Lei Complementar estadual n° 36, de 18 de junho de 1990, havendo sido deferida medida cautelar, mediante V. Acórdão assim ementado, no que interessa a esta Ação:

> **«Lei Complementar estadual — Diretor de escola pública — Forma eletiva de provimento do cargo».**
> (**in** DJ de 11-10-91, p. 14247, RTJ 135/905 e Lex/STF 156/23)

10. A seguir, tem-se o julgamento liminar da Ação Direta de Inconstitucionalidade 573-1-SC, ocorrido em 5 de setembro de 1991 (Relator, Ministro **Néri da Silveira**), com argüição de inconstitucionalidade da Lei estadual n° 8.040, de 26 de julho de 1990, havendo sido deferida medida cautelar, mediante V. Acórdão assim ementado:

> «Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei n° 8.040, de 26-7-1990, do Estado de Santa Catarina, que dispõe sobre as funções de direção de escolas públicas, forma de escolha de diretores, por processo eletivo, dando outras providências. Alegações de ofensa aos arts. 61, § 1°, II, letra **c**, e art. 37, II, ambos da Constituição Federal. Relevância jurídica dos fundamentos da inicial e **periculum in mora** caracterizados. Medida cautelar deferida, para suspender a vigência da Lei n° 8.040, de 26-7-1990, do Estado de Santa Catarina, até o julgamento final da ação.»
> (**in** DJ de 27-11-92)

11. Seguiu-se-lhe o julgamento liminar da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 578-2-RS, ocorrido em 25 de setembro de 1991 (Relator, Ministro **Paulo Brossard**), com argüição de inconstitucionalidade do art. 213, § 1°, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, dos artigos 1° a 29 da Lei estadual n° 9.233, de 13 de fevereiro de 1991, e da Lei estadual n° 9.263, de 5 de junho de 1991, havendo sido deferida medida cautelar, mediante V. Acórdão assim ementado:

> «Constitucional. O Governador é o Chefe da Administração estadual. O art. 213, § 1° da Constituição do RGS e as leis que o complementam, estabelecendo que a escolha dos diretores e vice-diretores das escolas públicas estaduais seja feita mediante eleição, pela denominada comunidade escolar, com exclusão do Governador do Estado, ofenderiam, **prima facie**, a prerrogativa do Chefe da administração estadual — CF, art. 37, II, 84, XXV.
>
> Precedentes do STF: Rep. 1473, ADIn 244, 387 e 573. A hierarquia é essencial à organização administrativa. Princípios a que está sujeita.
>
> Relevância do fundamento jurídico. **Periculum in mora** ocorrente na espécie.
>
> Cautelar concedida.»
> (**in** DJ de 2-4-93)

12. Por fim, foi a vez, então, do julgamento liminar da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 640-1-MG, ocorrido em 22 de novembro de 1991 (Relator, Ministro **Marco Aurélio**), com argüição de inconstitucionalidade do art. 196, VIII, da Constituição do Estado de Minas Gerais, havendo sido deferida medida cautelar, mediante V. Acórdão assim ementado:

«Escolas — Diretores — Processo de Escolha — Ação Direta de Inconstitucionalidade — Cautelar. **Concorrem os pressupostos indispensáveis à concessão da cautelar quando os atos normativos impugnados prevêem a escolha dos diretores das escolas públicas mediante processo seletivo peculiar e para o cumprimento de mandato. Ao primeiro exame, a hipótese envolve cargos a serem preenchidos à livre discrição, sendo impróprio o afastamento, por norma legal, da atuação do Executivo.»**
(*in* DJ de 13-3-92)

13. Tudo posto, quer parecer manifesto que esta Ação Direta de Inconstitucionalidade é procedente, também **de meritis.**

14. De fato, segundo deixou assentado essa Suprema Corte no pioneiro julgamento da Representação nº 1.473-SC:

«Sendo o cargo em comissão conformado à confiança do Poder nomeante, não se conciliam a livre nomeação com a escolha por eleição. A Constituição limita o provimento dos cargos públicos às formas previstas no artigo 97, parágrafos 1º e 2º, não deixando margem a que seja criado processo eletivo para os cargos em comissão. Não tendo as escolas públicas de primeiro grau a autonomia administrativa e financeira conferida à Universidade, não há que cogitar da investidura em seus cargos de direção por eleição.»

15. Em verdade, o texto estadual impugnado pretendeu estar apoiado na Constituição da República, no que a Carta Federal assim dispõe:

«Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

.....

VI — gestão democrática do ensino público, na forma da lei.»

16. Trata-se, entretanto, de entendimento que deixou de levar em consideração:

16.1. de um lado, a circunstância capital de que tal dispositivo da Constituição Federal deve ser aplicado de modo harmônico, frente aos demais comandos constitucionais, e, em especial, com acatamento ao que determina o art. 37, II, da Carta de 1988;

16.2. de outro, o fato de que a **«gestão democrática»** do ensino público pode ser implementada através de muitas vias, sendo desarrazoado o pensamento de que só se realizaria mediante a instituição de eleições para o provimento dos cargos de direção nas escolas públicas.

17. O parecer é, por conseguinte, de que a Ação Direta de Inconstitucionalidade deva ser julgada procedente.»

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sydney Sanches (Relator): 1. Ainda sob a égide da Emenda Constitucional nº 1/69, decidiu o Plenário desta Corte, por unanimidade de votos, no julgamento da Representação nº 1.473-SC, de que foi Relator o eminente e saudoso Ministro **Carlos Madeira**, em data de 14-9-1988 (RTJ-130/1006):

«Representação de Inconstitucionalidade. Nomeação para cargo em co-

missão de diretor de escola pública, mediante eleição pelos professores, alunos e pais de alunos. Sendo o cargo em comissão conformado à confiança do poder nomeante, não se conciliam a livre nomeação com a escolha por eleição. A Constituição limita o provimento dos cargos públicos às formas previstas no artigo 97, parágrafos 1° e 2°, não deixando margem a que seja criado processo eletivo para os cargos em comissão. Não tendo as escolas públicas de primeiro grau a autonomia administrativa e financeira conferida à Universidade, não há que cogitar da investidura em seus cargos de direção por eleição.

Representação julgada procedente e declarada inconstitucional o artigo 1° da Lei n° 6.709, de 12 de setembro de 1985, do Estado de Santa Catarina.»

2. Já sob a vigência da atual Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, o Plenário concluiu no mesmo sentido, desta vez, por maioria de votos, na ADI n° 51-RJ, relatado pelo Ministro **Paulo Brossard**, a 25 de outubro de 1989 (RTJ-148/03):

«Universidade Federal. Autonomia (art. 207, CF). Ação Direta de Inconstitucionalidade. Resolução n° 2/88 do Conselho Universitário da UFRJ, que dispõe sobre eleição do Reitor e Vice-Reitor. Inconstitucionalidade. Ofensa ao inciso X e **caput** do art. 48 e inciso XXV do art. 84, ambos da Constituição Federal.»

3. A 3 de fevereiro de 1997, ainda por maioria, assentou o Plenário, no julgamento da ADI n° 490-5-Amazonas, Relator o Ministro **Octavio Gallotti** (DJ de 20-6-97, Ementário n° 1.874-01):

«Inconstitucionalidade, perante a Carta Federal, do art. 199 da Constituição do Amazonas, na parte em que determina a realização de eleições para os cargos de direção dos estabelecimentos de ensino público.

Não se confunde a qualificação de democrática da gestão do ensino público (art. 206, VI, da Constituição) com modalidade de investidura, que há de coadunar-se com o princípio da livre escolha dos cargos em comissão do Executivo pelo Chefe desse Poder (artigo 37, II, **in fine** e 84, II e XXV, ambos da Constituição da República).»

4. Na mesma data, 3-2-1997, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, decidiu a Corte, por maioria, ao julgar a ADI n° 123-0, de Santa Catarina (DJ de 12-9-97, Ementário n° 1.882-01):

«**Ementa: Constitucional. Ensino Público. Diretores de escolas públicas: eleição: inconstitucionalidade.** Constituição do Estado de Santa Catarina, inciso VI do art. 162.

I — É inconstitucional o dispositivo da Constituição de Santa Catarina que estabelece o sistema eletivo mediante voto direto e secreto, para escolha dos dirigentes dos estabelecimentos de ensino. É que os cargos públicos ou são providos mediante concurso público, ou, tratando-se de cargo em comissão, mediante livre nomeação e exoneração do Chefe do Poder Executivo, se os cargos estão na órbita deste (CF, art. 37, II, art. 84, XXV).

II — Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.»

5. A 5 de fevereiro de 1997, no mesmo sentido, ADI n° 640, de Minas Gerais, Redator do Acórdão Ministro **Maurício Corrêa**, DJ de 11-4-97, p. 12177, Ementário vol. 01864-01, p. 90):

«**Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Provimento dos car-**

gos de direção de unidades estaduais de ensino por eleição: art. 196, VIII, da Constituição Estadual, Lei nº 10.486, de 24-7-91, e Decreto nº 32.855, de 27-8-91, todos do Estado de Minas Gerais. Inconstitucionalidade: art. 37, II, *in fine*, da Constituição Federal.

1. Cabe ao Poder Executivo fazer as nomeações para os cargos em comissão de diretor de **escola** pública (CF, art. 37, II, **in fine**).

2. É inconstitucional a norma legal que subtrai esta prerrogativa do Executivo, ao determinar a realização de processo eleitoral para o preenchimento destes cargos.

3. Ação Direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 196, VIII, da Constituição Estadual, da Lei nº 10.486/91 e do Decreto nº 32.855/91, todos do Estado de Minas Gerais.»

6. E mais recentemente, ou seja, a 3 de março de 1998, Relator Ministro **Maurício Corrêa**, acórdão por maioria, ainda não publicado, mas no mesmo sentido (ADI nº 578-2), quando o Plenário declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 213 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, do teor seguinte:

«§ 1º Os diretores das escolas públicas estaduais serão escolhidos, mediante eleição direta e uninominal, pela comunidade escolar, na forma da lei.»

Declarou, também, na oportunidade, a inconstitucionalidade das Leis, que regulamentaram a referida norma da Constituição Estadual.

7. Na presente ADI nº 606-1/600, o Exmo. Sr. Governador do Estado do Paraná impugna o inciso VII do art. 178 da Constituição Estadual, que assim dispõem:

«Art. 178. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

...

VII — gestão democrática e colegiada das instituições de ensino pelo poder público estadual, adotando-se o sistema eletivo, direto e secreto, na escolha dos dirigentes, na forma da lei.»

8. Pelas mesmas razões deduzidas nos precedentes referidos, são inconstitucionais, no texto do inciso VII do art. 178 da CE do Paraná, as expressões «adotando-se o sistema eletivo, direto e secreto, na escolha dos dirigentes, na forma da lei».

9. Penso que, no mais, o inciso VII não é de ser declarado inconstitucional, ou seja, no ponto em que estabelece, como princípio do ensino, no Paraná, a «gestão democrática e colegiada».

10. Isto posto, julgo **procedente**, em parte, a Ação, para declarar a inconstitucionalidade, com eficácia **ex tunc**, das expressões «adotando-se o sistema eletivo, direto e secreto, na escolha dos dirigentes, na forma da lei» contidas no inciso VII do art. 178 da Constituição do Estado do Paraná.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, trata-se da gestão democrática no ensino. Tenho convicção a respeito da matéria contrária ao que assentado pelo Plenário. Reporto-me ao voto proferido, transcrevendo-o em seu inteiro teor:

Na assentada em que teve início o julgamento, o Ministro Maurício Corrêa concluiu pela procedência do pedido formulado «para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 213 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul e das Leis Estaduais nºs 9.233, de 13 de fevereiro de 1991, e 9.263, de 5 de

junho de 1991, por violação aos artigos 37, II e 84, XXV da Constituição Federal». Reportou-se a precedentes da Corte — Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 123, Relator Ministro Carlos Velloso, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 490, Relator Ministro Octavio Gallotti, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 573, Relator Ministro Néri da Silveira e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 640, relatada pelo próprio Ministro Maurício Corrêa. Em síntese, o preceito constitucional versa sobre a gestão democrática do ensino público, tendo o seguinte teor:

> **Art. 213.** (...)
>
> § 1º Os diretores das escolas públicas estaduais serão escolhidos, mediante eleição direta e uninominal, pela comunidade escolar, na forma da lei.

Na ocasião em que deferida a liminar, ressalvaram o comprometimento com o tema de fundo os Ministros Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira.

No julgamento desta ação, acompanhou o nobre Relator o Ministro Nelson Jobim, sendo que se encontravam ausentes, justificadamente, os Ministros Ilmar Galvão e Carlos Velloso.

Senhor Presidente, tenho convencimento diverso sobre a matéria tratada nestes autos — o sentido, em si, de viver-se em uma Federação, considerada a autonomia dos Estados federados — mitigada, é certo, pela Carta da República — isto sob o ângulo governamental e legislativo, não se chegando, obviamente ao campo da soberania. Em 3 de fevereiro de 1997, esta Corte julgou as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 123 e 490, a envolverem preceito semelhante ao atacado neste processo — das Constituições de Santa Catarina e do Estado do Amazonas. Dois dias após, ou seja, em 5 de fevereiro de 1997, apreciou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 640-MG, concluindo pelo conflito dos preceitos atacados com a Carta da República. Nos três processos, fiquei vencido, na companhia honrosa do então Presidente da Corte, Ministro Sepúlveda Pertence. Reitero o que tive oportunidade de consignar quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 640:

> Na inicial desta ação direta de inconstitucionalidade, argúi-se como infringidos os preceitos dos artigos 25, 37, inciso II, 84, incisos II e XXV, da Constituição Federal. O primeiro deles cuida da organização dos Estados, com elaboração de constituição e leis de acordo com os princípios da Carta Política da República; o segundo é célebre e diz da necessidade de a investidura de cargo ou emprego público ser precedida de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Já os dois últimos dispositivos encerram a competência privativa do Presidente da República para exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal, provendo e extinguindo os cargos públicos federais, na forma da lei.
>
> Em primeiro lugar, ressalto a ênfase dada pela Carta de 1988 à forma federativa da República. Atribuiu-se aos Estados autonomia governamental e competência legislativa, jungidas aos princípios estabelecidos na Constituição Federal. Quanto à com-

petência para legislar sobre educação, no inciso XXIV do artigo 22 alude-se a diretrizes e bases da educação nacional, notando-se, no inciso IX do artigo 24, a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar concorrentemente sobre educação, cultura, ensino e desporto. Sob o ângulo do inciso II do artigo 37 da Carta Federal, verifica-se a remessa à lei, isso quanto às nomeações para cargo em comissão, como são os de diretor e vice-diretor de escola pública. A premissa básica do preceito para que se tenha como livre a nomeação e a exoneração é justamente a previsão em lei. Quanto ao artigo 84, incisos II e XXV, da Constituição Federal, nota-se que o provimento e extinção de cargos pelo Chefe do Poder Executivo há de ocorrer sempre na forma da lei. Pois bem, no caso dos autos, na própria Constituição do Estado previu-se seleção competitiva interna para o exercício do cargo comissionado de Diretor e da função de Vice-Diretor de escola pública, homenageando, de maneira pedagógica, o mérito dos candidatos, a experiência profissional, a habilitação legal, a titulação, a aptidão para liderança, a capacidade de gerenciamento e a prestação de serviço no estabelecimento por dois anos, pelo menos. A partir do texto da Lei Maior local é que houve o encaminhamento de projeto de lei pelo Chefe do Executivo do Estado de Minas Gerais que, a seguir, veio a editar decreto, regulamentando-a (folhas 17 a 26).

Senhor Presidente, há de conferir-se algum sentido à Federação, caminhando-se para a flexibilidade, de modo a reconhecer-se aos Estados federados certa independência normativa. No caso dos autos, não tenho como infringido princípio básico da Carta da República. Ao contrário, a Constituição do Estado de Minas Gerais homenageia o princípio federativo e, mais do que isso, a regra inserta no artigo 206, inciso VI, da Carta Federal. A forma de escolha dos diretores e vice-diretores das escolas públicas além de consubstanciar temperamento a atuação discricionária do chefe do Poder Executivo, atendendo aos anseios da sociedade no que voltados para o critério de mérito, mostra-se em harmonia com o princípio segundo o qual o ensino será ministrado com base na gestão democrática. Aqui, sim, tem-se a fixação, pela Carta da República, de princípio, como é dado notar no inciso VI do artigo 206 nela inserto. O preceito remete ao balizamento da citada gestão democrática do ensino público constante de lei e o povo mineiro, mediante os respectivos representantes, fez opção, partindo para a disciplina da matéria conforme o inciso VIII do artigo 196. Não posso, na espécie, vislumbrar sequer arranhão ao Diploma Maior. Se de um lado é certo que compete ao Chefe do Poder Executivo o exercício da administração superior, de outro, não menos correto é que o próprio artigo 84, inciso XXV, remete, quanto ao provimento dos cargos públicos, ao que estipulado na lei. No caso, a Constituição do Estado de Minas Gerais prevê a seleção competitiva. Há de tirar-se do Texto Constitucional

Maior a máxima eficácia e efetividade possíveis e isso o faço ao assentar que se coaduna, a mais não poder, o preceito do citado inciso VI do artigo 206 à norma da Constituição do Estado de Minas Gerais. Assim, a par dos aspectos altamente positivos, no que a cláusula da Constituição do Estado de Minas Gerais, bem como as insertas nas Cartas de outros Estados buscam colocar nos relevantes cargos as pessoas melhor capacitadas, afastando vícios anteriores no campo do apadrinhamento, tenho ainda que exsurge a plena harmonia com a Constituição Federal. Digo mesmo que a regência da matéria, tal como ocorrida, serve ao que se contém na nossa Carta da República, no que cuida da gestão democrática do ensino público. Não vejo, preservadas as características próprias de uma Federação em que se mostra a feição descentralizadora, como concluir pela inconstitucionalidade do preceito.

Por tais razões, julgo improcedente o pedido formulado nesta ação direta de inconstitucionalidade.

É o meu voto.

Peço vênia ao nobre Ministro-Relator para, assim, julgar improcedente o pedido formulado nesta ação.

É o meu voto. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 578-2/RS, relatada pelo Ministro Maurício Corrêa, perante o Pleno, e julgada na Sessão de 3 de março de 1999)

Julgo improcedente o pedido formulado.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sr. Presidente, **data venia** do eminente Relator, acompanho o Sr. Ministro Marco Aurélio.

EXTRATO DA ATA

ADI 606 — PR — Rel.: Min. Sydney Sanches. Reqte.: Governador do Estado do Paraná (Advs.: Rogério Distefano e outro e Julio Cesar Ribas Boeng). Reqda.: Assembléia Legislativa do Estado do Paraná.

Decisão: O Tribunal, por votação majoritária, julgou «procedente», «em parte», a ação direta e declarou a inconstitucionalidade da expressão «adotando-se sistema eletivo, direto e secreto, na escolha dos dirigentes, na forma da lei», contida no inciso VII do art. 178 da Constituição do Estado do Paraná, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello (Presidente) e Carlos Velloso, e, neste julgamento, o Ministro Maurício Corrêa. Presidiu o julgamento o Ministro Moreira Alves.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministros Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 25 de março de 1999 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

EXTRADIÇÃO Nº 734 — CONFEDERAÇÃO HELVÉTICA
(Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Sydney Sanches

Requerente: Governo da Suíça — Extraditando: Roland Leemann

Extradição: requisitos. Alegações da defesa.

1. Havendo o parecer do Ministério Público federal, que se adota, demonstrado a improcedência das alegações da defesa, estando o Pedido de Extradição formalizado com observância dos artigos 80 e seguintes da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, com a redação alterada pela Lei nº 6.964, de 9-12-1981, e não ocorrendo qualquer das hipóteses impeditivas previstas no art. 77, tudo conforme documentação constante dos autos de Pedido de Prisão Preventiva (em apenso) e destes principais, de Extradição, é de se acolher a petição inicial.

2. Extradição deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir o pedido de extradição. Falou pelo requerente o Dr. Gustav Lívio Toniatti. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Celso de Mello, Presidente. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso, Vice-Presidente.

Brasília, 9 de dezembro de 1998 — **Carlos Velloso**, Presidente — **Sydney Sanches**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sydney Sanches (Relator): 1. O ilustre Vice-Procurador-Geral da República, Dr. **Haroldo Ferraz da Nóbrega**, em parecer aprovado pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral, Dr. **Geraldo Brindeiro**, resumiu os fatos do processo, nestes termos (fls. 109/114):

«Por solicitação da Embaixada da Suíça, foi decretada a prisão preventiva para extradição de Roland Leemann (fl. 14, PPE nº 301, apenso).

Em 26-2-98 foi cumprida a ordem de prisão, estando o extraditando custodiado na SR/DPF/DF, à disposição do Supremo Tribunal Federal.

À fl. 77 dos autos da PPE 301, o advogado do extraditando, Dr. José Cupertino da Luz Neto, pediu a sua liberação, argumentando que o Governo do Estado requerente não teria formalizado o pedido extradicional, no prazo estipulado no art. VIII, alínea 3 do Tratado de Extradição firmado entre o Brasil e a Suíça.

A solicitação foi indeferida (fl. 87 da PPE 301).

Na formalização do pedido extradicional, a Embaixada Suíça assevera que:

«Os textos de lei aplicáveis no que respeita às penas previstas e à respectiva prescrição já compõem

o acervo documental que instruiu o pedido de prisão preventiva» (autos da Extradição, 734, fl. 04).

São os seguintes os fatos imputados ao extraditando, tal como consta na ordem de sua prisão:

«Ordem de prisão

Conforme as disposições da lei sobre assistência do direito penal do cantão de St. Gallen de 9 de agosto de 1954, será decretada pelo competente juiz de instrução criminal do Cantão de St. Gallen, abaixo-assinado, para o fim de **ordem de prisão** contra **Leemann** Roland, filho de Otto e Mathilde Käslin, nascido no dia 11 de abril de 1952 em Winterthur, natural de Arni/Suíça, casado, manager de futebol, residiu na Tellestrasse 6, 9533 Kirchberg, atualmente fugitivo. Endereço presumível: Rua Thereza Zanoni Caser 375, 29060-800 Vitória-ES, Brasil. Telefone 027 971 4006. Fax 027 324 5130.

Por causa de contravenção grave várias vezes contra a lei sobre narcóticos.

Senhor **Leemann** deve ser preso e levado à presença do juiz de instrução criminal do Cantão de St. Gallen, St. Georgenstrasse 13, 9001 St. Gallen.

1 — **Exposição dos fatos**

A ordem de prisão baseia-se nos seguintes fatos:

Senhor **Leemann** foi preso em St. Gallen no dia 19 de julho de 1995. Na prisão preventiva subseqüente ele admitiu vários negócios de drogas. Por causa de declarações dos envolvidos por causa dos indícios foram provados seu envolvimento em outros negócios de drogas. No dia 22 de maio de 1996 Senhor **Leemann** foi colocado em liberdade da prisão preventiva com a obrigação de se apresentar uma vez por semana no posto policial do seu domicílio. Em setembro de 1996 ele informou o juiz de instrução criminal que deveria fazer uma viagem profissional iminente para Alemanha pedindo assim uma dispensa na semana seguinte no posto policial. Aproveitando desta dispensa foi se instalar no Brasil, ficando assim com domicílio desconhecido. Em julho de 1997 ele se apresentou no consulado geral suíço no Rio de Janeiro, para prolongar o seu passaporte suíço. Ele anuncia seu endereço atual no Brasil. A prolongação do passaporte foi por agora recusado.

Senhor **Leemann** deve ser acusado dos seguintes negócios de drogas abaixo resumidos:

a) Em novembro de 1989 ele aceitou no Rio de Janeiro/Brasil uma encomenda telefônica do Johann **Buff** de Chur/Suíça de 500 gramas de cocaína, prometendo de fornecer esta cocaína na Suíça. Se o fornecimento chegou realmente na Suíça não foi possível a verificação.

b) No verão de 1990 ele vendeu em Fribourg/Suíça 500 gramas de cocaína para o Fritz **Lobsiger.**

c) De 1993 até 1995 ele importou do Rio de Janeiro/Brasil em soma aproximada 2 kilos de cocaína para Suíça e esta cocaína ele vendeu subseqüente em Rapperswil/Suíça ao Marcel **Vernier**; os fornecimentos foram de 500 gramas por cada vez.

d) Em abril de 1996 ele ficou sabendo, que Max **Kaelin** enviava

uma asa-delta do Rio de Janeiro/Brasil para Suíça, no qual encontrava-se 2 kilos de cocaína. Senhor **Leemann** foi o recepcionador desta asa-delta no aeroporto de Zurique/Suíça e o transportou para Wil/Suíça, onde retirou 1 kilo de cocaína; deste kilo retirado ele vendeu em maio de 1996 em Wil/Suíça 500 gramas de cocaína para o Werner **Lobsiger**; as outras 500 gramas ele vendeu no dia 3 de maio de 1996 para o Marcel **Vernier** em Wil/Suíça. 1 Kilo restante da cocaína ele entregou para o Max **Kaelin** em Wil/Suíça.

e) Em julho de 1996 Senhor **Leemann** viajou para Rio de Janeiro/Brasil, onde ele conseguiu 400 gramas de cocaína, a qual ele dissolveu numa garrafa de Whisky. Esta cocaína ele mesmo transportou na bagagem de mão a bordo do avião da **Varig** para Zurique/Suíça, com a intenção de revender a droga para o Marcel **Vernier**. No dia 19 de julho de 1996 a cocaína foi confiscada na busca domiciliar em Kirchberg/Suíça e nesta busca o Senhor **Leemann** foi detido; a cocaína ainda estava dissolvida no Whisky» (autos da PPE 301, fls. 08/09)

Por delegação, a MM. Juíza Federal, Dra. Maria de Fátima de Paula Pessoa Costa, interrogou o extraditando em 14 de julho de 1998, o qual negou totalmente a acusação (fls. 32/3, autos da Extradição 734-3/120).

Na forma do artigo 85 da Lei 6.815/80, os advogados do extraditando apresentaram defesa em 23 laudas, acompanhadas de documentos em 36 folhas, sendo a defesa pelos advogados assim resumida:

«1) falta de cópia do texto da Lei Federal sobre Narcóticos mencionada no referido Mandado de Prisão;

2) os fatos descritos no Mandado de Prisão que instruiu o pedido não constituem crime no Estado Requerente;

3) falta de cópia da lei processual penal do Estado requerente, para que se conclua que a prisão preventiva do acusado foi decretada de acordo com a legislação em vigor, naquele país;

4) dúvida quanto à existência de regular procedimento de investigação instaurado contra o Extraditando;

5) imprecisão no relato dos fatos;

6) incerteza quanto à identidade do Extraditando, em relação às infrações que lhe são imputadas pelo Estado requerente» (autos da Extradição, fl. 38).»

2. Em seguida, opinou o douto representante do Ministério Público federal pelo deferimento do pedido, ficando a manifestação sintetizada na ementa de fl. 109, **in verbis**:

«Ementa: Extradição. Parecer pela concessão. Fato que constitui crime grave e não simples contravenção, como alega a defesa. Parecer pela concessão da extradição.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sydney Sanches (Relator): 1. É este o teor do parecer do Ministério Público federal, nas partes dedicadas à fundamentação e conclusão (fls. 114/119):

«Examinemos as teses da defesa.

A primeira tese é uma suposta falta de cópia do texto da lei federal sobre narcóticos, mencionada no referido mandado de prisão.

Data venia, razão não assiste à defesa. À fl. 10 dos autos da PPE 301, lê-se a tradução oficial do art. 19 e seus incisos da legislação federal sobre narcóticos, de 3 de outubro de 1951.

A segunda tese da defesa é que

> **«... os fatos descritos no Mandado de Prisão que instrui o pedido não constituem crime no Estado requerente» (autos, fl. 38).**

Também não assiste razão à defesa.

O réu está sendo acusado por infração ao artigo 19 da Legislação de Narcóticos, em sua forma grave, pois sua conduta foi dolosa e envolve tráfico internacional. O réu pode ser condenado a uma pena que varia de um a vinte anos de reclusão (fl. 10 da PPE-301 e 63 da Ext. 734).

A referência feita na tradução a contravenção (item 3 da página l0 da PPE-30l) não tem o sentido técnico da palavra contravenção no direito brasileiro. Tanto que no item 3, página 10 da PPE-301 se alude a:

> **«Se as contravenções conforme o ponto 1 forem executadas negligentes, a pena pode ser até um ano de prisão, detenção ou multa».**

Ora, não existe contravenção negligente — entenda-se culposa — pois o elemento subjetivo das contravenções é a simples voluntariedade. Assim, se se admite a possibilidade de uma figura culposa, é porque no caso se está diante de um tipo criminal.

Não vinga a segunda tese da defesa, de que no caso a figura não seria criminosa no Estado requerente, mas sim meramente contravencional. No caso, há, como visto, crime e que deve ser considerado grave (tráfico internacional de tóxicos).

A terceira tese da defesa é uma suposta falta de exibição da lei processual penal suíça.

Razão não assiste à defesa.

À fl. 09 dos autos da PPE nº 301, lê-se o artigo 92 da lei sobre assistência do direito penal de 9 de agosto de 1954 que arrola as hipóteses justificadoras da decretação da prisão preventiva.

A quarta tese da defesa diz respeito a uma suposta

> **«dúvida quanto à existência de regular procedimento de investigação instaurado contra o Extraditando» (autos da Extradição, fl. 38).**

Razão não assiste à defesa.

Pela leitura da ordem de prisão (fl. 08 da PPE 301), vê-se que há regular investigação em desfavor do extraditando — em razão da qual foi decretada sua prisão preventiva — presidida por Juiz de Instrução.

Neste ponto, anote-se, que na Suíça, diferentemente do que ocorre no Brasil, não há a instrução provisória do Inquérito Policial, sendo toda a instrução presidida por Magistrado.

Aliás, a **latere**, anote-se que no Brasil, com a Lei 9.034 (lei do combate ao crime organizado), surgiu uma espécie de Juizado de Instrução, na investigação e formação das provas constantes de

> **«... dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais» (art. 2º, III da Lei 9.034/95).**

Não vinga esta quarta tese da defesa.

A quinta tese da defesa consiste na alegação de uma suposta imprecisão dos fatos.

Ao contrário do que alega a defesa, as imputações feitas ao extraditando têm bastante precisão.

São arrolados cinco fatos distintos, cobrindo os anos de 1989 até 1996, os quais têm uma conexão internacional (fls. 08/09 dos autos da PPE 301).

Também não vinga a sexta tese da defesa, fruto, **data venia**, de uma criação mental dos advogados do acusado e consistente em uma suposta

> **«incerteza quanto à identidade do Extraditando, em relação às infrações que lhe são imputadas pelo Estado requerente» (autos da Extradição nº 734, página 38).**

Ora, o extraditando não questionou quaisquer dos seus dados de identidade, tais como postos na nota-verbal da Embaixada Suíça, a saber:

> **«Ronaldo Leemann, nascido em 11 de abril de 1952 em Winterthur, Suíça, originário da Arni, Suíça, filho de Otto Leemann e Mathilde Leemann, em solteira Kaslin» (autos da PPE 301, folha 04).**

Como é certo, ao ser interrogado perante a Juíza Federal Dra. Maria de Fátima de Paula Pessoa Costa, por delegação, o extraditando indicou idênticos dados para a sua qualificação (fl. 32 dos autos da extradição 734).

Anote-se, ainda, que a infração não está prescrita, quer pela lei brasileira, quer pela Lei Suíça.

Sendo, como é certo, a acusação de tráfico de tóxicos, a prescrição no Brasil se verificaria em 20 anos.

Perante a lei suíça, o caso se enquadra como grave infração à lei de tóxicos (ver fl. 10, art. 19, **4**, autos da PPE 301).

Nos termos do art. 35 do Código Penal Suíço, em tais casos, a pena pode chegar a 20 anos de reclusão (ver fl. 63 dos autos da extradição 734, documento juntado em francês pela própria defesa).

A prescrição, perante a lei suíça, ocorre em 25 anos, segundo se vê do art. 73 do Código Penal Suíço (autos, fl. 29 da Extradição 734).

O parecer, ante o exposto, é pela concessão da extradição.»

2. Acolho integralmente o parecer do Ministério Público federal, que impugna, com êxito, todas as teses suscitadas pela cuidadosa defesa do extraditando.

3. Na verdade, estão preenchidos todos os requisitos dos artigos 80, 81 e 82 da Lei nº 6.815, de 19-8-1980, modificada pela Lei nº 6.964, de 9-12-1981, não ocorrendo qualquer das hipóteses impeditivas previstas no art. 77, tudo conforme documentação constante dos autos de Pedido de Prisão Preventiva (em apenso) e destes principais, de Extradição.

4. Isto posto, defiro o pedido.

EXTRATO DA ATA

Extr 734 — Confederação Helvética — Rel.: Min. Sydney Sanches. Reqte.: Governo da Suíça (Advs.: Gustav Lívio Toniatti e outros). Extndo.: Roland Leemann (Advs.: Eduardo Neves Moll, José Cupertino da Luz Neto e outro).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, «deferiu» o pedido de extradição. Falou pelo requerente o Dr. Gustav Lívio Toniatti. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Celso de Mello, Presidente. Presidiu

o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso, Vice-Presidente.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, Presidente. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Brasília, 9 de dezembro de 1998 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

EXTRADIÇÃO Nº 777 — REPÚBLICA FRANCESA
(Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Moreira Alves

Requerente: Governo da França — Extraditando: Omar Hamdane El Ghandour ou Omar Ahamad Ek Ghandour.

Extradição.

— No caso, estão presentes os requisitos formais para o pedido de extradição.

— Improcedência das alegações de que o extraditando não é a pessoa reclamada pelo Governo francês, de que foi decretada a revelia do extraditando sem citação dele e de que a Justiça francesa não seria competente para o processo e julgamento do extraditando, mas, sim, a Justiça brasileira.

— Inexistência de outros quaisquer óbices a impedir a extradição requerida.

Extradição deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, deferir o pedido de extradição, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 31 de maio de 2000 — **Carlos Velloso,** Presidente — **Moreira Alves,** Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): Assim expõe e aprecia o presente pedido de extradição o parecer da Procuradoria-Geral da República de autoria do Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, devidamente aprovado pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral da República:

«Cuida-se de pedido de extradição, formulado pelo Governo da França, contra Omar Hamdane el Ghandour ou Omar Ahamad el Ghandour.

Contra o mesmo fora decretada, por Vossa Excelência, prisão preventiva, para fins extradicionais, nos termos seguintes:

«Tendo em vista que, em face da documentação constante dos

autos, estão preenchidos os requisitos previstos no artigo 82 da Lei 6.815/80, decreto a prisão preventiva de Omar Gamdane el Ghandour para fins de extradição. À Secretaria para preparar o respectivo mandado de prisão. Brasília, 10 de junho de 1999. Ministro Moreira Alves, Relator» (autos da PPE, página 37).

Posteriormente, através de seus advogados, pediu o extraditando revogação da prisão preventiva, alegando que não era a pessoa procurada pela Justiça Francesa e que o pedido extradicional era inviável, porquanto

***«In casu,* flagrantemente, se houvesse, efetivamente, o concurso do extraditando no crime que lhe é imputado, a sua ação delituosa somente poderia ter ocorrido em território brasileiro, mais precisamente na capital de São Paulo, o que atrairia, sem quaisquer sombras de dúvidas, a competência da Justiça Brasileira em face do princípio da territorialidade (art. 5º do CP)» (autos, PPE 348, fl. 77).**

Após o pronunciamento da Procuradoria-Geral da República (fls. 132/7), Vossa Excelência determinou:

«Prisão Preventiva Para Extradição N. 348-0 República Francesa

Relator: Min. Moreira Alves

Requerente: Governo da França

Extraditando: Omar Hamdane El Ghandour ou Omar Ahamad El Ghandour:

Advogados: Enrico Caruso e outro

Despacho: 1. Bem demonstra o parecer da Procuradoria-Geral da República, fls. 132/137, não só que, em face dos elementos constantes dos autos, não se pode acolher nesta oportunidade a tese da defesa de que a prisão preventiva deve ser sumariamente revogada com base na questão da identidade do extraditando, mas também que, em face da jurisprudência desta Corte, não se pode considerar, de plano, que, no caso, ocorra a causa impeditiva da extradição prevista no inciso III do artigo 77 da Lei. 6.815/80.

2. Pelo exposto, e acolhendo a fundamentação do referido parecer, indefiro o requerimento a fls. 72/82.

Brasília, 16 de novembro de 1999.

Ministro **Moreira Alves**» (autos, fl. 139, PPE 348).

Em 15 de dezembro de 1999, o Governo da França solicitou a Extradição do já referido cidadão.

Omar Hamdane el Ghandour ou Omar Ahamad el Ghandour foi interrogado, oportunidade em que negou a imputação que lhe é dirigida pelo Governo da França:

«O réu declarou que é inocente da acusação que lhe é imputada reiterando que não conhece *Hammoud Ali Hussein.* O réu declarou que teve conhecimento da acusação que lhe é imputada quando recebeu uma intimação proveniente da polícia federal. O réu declarou que se encontra preso desde o dia 30 de setembro de 1999, realçando que jamais havia sido preso ante-

riormente e que nunca foi processado criminalmente. O réu declarou que não tem qualquer dependência física ou psíquica de cocaína ou qualquer outra substância considerada entorpecente. O réu declarou que não conhece nenhuma pessoa chamada *Jandira Medeiro de Andrade*. O réu declarou que reside há 10 (dez) anos no mesmo endereço em imóvel situado no bairro do capão Redondo, nesta Capital» (autos, fl. 62).

O advogado substabelecido, Marcos Roberto Alexandre, apresentou a defesa de que cuida o artigo 85, § 1°, da Lei 6.815/80.

Nesta, alega basicamente que não é a pessoa procurada, que não praticou a infração imputada e, que pela própria descrição dos fatos, competente para o processo e julgamento do extraditando seria a Justiça Brasileira, pelo que a extradição não poderia ser concedida.

Parece-me que a hipótese é de concessão da extradição.

Como é certo, em sede extradicional, procede-se a um juízo de delibação sobre a viabilidade do pedido. Tanto que a defesa nos termos da Lei 6.815 é limitada a:

«Art. 85. .....

§ 1° A defesa versará sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição».

No caso presente, este juízo de delibação impõe a concessão da extradição.

Vejamos.

Não colhe a alegação — agora apresentada sem muita convicção, ante o despacho indeferitório de fl. 139, dos autos da PPE 348, apensos — de que o extraditando não seria a verdadeira pessoa procurada pela Polícia e pela Justiça Francesa.

Para chegar à identidade do ora extraditando, a Polícia e a Justiça Francesas desenvolveram diligências até mesmo junto às autoridades brasileiras. Destaco trecho do que informam as autoridades francesas, em documento devidamente traduzido:

«A polícia brasileira confirmou a identidade de Omar **Ghandour** na realidade Omar Ahmad **El Ghandour,** Libanês, residente em **São-Paulo** e proprietário de um veículo Volkswagen branco.

Esta família é conhecida por se dedicar ao tráfico de estupefacientes visto que o tio de Omar **Ghandour** Hussein, tinha sido interpelado no dia 13 de Março de 1999 em **Frankfort** na posse de 6,600 kg. de cocaína.

Os serviços brasileiros desconfiavam que o verdadeiro organizador seria um tio de Omar, **Ghandour** Abbo Youssef.

Interpol **Beyrouth** informou os inspectores que a justiça britânica se tinha já interessado à Omar **Ghandour** uma vez que um tal Ahmad **Saleh** tinha sido interpelado no 10 de Agosto de 1991 no aeroporto de **Heathrow** na posse de 9 kg. de cocaína entregue por Omar **Ghandour.**

Saleh foi condenado a pena de doze anos de prisão no dia 17 de fevereiro de 1992.

Foram transmitidas fotografias da família **Ghandour.**

As de Omar **Ghandour** foram mostradas a **Hammoud** que o reconheceu formalmente» (fl. 15, autos da extradição 777).

O co-réu Hammoud também forneceu indicações precisas sobre a participação do extraditando no episódio do tráfico de que cuida o pedido extradicional, **in verbis**:

«No dia 1° de Junho de 1992, os agentes da Alfândega na aérogare de Roissy, descobriam uma mala de viagem libertando um cheiro intenso a café à chegada de um vôo de **São-Paulo** e com destino a **Damas.**

A partir da etiqueta no puxador da mala, os fiscais aduaneiros identificavam o proprietário tratando-se de **Hammoud** Ali Hussein, encontrando à partida do vôo para **Damas.**

Interrogado sobre o conteúdo da mala, este informou que não tinha na sua posse a chave.

No entanto, a abertura forçada levava à descoberta de doze pacotes contendo o pó analisado tratando-se de cocaína por um peso total de 12,678 kg.

Espontaneamente, confessou ter sido recrutado por um nome Omar **Ghandour** que lhe tinha entregue a mala no aeroporto para a levar até **Damas** em troca de uma soma de três mil dólares. Entregou o número de telefone de Omar assim como o do seu chefe.

Hammoud Ali Hussein declarou aos funcionários da **Octris** encarregado do inquérito ter feito conhecimento com Omar **Ghandour,** libanês, por intermédio de um amigo, Sajih **Fares,** que sabiam das suas dificuldades financeiras no Brasil, onde vivia desde 1987.

Após ter-se informado sobre a sua vida **Ghandour** propôs à **Hammoud** transporte da cocaína até **Damas** por três mil dólares, o que lhe permitia, tinha dito **Hammoud,** de ir ao Líbano ver a sua família.

Na véspera da partida, **Ghandour** marcou-lhe encontro na Villa Santa-Maria em **São-Paulo** antes de se dirigir ao hotel onde passou a noite.

No dia seguinte, no aeroporto, entregou-lhe o seu passaporte e o bilhete de embarque tendo como instruções durante a sua escala em Paris, de lhe telefonar.

Em **Damas,** o seu contacto telefônico chamaria pelo seu nome ou na falta disso, deveria deixar a mala na sala das ligações de bagagens e ir para o Líbano.

Hammoud informou os investigadores que **Ghandour** possuía um armazém de móveis em **São-Paulo** e circulava num veículo Volkswagen de cor branca.

Ghandour devia-lhe fazer chegar os três mil dólares à sua aldeia natal que conhecia e onde devia permanecer dois meses antes de regressar a **São-Paulo.**

Tinha na sua posse o número de telefone de **Ghandour** bem como o do seu armazém. Acrescentando que **Ghandour** estava no tráfico de droga juntamente com o tio» (fl. 14, autos, da extradição 777).

Não vinga a tese e que o delito perpetrado pelo ora extraditando só poderia ser processado no Brasil. O delito poderia ser processado tanto no Brasil, quan-

to na França e no Líbano. Todavia, só foi aberto processo na França, aliás o local onde houve a apreensão da droga.

Em hipótese similar, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> **«Prevalece a jurisdição penal do Estado requerente, se — não obstante o concurso de jurisdição com o Estado Brasileiro — o extraditando não responde, no Brasil, a inquérito policial ou a processo penal que aqui poderiam ter sido instaurados em função do mesmo fato delituoso em que se fundou o pedido extradicional. Precedentes» (RTJ 163, página 40, Extradição 695).**

Também decidiu o STF, na Extradição 541:

> **«I — Extradição: tráfico internacional de entorpecentes: competência do Estado requerente. 1. À vista da Convenção única de Nova Iorque, de 1961 (Art. 36, II, a, I), e para efeitos extradicionais, cada uma das modalidades incriminadas, no tipo misto alternativo de tráfico de entorpecentes, deve considerar-se um delito distinto: donde, a competência da Itália para julgar o crime de importação para o seu território de droga remetida do Brasil, sem prejuízo da jurisdição brasileira sobre os momentos antecedentes do mesmo episódio criminoso» (Extradição 541, RTJ vol. 145, página 428).**

Não se há de falar em prescrição no caso.

A apreensão da droga, 12 quilos e 678 gramas de cocaína, se deu em 1° de junho de 1992, na França.

Em 1994, houve sentença condenatória em desfavor do ora extraditando e outro.

A prescrição pela lei francesa se verifica em 20 anos, como se vê do documento traduzido à fl. 19, **in verbis**:

> «Nos termos, tanto do artigo L-627-6 c. saúde pública na sua redacção da lei do 31 Dez. 1987, como do artigo 706-3 e. proc. Penal na sua redação resultante da lei do 16 Dez. 1992 aplicável a partir do 1° Março de 1994, as penas pronunciadas para as infracções à legislação sobre os estupefacientes prescreveu-se por 20 anos a contar da data na qual a decisão de condenação se tornam definitivas. Crim. 11 Maio 1995: Boletim Crim. n. 174 assim para as infracções cometidas em 1985 e 1986 e reprimidas por uma condenação tornada definitiva em 1988, o prazo da prescrição da pena é de 20 anos, a lei aplicável sendo a que esta em vigor à data em que a condenação se torna definitiva, e não aquela em vigor à data dos factos que previa numa prescrição de 5 anos. Mesmo decreto» (fl. 19, autos da Extradição 777).

Também, pela lei brasileira, não se há de falar em prescrição:

Vale, ainda, referir que:

> «O julgamento do 14 de Novembro 1994 condenou **El Ghandour** a 18 anos de prisão e manteve os efeitos do mandado de captura concernente.
>
> A notificação do julgamento data do 12 de Janeiro de 1995, a prescri-

ção da pena só será adquirida no 23 de Janeiro de 2015.

Se Omar Hamdane **El Ghandour** for entregue às autoridades francesas, no seguimento do presente pedido de extradição, o mandado de captura receberá execução.

O julgamento ser-lhe-á notificado e ele terá a possibilidade de interpor recurso.

Se ele formar oposição, o julgamento à revelia do 14 de Novembro de 1994 será considerado como nulo: Omar Hamdane **El Ghandour** comparecerá rapidamente diante do Tribunal de Grande Instância de **Bobigny,** no estado de detenção provisória e com assistência de um advogado se fizer o pedido. Um novo processo terá lugar, na sua presença e com todas as garantias da sua defesa» (fl. 16, autos da Extradição 777).

Nessas condições, opino favoravelmente à extradição.» (Fls. 116/127)

Acrescento que, em sua defesa, o ora extraditando também alega que, no caso, teria havido condenação sem ter sido ele citado, **verbis**:

«VIII — Observa-se no extrato do Julgamento Correcional do Tribunal de Grande Instância de Bobigny, de fls. 29/34, que o ora extraditando foi julgado e condenado à revelia, sem que houvesse o devido **Due Process of Law**, haja vista que consta da peça em referência, expressamente à fl. 32, que **«Bem que a citação tenha sido expedida, *não foi estabelecido que* El Ghandour *Omar hamdane tenha tomado conhecimento*»** (gm)

IX — Como é cediço, e a regra é internacional — a França é país de primeiro mundo, de civilização milenar e berço doutrinário e jurisprudencial do direito em democracias — a revelia somente se opera **à falta de entendimento do réu**, no processo criminal, **à citação** ou à intimação para a assistir a qualquer ato da demanda contra ele intentada.

X — No caso vertente, aliás, nem caberia citação ao ora extraditando na França, pois a suposta infração cometida ocorreu no Brasil, onde o infrator achava-se residindo, pelo que seria o caso de procedimento rogatório, ou que se noticiasse às autoridades brasileiras, para que estas instaurassem o competente processo penal para averiguar o envolvimento do ora extraditando, em face da delação do meliante preso.

XI — A propósito, no contexto que encerra o caso em apreço, denota-se muita estranheza nos procedimentos do Estado requerente, sendo inequívoca a fragilidade dos mesmos, sob todos os aspectos: a infração imputada ao ora extraditando, tem como fundamento, única e exclusivamente a delação do libanês chamado **Hamdane** Ali Hussein (pessoa desconhecida do ora extraditando), que inclusive declinou seu nome incorretamente; por isto, e embora **não tivesse sido citado,** o ora extraditando foi condenado a 18 (dezoito) anos de prisão, pena três vezes superior à aplicada ao seu delator, preso portanto 12,650kg, de cocaína; não obstante soubesse que a infração teria sido cometida no Brasil, as autoridades francesas não se dignaram participar às autoridades brasileiras a respeito. Vêm, depois, pedir a extradição do delatado, para que ele cumpra a pena que lhe foi aplicada à revelia do devido processo legal.

XII — É verdade, que a disciplina normativa da extradição passiva, no Brasil, se vincula juridicamente ao sistema belga, porém, há caso, como o vertente, que tamanha e flagrante aberração jurídica (condenação sem observância do **Due Process of Law**), não pode passar por despercebida dessa Suprema Corte, mormente no exame da competência territorial, quando se acha em jogo o destino de uma família que conta com filhos brasileiros, encabeçada por empresário produtivo e gerador de empregos e tributos, cuja extradição comprometeria, séria e danosamente, o futuro desta família.» (Fls. 81/82)

Por fim, esclareço que, há pouco, recebi pedido de informações do eminente Ministro Sydney Sanches sobre o alegado em **habeas corpus** impetrado contra mim, sob o fundamento de que a prisão preventiva do ora extraditando seria ilegal pelas mesmas razões apresentadas na defesa deste, ou seja: não ser ele a pessoa reclamada pelo Estado requerente, condenação sem que houvesse sua citação e competência da Justiça brasileira, e não da francesa, para o processo e julgamento do extraditando.

É o relatório.

VOTO (Antecipação)

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): Sr. Presidente, gostaria de salientar que pedi dia, nesta extradição, em 9 de maio, e ela deveria ser chamada no dia 17, mas, o advogado — e há outros advogados constituídos — alegou que não poderia comparecer, por motivo de doença, por sete dias. Adiei o julgamento desta extradição duas vezes, e, hoje, chegando ao Tribunal, recebi a informação de que ele teria substabelecido para um outro advogado, que pedia nova prorrogação. Depois de duas prorrogações, não concedi esta, tendo em vista a circunstância de que se trata de extradição, e, portanto, o extraditando está preso.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): 1. No caso, estão presentes os requisitos formais para o pedido de extradição segundo a legislação brasileira.

Com efeito, o pedido foi feito por via diplomática, foi renovado o oferecimento de reciprocidade, está ele acompanhado de cópia do mandado de prisão e da decisão condenatória, com a indicação do local, data, da natureza e das circunstâncias dos fatos delituosos, bem como de cópia dos textos legais franceses sobre o crime, a pena e a prescrição. Esses documentos estão traduzidos.

As alegações da defesa — não ser o extraditando a pessoa reclamada pelo Governo requerente, ter havido julgamento como revel sem existir citação e ser a Justiça brasileira, e não a francesa, a competente para o processo e julgamento do extraditando — são improcedentes.

Com efeito, dessas três alegações o parecer da Procuradoria-Geral da República — e isso provavelmente porque, embora a defesa, no meio de seu arrazoado, houvesse aludido à pretendida falta de citação, ao resumir, na parte final de sua petição, as razões de fato e de direito que apresentava, só mencionou a inconsistência da imputação porque a identidade do extraditando não corresponde com fidelidade à identidade fornecida pelo Estado requerente e a incompetência, no caso, da Justiça francesa — só se ocupou da primeira e da terceira. Quanto a elas, bem demonstrou a sua improcedência, **verbis**:

«Não colhe a alegação — agora apresentada sem muita convicção, ante

o despacho indeferitório de fl. 139, dos autos da PPE 348, apensos — de que o extraditando não seria a verdadeira pessoa procurada pela Polícia e pela Justiça Francesa.

Para chegar à identidade do ora extraditando, a Polícia e a Justiça Francesas desenvolveram diligências até mesmo junto às autoridades brasileiras. Destaco trecho do que informam as autoridades francesas, em documento devidamente traduzido:

«A polícia brasileira confirmou a identidade de Omar **Ghandour** na realidade Omar Ahmad **El Ghandour,** Libanês, residente em **São-Paulo** e proprietário de um veículo Volkswagen branco.

Esta família é conhecida por se dedicar ao tráfico de estupefacientes visto que o tio de Omar **Ghandour** Hussein, tinha sido interpelado no dia 13 de Março de 1999 em **Frankfort** na posse de 6,600 kg. de cocaína.

Os serviços brasileiros desconfiavam que o verdadeiro organizador seria um tio de Omar, **Ghandour** Abbo Youssef.

Interpol **Beyrouth** informou os inspectores que a justiça britânica se tinha já interessado à Omar **Ghandour** uma vez que um tal Ahmad **Saleh** tinha sido interpelado no 10 de Agosto de 1991 no aeroporto de **Heathrow** na posse de 9 kg. de cocaína entregue por Omar **Ghandour.**

Saleh foi condenado a pena de doze anos de prisão no dia 17 de fevereiro de 1992.

Foram transmitidas fotografias da família **Ghandour.**

As de Omar **Ghandour** foram mostradas a **Hammoud** que o reconheceu formalmente» (fl. 15, autos da extradição 777).

O co-réu Hammoud também forneceu indicações precisas sobre a participação do extraditando no episódio do tráfico de que cuida o pedido extradicional, **in verbis**:

«No dia 1° de Junho de 1992, os agentes da Alfândega na aérogare de Roissy, descobriam uma mala de viagem libertando um cheiro intenso a café à chegada de um voo de **São-Paulo** e com destino a **Damas.**

A partir da etiqueta no puxador da mala, os fiscais aduaneiros identificavam o proprietário tratando-se de **Hammoud** Ali Hussein, encontrando à partida do voo para **Damas.**

Interrogado sobre o conteúdo da mala, este informou que não tinha na sua posse a chave.

No entanto, a abertura forçada levava à descoberta de doze pacotes contendo o pó analisado tratando-se de cocaína por um peso total de 12,678 kg.

Espontaneamente, confessou ter sido recrutado por um nome Omar **Ghandour** que lhe tinha entregue a mala no aeroporto para a levar até **Damas** em troca de uma soma de três mil dólares. Entregou o número de telefone de Omar assim como o do seu chefe.

Hammoud Ali Hussein declarou aos funcionários da **Octris** encarregado do inquérito ter feito conhecimento com Omar **Ghandour,** libanês, por intermédio de um amigo, Sajih **Fares,** que sabiam das suas di-

ficuldades financeiras no Brasil, onde vivia desde 1987.

Após ter-se informado sobre a sua vida **Ghandour** propôs à **Hammoud** transporte da cocaína até **Damas** por três mil dólares, o que lhe permitia, tinha dito **Hammoud,** de ir ao Líbano ver a sua família.

Na véspera da partida, **Ghandour** marcou-lhe encontro na Villa Santa-Maria em **São-Paulo** antes de se dirigir ao hotel onde passou a noite.

No dia seguinte, no aeroporto, entregou-lhe o seu passaporte e o bilhete de embarque tendo como instruções durante a sua escala em Paris, de lhe telefonar.

Em **Damas,** o seu contacto telefônico chamaria pelo seu nome ou na falta disso, deveria deixar a mala na sala das ligações de bagagens e ir para o Líbano.

Hammoud informou os investigadores que **Ghandour** possuía um armazém de móveis em **São-Paulo** e circulava num veículo Volkswagen de cor branca.

Ghandour devia-lhe fazer chegar os três mil dólares à sua aldeia natal que conhecia e onde devia permanecer dois meses antes de regressar a São-Paulo.

Tinha na sua posse o número de telefone de **Ghandour** bem como o do seu armazém. Acrescentando que **Ghandour** estava no tráfico de droga juntamente com o tio» (fl. 14, autos, da extradição 777).

Não vinga a tese e que o delito perpetrado pelo ora extraditando só poderia ser processado no Brasil. O delito poderia ser processado tanto no Brasil, quanto na França e no Líbano. Todavia, só foi aberto processo na França, aliás o local onde houve a apreensão da droga.

Em hipótese similar, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> **«Prevalece a jurisdição penal do Estado requerente, se — não obstante o concurso de jurisdição com o Estado Brasileiro — o extraditando não responde, no Brasil, a inquérito policial ou a processo penal que aqui poderiam ter sido instaurados em função do mesmo fato delituoso em que se fundou o pedido extradicional. Precedentes» (RTJ 163, página 40, Extradição 695).**

Também decidiu o STF, na Extradição 541:

> **«I — Extradição: tráfico internacional de entorpecentes: competência do Estado requerente. 1. À vista da Convenção Única de Nova Iorque, de 1961 (Art. 36, II, a, I), e para efeitos extradicionais, cada uma das modalidades incriminadas, no tipo misto alternativo de tráfico de entorpecentes, deve considerar-se um delito distinto: donde, a competência da Itália para julgar o crime de importação para o seu território de droga remetida do Brasil, sem prejuízo da jurisdição brasileira sobre os momentos antecedentes do mesmo episódio criminoso» (Extradição 541, RTJ vol. 145, página 428).»** (Fls. 120/125)

Igualmente não tem procedência a alegação de que não houve citação do extraditando que, apesar disso, foi tido como revel e condenado. De fato, consta do extrato do julgamento (texto em francês), depois

da afirmação de que o ora extraditando estava fugido, havendo ordem de prisão decretada em 5-5-1994, que «**bien que la citation ait été délivrée, il n'est pas établi que *El Ghandour* Omar Hamdane en ait eu connaissance**» (embora a citação tenha sido entregue, não ficou provado que **El Ghandour** Omar Hamdane tenha tido conhecimento dela) (fl. 21 dos autos), razão por que o julgamento se deu à sua revelia. Ora, segundo o sistema processual francês — veja-se a propósito, no Código de Processo Penal da França, o artigo 410, 2ª parte, combinado com os artigos 557, 558 e 560, os quais tratam das formas de citação não pessoal, bem como com o artigo 412, que trata da citação que não se faz pessoalmente e que acarreta a revelia, e com o artigo 489, que versa a «oposição» -, se o réu é citado pessoalmente para comparecer à audiência e não comparece a ela sem apresentar escusa válida ou se é citado indiretamente, mas teve conhecimento dela, e deixa de comparecer sem escusa válida, é ele tido como revel e julgado com contraditório, só podendo, se condenado, apelar da decisão para tentar sua reforma; se, porém, ele não é citado pessoalmente, mas é citado de forma indireta, e não ficar provado que ele teve conhecimento da citação, é ele também considerado revel e julgado sem contraditório, o que significa dizer que, comparecendo a Juízo posteriormente à condenação, dispõe ele de uma defesa alternativa: ou, no prazo de dez dias depois de ter conhecimento da notificação do julgamento, apresenta oposição (e nesse caso o julgamento é tido como nulo e será refeito, podendo, porém, ser aumentada a pena se vier a ser condenado), ou lança mão de apelação, dentro de dez dias a contar da notificação (e nesse caso há apenas o reexame da decisão condenatória). Portanto, a revelia implica sempre uma citação pessoalmente feita ou não (e no caso o extrato do julgamento salienta que foi esta a que se deu), sendo que nessa última hipótese, não ficando provado como não ficou, que o ora extraditando teve conhecimento dela, terá ele a oportunidade, se quiser, de valer-se da oposição, como está dito a fl. 15 dos autos, **verbis**:

> «O julgamento do 14 de Novembro de 1994 condenou **El Ghandour** a 18 anos de prisão e manteve os efeitos do mandado de captura concernando.
>
> A notificação do julgamento data do 12 de janeiro de 1995, a prescrição da pena só será adquirida no 23 de janeiro de 2015.
>
> Se Omar Hamdane **El Ghandour** for entregue às autoridades francesas, no seguimento do presente pedido de extradição, o mandado de captura receberá execução.
>
> O julgamento ser-lhe-á notificado e ele terá a possibilidade de interpor recurso.
>
> Se ele formar oposição, o julgamento à revelia do 14 de Novembro de 1994 será considerado como nulo: Omar Hamdane **El Ghandour** comparecerá rapidamente diante do Tribunal de Grande Instância de **Bobigny,** no estado de detenção provisória e com assistência de um advogado se fizer o pedido. Um novo processo terá lugar, na sua presença e com todas as garantias da sua defesa.»

Portanto, no caso, houve citação válida, embora não pessoal, segundo a Justiça francesa em face de seu sistema processual, e por isso foi ele tido como revel com possibilidade de lançar mão da «oposição», hipótese a que aludem **Levasseur** e **Chavane** (**Droit Penal e Procedure Penale,** 2ª ed., nº 474, p. 150, Sirey, Paris, 1971), ao salientarem que a revelia pelo

não-comparecimento só dá direito à oposição se o acusado regularmente citado para comparecer pode justificar com escusa reconhecida válida ou **se, não tendo sido citado pessoalmente, não teve conhecimento da citação («Le défaut faute de comparaître n'ouvre droit à faire opposition que si le prévenu régulièrement cité à comparaître peut justifier d'une excuse reconnue valable ou si, n'ayant pas été cité à personne, il n'a pas eu connaissance de la citation»)**. E não é dado a esta Corte, em processo de extradição, examinar tal sistema à luz da legislação processual brasileira.

Igualmente, não há, no caso, prescrição quer em face do direito francês, quer em face da legislação brasileira.

Tendo havido condenação a dezoito anos de prisão da qual só cabe interpor-se oposição, e condenação que se tornou definitiva porque notificada em 12 de janeiro de 1995 sem a interposição de apelação, a prescrição é de 20 anos (art. 706-31, 2ª parte, do Código de Processo Penal francês), razão por que a fl. 16 dos autos se acentua que **«a notificação do julgamento data do 12 de Janeiro de 1995, a prescrição da pena só será adquirida no 23 de Janeiro de 2015»**.

Nessa hipótese, no direito brasileiro, o prazo de prescrição é também de 20 (vinte) anos (art. 109, I, combinado com o art. 110, ambos do Código Penal).

2. Em face do exposto, e não havendo qualquer óbice a impedir a presente extradição, defiro-a.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, apenas para adotar posição quanto à tramitação simultânea da ação constitucional, que é a ação de **habeas corpus**, e a extradição.

Entendo que, de início, prefere a apreciação do **habeas corpus**, mas, no caso concreto, essa visão não prejudica a continuidade do julgamento, porquanto o nobre Ministro-Relator ressaltou que a matéria de defesa, veiculada no **habeas corpus**, está versada também na peça apresentada na extradição, e estamos, aqui, a examinar pedido formulado pelo Governo da França e a oposição ocorrida.

Penso que cabe analisar possível inexistência ou vício de citação no processo em curso, no Estado requerente, a partir, até mesmo, da lei de regência da extradição, que prevê, no inciso VIII do artigo 77:

> Art. 77. Não se concederá a extradição quando:
>
> VIII — o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção.

Tomo essa regra de forma linear, a abranger situações concretas em que se agasalha, no Estado requerente, o curso do processo, a persecução criminal sem o conhecimento desse processo pelo próprio acusado.

Não obstante, demonstrou também Sua Excelência, o Ministro-Relator, que a legislação francesa é mais favorável ao acusado do que o foi a legislação brasileira, porque, diante da citação ficta, ainda que esta não contenha qualquer vício, comparecendo o acusado e opondo-se à condenação imposta, retroage-se a uma fase ultrapassada, afastando-se do cenário jurídico a condenação e ensejando-se ao acusado o exercício do direito de defesa. Outrora, antes da previsão da suspensão do processo, o arcabouço normativo brasileiro não viabilizava uma segunda oportunidade de comparecimento e apresentação de defesa.

A menos que provado vício na citação ficta, a condenação persistia.

Acompanho Sua Excelência, também no tocante à prescrição, porquanto demonstrou que não se esgotou o prazo prescricional, quer considerada a legislação pátria, quer a legislação do país requerente.

Defiro, portanto, a extradição.

EXTRATO DA ATA

Extr 777 — República Francesa — Rel.: Min. Moreira Alves. Reqte.: Governo da França. Extndo.: Omar Hamdane El Ghandour ou Omar Ahamad Ek Ghandour (Advs.: Enrico Caruso e outro).

Decisão : Por unanimidade, o Tribunal deferiu o pedido de extradição, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Ilmar Galvão, Sydney Sanches e Néri da Silveira.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 31 de maio de 2000 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.034 — TO
(Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Requerente: Procurador-Geral da República — Requeridos: Governador do Estado do Tocantins e Assembléia Legislativa do Estado do Tocantins

Controle concentrado de constitucionalidade — Municípios — Limites — Alteração — Natureza do ato. **Na dicção da ilustrada maioria, o ato mediante o qual são modificados limites geográficos de municípios é de natureza normativa e abstrata, desafiando o controle concentrado.**

Municípios — Limites — Alteração — Formalidade. **A alteração dos limites territoriais de municípios não prescinde da consulta plebiscitária prevista no artigo 18 da Constituição Federal, pouco importando a extensão observada.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer da ação direta, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Ilmar Galvão e Octavio Gallotti, que dela não conheciam. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, julgar procedente a ação direta e declarar a inconstitucionalidade do inciso XXXIV do art. 1º da Lei nº 251, de 20-2-91, com a redação que lhe deu a Lei nº 498, de 21-12-92, ambas do Estado de Tocantins, restaurando-se, em conseqüência, a vigência e a eficácia do inciso XXXIV do art. 1º na redação que lhe foi dada originariamente pela Lei Estadual nº 251, de 20-2-91.

Brasília, 24 de março de 1997 — **Celso de Mello,** Presidente — **Marco Aurélio,** Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio : Eis como a Procuradoria-Geral da República sintetizou a espécie dos autos:

«1. **O Procurador-Geral da República** propôs, em 21 de fevereiro de 1994, Ação Direta de Inconstitucionalidade — frente ao disposto no art. 18, § 4°, da Constituição da República —, tendo como objeto o art. 1°, XXXIV da Lei do Estado de Tocantins n° 498, de 21 de dezembro de 1992, disposição que tem o seguinte teor:

'Art. 1° O artigo 1° da Lei n° 251, de 20 de fevereiro de 1991, passa a ter a seguinte redação:

Art. 1° Ficam criados os Municípios a seguir relacionados, com os respectivos limites e confrontações.

(...)

XXXIV — **Município de São Bento do Tocantins**

Desmembrado dos Municípios de Araguatins, Ita-Guatins e Tocantinópolis, limitando-se com:

a) Com o Município de Araguatins

Começa no Rio Piranhas, na barra do ribeirão Ronca; daí, sobe pelo ribeirão Ronca até a barra do córrego Guaxupé; daí, sobe pelo córrego Guaxupé, até sua cabeceira; daí, segue em reta até a cabeceira do córrego Faveira ou Campestre; daí, desce por este até sua barra no Rio São Martinho; daí, sobe pelo Rio São Martinho, até a barra do córrego Caiçara; daí, sobe pelo córrego Caiçara até sua cabeceira; daí, segue em reta à cabeceira do córrego Sucupira; daí, desce pelo córrego Sucupira, até sua barra no Rio Barreiro; daí, sobe pelo Rio Barreiro até a barra do córrego Cercadinho ou Bacuri;

b) Com o Município de Itaguatins

Começa na barra do córrego Cercadinho ou Bacuri, no Rio Barreiro; daí, segue pelo Rio Barreiro ou Coitim, até a barra do córrego Serrinha; daí, sobe pelo córrego Serrinha, até sua cabeceira na Serra da Conceição; daí, segue margeando a Serra da Conceição, passando pelas cabeceiras dos córregos Garrafão, Tem-Tem e Rio São Domingos, até alcançar a cabeceria do córrego Água Amarela; daí, segue em reta até a cabeceira do ribeirão Santo Antônio;

c) Com o Município de Maurilândia do Tocantins

Começa na cabeceira do ribeirão Santo Antônio; daí, segue no divisor de águas Tocantins-Araguaia, até a cabeceira do córrego dos Poços;

d) Com o Município de Cachoeirinha

Começa na cabeceira do córrego dos Poços; daí, desce por este até sua barra no ribeirão dos Caboclos; daí, desce pelo ribeirão dos Caboclos até sua barra no ribeirão São Bento; daí, desce pelo ribeirão São Bento até a barra do córrego São Francisco; daí, sobe pelo córrego São Francisco até a

sua cabeceira; daí, segue no rumo de 05°10'NO, até a cabeceira do córrego Tamanduá; daí, desce pelo córrego Tamanduá, até sua barra no ribeirão Cachoeirinha; daí, desce pelo ribeirão Cachoeirinha até sua barra no Rio Piranhas;

e) Com o Município de Ananás

Começa na barra do ribeirão Cachoeirinha no Rio Piranhas; daí, desce pelo Rio Piranhas até a barra do ribeirão Ronca, ponto inicial destes limites;' (fl. 34)

2. O art. 1° da Lei do Estado de Tocantins n° 251, de 20 de fevereiro de 1991, na parte em que foi alterado pelo impugnado art. 1°, XXXIV, da Lei do Estado de Tocantins n° 498, de 21 de dezembro de 1992, assim rezava:

'Art. 1° Ficam criados os Municípios a seguir relacionados com os respectivos limites e confrontações:

(...)

XXXIV — **São Bento do Tocantins,** desmembrado do Município de Araguatins, com área de 692,2 km2, limitando-se com:

a) Município de Cachoeirinha — 'Começa na barra do Córrego Aldeia do Brejo, com o Ribeirão dos Caboclos, daí, segue Ribeirão dos Caboclos abaixo, até a barra com o Ribeirão São Bento; daí segue pelo Ribeirão São Bento abaixo, até o Córrego São Francisco, seguido por este acima, até a sua cabeceira, daí, segue no rumo de 85°10'NO, até a cabeceira do Córrego Tamanduá, seguindo por este abaixo, até a barra com o Ribeirão Cachoeirinha e por este abaixo, até o Rio Piranhas';

b) Município de Ananás — 'Começa na barra do Ribeirão Cachoeirinha com o Rio Piranhas; daí, segue Rio Piranhas abaixo, até o Ribeirão Ronca;'

c) Município de Araguatins — 'Começa na barra do ribeirão Ronca com o Rio Piranhas; daí, segue pelo ribeirão Ronca acima, até a barra do Córrego Guaxupé; daí, segue pelo Córrego Guaxupé acima, até a sua cabeceira; daí, segue no rumo de 27°15'00''NO, até a cabeceira do Córrego da Faveira, seguindo Córrego da Faveira abaixo, até sua barra no Rio São Martinho; daí, segue pelo Rio São Martinho acima, até a barra do Córrego Água Amarela; daí, segue Córrego Água Amarela acima, até a sua cabeceira;'

d) Município de Itaguatins — 'Começa na nascente do Córrego Água Amarela; seguindo daí, com rumo de 12°SE, até a barra do Córrego Aldeia do Brejo, no ribeirão dos Caboclos, ponto inicial desta descrição;' (fls. 26/27)

3. A representação acolhida pelo Requerente — que é de autoria do Município de Araguatins, do Estado do Tocantins — assim se expressa, em relação às disposições impugnadas:

'É sabido, é curial, que uma dessas exigências para a criação de um novo Município é a **realização de consulta popular, através de um plebiscito,** para ouvir a vontade daqueles diretamente interessados e atingidos, condição **sine qua nom**, para sua validade e condição para a sua emancipação (CF, art. 18, § 4°).

Estabeleceu-se antes, bem antes do **plebiscito** realizado no 'Distrito

de Lagoa de São Bento', hoje, 'São Bento do Tocantins', os acertos necessários à sua emancipação, estabelecendo-se criteriosamente as divisas entre os dois Municípios, o de Araguatins e de São Bento de Tocantins, conforme consta da Lei nº 251, sendo que participaram do **plebiscito,** somente os eleitores pertencentes do novo Município, referentes às sessões números 33ª, 34ª, 35ª e 64ª.

Não se sabe por que razão 'surgiu a Lei nº 498', de 21 de dezembro de 1992, após as eleições realizadas em 3 de outubro de 1992, já com os novos Prefeitos eleitos, tanto dos velhos, como dos novos Municípios, alterando completamente a Lei nº 251, já mencionada, estabelecendo novos limites em todos os Municípios, recém-criados, com prejuízos para os 'municípios-mães', englobando povoados que não participaram do **plebiscito**, como é o caso dos Povoados Macaúba e Novo Sítio, pertencentes ao Município de Araguatins, mas devido a famigerada Lei nº 498, passou a pertencer ao Município de São Bento do Tocantins,' (fls. 8/9)

4. Essa excelsa Corte houve por bem deferir Medida Cautelar, através do V. Acórdão de fls. 90/94, assim ementado:

«**Ação direta de inconstitucionalidade — Liminar — Pressupostos.** Concorrendo o sinal do bom direito e o risco de manter-se com plena eficácia o quadro normativo em vigor, impõe-se a concessão da liminar. Isto ocorre no tocante a lei estadual que, modificando anterior, altera os limites de Município criado sem que tenha havido a consulta de que cogita o § 4º do artigo 18 da Constituição Federal.» (fl. 94)

5. O douto voto condutor está assim deduzido:

Preceitua o artigo 18, § 4º, da Constituição que a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, fazendo-se por lei estadual obedecidos os requisitos previstos em lei complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, das populações diretamente interessadas. Segundo a inicial, a citada Lei foi editada modificando-se os parâmetros da anterior, que motivara a consulta. Daí não ter havido o prévio pronunciamento das populações interessadas. A relevância da matéria exsurge ao primeiro exame, sendo certo que a manutenção do quadro atual tem repercussões, conforme salientado nas razões do Município de Araguatins, na vida econômica deste último, haja vista os recursos decorrentes do Fundo de Participação dos Municípios, variáveis de acordo com a densidade populacional. Defiro a liminar pleiteada.

É o meu voto. (fl. 91)

6. O Exmo. Sr. Governador do Estado do Tocantins não prestou as informações requisitadas (certidão de fl. 108), mas a Assembléia Legislativa do Estado do Tocantins, em sua essência assim se manifestou:

'II — **das razões da propositura do Projeto de Lei nº 241/92**

1. O Deputado Estadual Luiz Tolentino, ao apresentar o Projeto de Lei, fundamentou, em sua justifica-

tiva, a necessidade de corrigir distorções existentes nos limites e confrontações dos municípios, provocados pela Lei 251/91.

2. Como infere-se das razões expostas, a existência de erros nos limites e confrontações dos municípios impossibilitava a liberação, junto ao IBGE, de documentos indispensáveis à implantação das unidades criadas, podendo impedir, inclusive, o repasse do FPM por parte do TCU, pelo que explicava-se (sic) a sua correção.

3. Face à difícil situação existente, teve como urgente a adoção de medidas tendentes ao seu reparo, recaindo esta responsabilidade sobre o Poder Legislativo Estadual, já que, conforme registrado em sua peça política, **'não se trata de fusão ou desmembramento de área e sim de corrigir o enunciado incorreto dos limites inseridos na Lei 251/91, adaptando-se aos reais limites cujo controle é realizado pelo IBGE, que aponta as irregularidades'.**

III — **do mérito**

1. A presente ação foi impulsionada pela Representação formulada pelo Município de Araguatins-TO que, segundo o seu arrazoado, teve sua dimensão territorial reduzida ante as alterações de limites levada a cabo pela Lei nº 498 de 21 de setembro de 1992.

2. A tônica da questão, pelo que infere-se da Representação, e por conseguinte da exordial da Ação, reside no fato de que a citada lei, cujo inciso do art. 1º ora e combatido, subtraiu do município mãe (Araguatins) os povoados de Macaúba e Sítio Novo, sem prévia consulta plebiscitária dos habitantes destes, anexando-os ao Município de São Bento do Tocantins-TO que fora criado pela Lei nº 251/91.

2.1. Argumenta o representante que a anexação destes povoados ao Município de São Bento do Tocantins acarretou sérios prejuízos ao Município de Araguatins, **«interferindo diretamente para a diminuição dos recursos, seja ICM, FPM...»**

3. É de toda infundada a argumentação do Município de Araguatins em afirmar que os povoados de Macaúba e Sítio Novo lhes pertenciam, e que de si foram subtraídos. Certidão do IBGE (Doc. Anexo), nos dão conta de que ditos povoados **jamais** pertenceram a Araguatins, pois sempre integraram o Município de Tocantinópolis até que a Lei 498 os anexaram a São Bento do Tocantins, mediante prévio acordo entre as duas unidades administrativas, visando corrigir descontinuidade de área.

4. Desta forma, falta ao Município de Araguatins a capacidade para estar em juízo, vez que postula o que nunca lhe pertenceu sob o argumento de que sofrera diminuição em seus recursos.

4.1. Ora, não há que falar em prejuízo de qualquer espécie, haja vista que os povoados de Macaúba e Sítio Novo que foram anexados ao Município de São Bento do Tocantins, **advieram do Município de Tocantinópolis**, e não de Araguatins, como tenta impingir esta municipalidade.» (fls. 104/105)

7. O douto Advogado-Geral da União, **de meritis**, acolheu as informações da Assembléia Legislativa do Estado de Tocantins, mas, preliminarmente, manifestou-se nestes termos:

> «Convém salientar preliminarmente que o controle **in abstracto** das normas, previsto na alínea **a** do art. 102 da Constituição Federal, não há de dirigir-se a normas destituídas de abstração, generalidade e impessoalidade, de tal sorte, a tutelar atos de efeito concreto. (fls. 116/117)» (folhas 123 a 127)

A seguir, o parecer da Procuradoria-Geral da República é no sentido da rejeição da preliminar suscitada pela Advocacia-Geral da União, fazendo-se referência ao que decidido na ação direta de inconstitucionalidade nº 733-5-MG, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 30 de junho de 1995, à página nº 18213. Na oportunidade, ficou consignado:

> «Ação Direta de Inconstitucionalidade: lei de criação do município: idoneidade. Ainda que não seja em si mesma uma norma jurídica, mas ato com forma de lei, que outorga **status** municipal a uma continuidade territorial, a criação de município pela generalidade dos efeitos que irradia, é um ato inovador, com força prospectiva, do complexo normativo em que se insere a nova entidade política: Por isso, a validade da lei criadora, em face da lei fundamental, pode ser questionada por ação direta de inconstitucionalidade.» (folhas 127 e 128)

Relativamente ao mérito, remete-se à norma do § 4º do artigo 18 da Constituição Federal, aludindo-se, ainda, ao precedente lançado quando da apreciação da ação direta de inconstitucionalidade nº 652-5-MA, relatada pelo Ministro Celso de Mello, quando ficou assentado:

> «A consulta plebiscitária, no processo de institucionalização dos Municípios, deve preceder — enquanto instrumento de participação popular na formação das decisões estatais — o pronunciamento do **Plenário** da Assembléia Legislativa, consoante **impõe** o art. 18, § 4º, da Constituição Federal. (**in** DJ de 2-4-93, p. 6615, RTJ 145/763, Lex-STF 177/46)» (folha 128).

A partir de tais premissas, o Ministério Público Federal ressalta a falta de consulta plebiscitária sobre a alteração dos limites, remetendo ao pronunciamento do Plenário, no âmbito da cautelar, ocorrido na oportunidade em que examinado o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.262-2-TO, relatada pelo Ministro Sydney Sanches, cuja ementa do acórdão foi publicada no Diário de 16 de junho de 1995, à página nº 18214, tendo sido veiculada a íntegra da peça na LEX-STF 202, página 127.

Em síntese, fez-se referência à liminar concedida nessa ação direta de inconstitucionalidade. Portanto, diante da ausência do plebiscito, a Procuradoria-Geral da República manifesta-se no sentido de ser julgado procedente o que pleiteado nesta ação direta de inconstitucionalidade:

> «Art. 18, § 4º, da CF/88: se, por qualquer razão, os lindes originariamente estabelecidos, para o Município a ser criado, vem a ser **alterados, depois de consumado o plebiscito,** faz-se manifesto que o procedimento de consulta popular há de ser **refeito**, para que as populações **efetivamente interessadas** realmente venham a ser ouvidas, como determina o § 4º do art. 18 da Constituição Federal, já que, muito evidentemente, **outras** comunidades — que não aquelas **de fato**

interessadas, diante dos reais limites descritos — é que foram as ouvidas, por ocasião do plebiscito levado a efeito **antes** da alteração dos limites do novo município. Ação Direta de Inconstitucionalidade suscetível de ser julgada procedente.» (folha 122)

Ressalto que foi ultrapassado o prazo regimental para exame do feito em virtude da atuação simultânea do Relator na Presidência do Tribunal Superior Eleitoral, em ano destinado a eleições municipais. Distribuam-se cópias deste relatório aos demais integrantes da Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Esta ação direta de inconstitucionalidade possui contornos que a distinguem da de nº 733-5/MG, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence. Enquanto aqui se discute acerca de limites territoriais de municípios, no precedente aludido cuidou-se da criação da própria pessoa jurídica de direito público. Embora reconhecendo-se o envolvimento de ato com forma de lei, chegou-se, pelas repercussões gerais da criação do Município, à admissibilidade do ataque a tal procedimento via ação direta de inconstitucionalidade. Assim, tenho como inexistente considerado o julgamento de fundo, pronunciamento anterior desta Corte sobre a matéria.

Conforme consignado no relatório, discute-se, na espécie, a valia constitucional de lei do Estado do Tocantins que implicou modificação de limites de municípios. Inegavelmente, está-se diante de ato de efeitos concretos, sendo pertinente a lição de Hely Lopes Meirelles empolgada pela Advocacia-Geral da União:

«Por leis e decretos de efeitos concretos entendem-se aqueles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que aprovam planos de urbanização, as que fixam limites territoriais, as que criam municípios ou **desmembram distritos**, as que concedem isenções fiscais; as que proíbem atividades ou condutas individuais; os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outros dessa espécie. Tais leis ou decretos nada têm de normativos; são atos de efeitos concretos, revestindo a forma imprópria de lei ou decreto, por exigências administrativas. Não contêm mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de conduta; atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos, razão pela qual se expõem ao ataque pelo mandado de segurança (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção **Habeas-Data** — 13ª Edição, p. 18, Ed. Revista dos Tribunais).» (folha 117)

Realmente, não se pode generalizar as hipóteses de cabimento da ação direta de inconstitucionalidade. A valia do instrumento, no que próprio ao campo abstrato, depende do rigor com que se lhe define a pertinência. No caso dos autos, a lei do Estado do Tocantins foi editada a partir de situação concreta em que, segundo o articulado, restou dificultada a disciplina administrativa fiscal, chegando-se mesmo a notar áreas descontínuas. Está nos autos certidão do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística com o seguinte teor:

«Certifico, a pedido verbal do representante da Assembléia Legislativa do Estado do Tocantins, que os Municípios de Araguatins e Tocantinópolis, de con-

formidade com a Lei nº 8.111, do Estado de Goiás, tiveram os seus limites fixados de uma parte pelo meridiano de 48°, sendo que a área compreendida entre os meridianos de 47°.30 e 48° pertencem ao Município de Tocantinópolis e a área localizada entre os meridianos de 48° e 48°.30, pertencem ao Município de Araguatins. Como os povoados de Macaúba e Sítio Novo estão localizados à margem da Rodovia Transamazônica, no meridiano de 47°.55 e 47°.57, respectivamente, nunca pertenceram a Araguatins, mas sim ao Município de Tocantinópolis. Mesmo com o advento da Lei 251/91, os referidos povoados continuaram a pertencer ao Município de Tocantinópolis, em uma área descontínua, passando a integrar o Município de São Bento do Tocantins em 21-12-92, por força da Lei 498/92, que traçou novos limites corrigindo a área descontínua do município de Tocantinópolis.

Constata-se, portanto, a existência não de ato normativo, de natureza abstrata, passível de ser impugnado mediante ação direta de inconstitucionalidade, mas de ato concreto com que se objetivou, ao que tudo indica, corrigir situação anômala, a envolver certas regiões. Tenho como imprópria a ação direta de inconstitucionalidade visando a atacá-lo.

Frise-se que exsurge do § 4° do artigo 18 da Constituição Federal a necessidade de consulta plebiscitária às populações diretamente interessadas, na hipótese de criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios. Ora, na espécie dos autos não se tem, a rigor, qualquer das figuras versadas no preceito. Houve simples correção de limites entre municípios, procurando-se, com isso, dar-lhes contornos organizacionais. Por outro lado, ainda que se pudesse cogitar de qualquer dos pressupostos contidos na parte primeira do § 4°, ou seja, da criação, incorporação, fusão ou desmembramento de município, verifica-se que a razão de ser da lei local está relacionada com o que previsto no preceito, ou seja, a continuidade do município, afastando-se, consoante atestado na certidão do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, situação concreta que implicava a existência de área descontínua. Por isso mesmo, não vejo como concluir pela transgressão ao § 4° do artigo 18 da Carta da República. O ato normativo editado pela Assembléia do Estado de Tocantins fez-se no âmbito da competência legislativa geral prevista no § 1° do artigo 25 da Carta de 1988:

> **«São reservadas aos Estados as competências que não lhe sejam vedadas por esta Constituição.»**

Acolho a preliminar suscitada pela Advocacia-Geral da União, declarando extinto o processo, sem apreciação da matéria de fundo, ou seja, considerada a nomenclatura consagrada da Corte, não conheço da ação direta de inconstitucionalidade.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

ADI 1.034 — TO — Rel.: Min. Marco Aurélio. Reqte.: Procurador-Geral da República. Reqdos.: Governador do Estado do Tocantins e Assembléia Legislativa do Estado do Tocantins.

Decisão: Adiado o julgamento pelo pedido de vista do Ministro Maurício Corrêa, depois do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que não conhecia da ação direta. Ausentes, justificadamente, os Ministros Ilmar Galvão e Celso de Mello.

Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da

Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Maurício Corrêa. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 6 de fevereiro de 2000 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO (Vista)

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Senhor Presidente, trago meu voto vista na ADI nº 1.034-4-TO, da relatoria do Min. **Marco Aurélio.**

1.2 Trata-se de ação direta promovida pelo Procurador-Geral da República, acolhendo requerimento do **Município de Araguatins,** Estado do Tocantins, para ver declarada a inconstitucionalidade do inciso XXXIV do art. 1º (**rectius: 2º**) da Lei estadual nº 498, de 21-12-92, o qual modificou o art. 1º (**rectius: 4º**) da Lei nº 251, de 20-2-91.

1.3 O **art. 4º Lei estadual nº 251,** de 20-2-91, reportando-se ao **art. 3º** da mesma, estabeleceu os limites e confrontações de cinqüenta municípios criados pelo art. 10 do ADCT da Constituição tocantinense (redação da Emenda Constitucional nº 01, de 19-12-89); transcrevo os arts. 3º e 4º da primitiva Lei nº 251/91, no que se refere a esta ação, **in verbis** (fls. 21/22 e 26/27):

«Lei nº 251, de 20-2-91.

Cria Municípios e dá outras providências.

Art. 3º Realizada a consulta prévia mediante plebiscito e obtido mais de 50% (cinqüenta por cento) dos votos válidos por distrito ou povoado, cujos Municípios foram criados pelo art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 01, de 19 de dezembro de 1989, da Constituição Estadual, e observado o disposto no parágrafo 2º do Art. 1º das Disposições Transitórias da Lei Complementar nº 2, de 9 de abril de 1990, ficam criados os referidos Municípios.

Art. 4º Os Municípios de que trata o artigo anterior terão os seguintes limites e confrontações a seguir descritos e enumerados:

...

XXXIV — São Bento do Tocantins, desmembrado do Município de Araguatins, com área de 672,2 km^2, limitando-se com:

a) Município de Cachoeirinha — «Começa na barra do Córrego Aldeia do Brejo, com o Ribeirão dos Caboclos: daí, segue Ribeirão dos Caboclos abaixo, até a barra com o Ribeirão São Bento; daí, segue pelo Ribeirão São Bento Abaixo, até o Córrego São Francisco, seguindo por este acima, até a sua cabeceira; daí, segue no rumo 85º10'NO até a cabeceira do Córrego Tamanduá, seguindo por este abaixo, até o Rio Piranhas»;

b) Município de Ananás — «Começa na barra do Ribeirão Cachoeirinha com o Rio Piranhas; daí, segue Rio Piranhas abaixo, até o Ribeirão Ronca»;

c) Município de Araguatins — «Começa na barra do Ribeirão Ronca com o Rio Piranhas; daí, segue pelo Ribeirão Ronca acima até a barra do Córrego Guaxupé; daí, segue Córrego Guaxupé acima, até a sua cabeceira; daí, segue no rumo 37º15'00''NO, até a cabeceira do Córrego da Faveira, seguindo Córrego da Faveira abaixo, até sua barra no Rio São Martinho; daí, segue pelo Rio São Martinho acima, até a barra do Córrego Água Amarela; daí, segue Córrego Água Amarela acima, até a sua cabeceira»;

d) Município de Itaguatins — «Começa na nascente do Córrego Água Amarela, seguindo daí, com rumo de 12°SE, até a barra do Córrego Aldeia do Brejo, no Ribeirão dos Cablocos, ponto inicial desta descrição».

...»

1.4 Este inciso XXXIV do art. 4° da Lei n° 251/91 foi modificado pelo art. 2° da Lei n° 498/92, que assim passou a dispor, **in verbis** (fls. 29 e 34):

«Lei n° 498, de 21 de dezembro de 1992.

Altera os arts. 1° e 4° da Lei n° 251, de 20 de fevereiro de 1991, e dá outras providências.

...

Art. 2° O art. 4° da Lei n° 251, de 20 de fevereiro de 1991, passa a ter a seguinte redação:

«Art. 4° Os Municípios de que trata o artigo anterior, terão os seguintes limites e confrontações a seguir descritos e enumerados:

...

XXXIV — Município de São Bento do Tocantins, desmembrado dos Municípios de Araguatins, Itaguatins e Tocantinópolis, limitando-se com:

a) com o Município de Araguatins

Começa no Rio Piranhas na barra do Ribeirão Ronca; daí, sobre pelo Ribeirão Ronca até a barra do Córrego Guaxupé; daí, sobe pelo Córrego Guaxupé, até sua cabeceira; daí, segue em reta até a cabeceira do Córrego Faveira ou Campestre; daí, desce por este até sua barra no Rio São Martinho; daí, sobe pelo Rio São Martinho até a barra do Córrego Caiçara; daí, sobre pelo Córrego Caiçara até sua cabeceira; daí, segue em reta à cabeceira do Córrego Sucupira; daí, desce pelo Córrego Sucupira até sua barra no Rio Barreiro; daí, sobe pelo Rio Barreiro até a barra do Córrego Cercadinho ou Bacuri;

b) com o Município de Itaguatins

Começa na Barra do Córrego Cercadinho ou Bacuri, no Rio Barreiro; daí, segue pelo Rio Barreiro ou Coitim até a barra do Córrego Serrinha; daí, sobre pelo Córrego Serrinha até sua cabeceira na Serra da Conceição; daí, segue margeando a Serra da Conceição, passando pelas cabeceiras dos Córregos Garrafão e Tem-Tem e Rio São Domingos, até alcançar a cabeceira do Córrego Água Amarela; daí, segue em reta até a cabeceira do Ribeirão Santo Antônio;

c) com o Município de Maurilândia do Tocantins

Começa na cabeceira do Ribeirão Santo Antônio; daí, segue no divisor de águas Tocantins-Araguaia até a cabeceira do Córrego dos Poços;

d) com o Município de Cachoeirinha

Começa na cabeceira do Córrego dos Poços; daí, desce por este até sua barra no Ribeirão dos Caboclos; daí, desce pelo Ribeirão dos Caboclos até sua barra no Ribeirão São Bento; daí, desce pelo Ribeirão São Bento até a barra do Córrego São Francisco; daí, sobre pelo Córrego São Francisco até sua cabeceira; daí, segue no rumo de 85°10'NO até a cabeceira do Córrego Tamanduá; daí, desce pelo Córrego Tamanduá até sua barra no Ribeirão Cachoeirinha; daí, desce pelo Ribeirão Cachoeirinha até sua barra no Rio Piranhas;

e) com o Município de Ananás

Começa na Barra do Ribeirão Cachoeirinha no Rio Piranhas; daí, desce pelo Rio Piranhas até a barra do Ribeirão Ronca, ponto inicial destes limites;»

...»

1.5 O Procurador-Geral da República, requerente, alega que, **in verbis** (fl. 5):

«3. Esta modificação, operada pelo inciso XXXIV do art. 1° da Lei 498, de 1992, ora impugnado, importou em anexar ao novo Município de São Bento do Tocantins áreas do Municípios de Itaguatins, Tocantinópolis e Araguatins, englobando povoados **que não participaram da consulta plebiscitária**, como é o caso dos povoados de Macuba (**rectius: Macaúba**) e Novo Sítio, pertencentes ao Município de Araguatins.»

Acrescenta, ainda, o requerente que, **in verbis** (fls. 5/6):

«4. **Adota**, o autor, **como fundamentação jurídica do pedido**, as razões constantes do expediente anexo (fls. 7/11), que lhe foi dirigido pelo Prefeito Municipal de Araguatins, onde se aponta a **incompatibilidade da norma impugnada com o art. 18, § 4°, da Constituição Federal**. Convém referir, a propósito, que **a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal registra vários precedentes no sentido da invalidade da criação de município, sem prévia consulta plebiscitária** (**v.g.,** RP n° 867-GO, RTJ 60/27, e RP n° 878-GO, RTJ 69/13).

1.6 Da citada representação dirigida pelo Município de Araguatins ao Procurador-Geral da República extraio o seguinte excerto, **in verbis** (fls. 8/11):

> «... através da Lei n° 251, de 20 de fevereiro de 1991, oriunda da Assembléia Legislativa e sancionada pelo Governo do Estado do Tocantins, foram criados inúmeros novos Municípios, que adquiriram sua autonomia, elegendo seus dirigentes e vida próprias em 3 de outubro de 1992.
>
> Dentre eles está o Município de São Bento do Tocantins, o antigo Distrito de «Lagoa de São Bento», que pertencia ao Município de Araguatins.
>
> Estabeleceu-se à época, um acordo feito pelos interessados, quanto às divisas entre os dois Municípios, que satisfez aos interesses dos habitantes ali residentes, e as duas partes interessadas.
>
> É sabido, é curial, que umas dessas exigências «para a criação de um novo Município é a **realização de consulta popular, através de um plebiscito**, para ouvir a vontade daqueles diretamente interessados e atingidos, condição **sine qua non**, para sua validade e condição para a sua emancipação, (CF, art. 18, § 4°).
>
> Estabeleceu-se antes, bem antes do **plebiscito** realizado no «Distrito de Lagoa de São Bento», hoje, «São Bento do Tocantins», os acertos necessários a sua emancipação, estabelecendo-se criteriosamente as divisas entre os dois Municípios, o de Araguatins e de São Bento do Tocantins, conforme consta da Lei n° 251, sendo que participaram do **plebiscito**, somente os eleitores pertencentes ao novo Município, referentes às sessões números 33ª, 34ª, 35ª e 64ª.
>
> Não se sabe por que razão «surgiu a Lei n° 498», de 21 de dezembro de 1992, após as eleições realizadas em 3 de outubro de 1992, já com os novos Prefeitos eleitos, tanto dos velhos, como dos novos Municípios, alterando completamente a Lei n° 251, já mencionada, estabelecendo novos limites em todos os Municípios, recém criados, com prejuízos para os «municípios mães», englobando povoados que não participaram do **plebiscito**, como é o caso dos Povoados Macúba (**rectius: Macaúba**) e Novo Sítio, pertencentes ao Município de Araguatins, mas devido a famigerada Lei n° 498, passou a

pertencer ao Município de São Bento do Tocantins.

Nos mencionados Povoados, o Município de Araguatins mantém escolas, serviço de energia, assistência médica, estradas vicinais, além de um acervo, constantes de prédios públicos e serviços outros, que são mantidos pelo Município de Araguatins.

Alegam os senhores deputados, que a aprovação dessa lei, foi para não prejudicar os novos Municípios, quanto ao recebimento do FPM — Fundo de Participação dos Municípios e que fizeram um acordo de cavalheiros, para reverem a lei, tão logo reiniciassem os trabalhos legislativos do corrente ano, para sanarem as distorções e prejuízos aos Municípios, que são muitos.

Entretanto, em face do **periculum in mora** pois diminuído o número de habitantes do município, diminua-se o FPM, o que torna um grande transtorno para a administração municipal, em face dos compromissos existentes, com pagamento de funcionários, material de consumo, obras e a realização do programa do Governo Municipal.

Em face da inconstitucionalidade da Lei nº 498, que propomos a presente Representação.

Não concordam os Poderes Executivo e Legislativo do Município de Araguatins, sua população e, principalmente os habitantes dos Povoados Macaúba e Novo Sítio e ainda os proprietários rurais daquela região, diretamente interessados, em pertencerem ao novo município de São Bento do Tocantins, pois não participaram da consulta popular através do **plebiscito**, votaram para a eleição do Prefeito e Vereadores do Município de Araguatins, tendo inclusive sido eleitos dois (2) vereadores, residentes no Povoado de Macaúba, não concorrendo de qualquer forma na eleição dos dirigentes do Município de São Bento do Tocantins.

Como a Lei nº 498 é inconstitucional, ferindo a autonomia de vários Municípios e, dentre eles o de Araguatins, interferindo diretamente para a diminuição dos recursos, seja ICM, FPM de Araguatins, não obedecendo o **referendum** popular através do **plebiscito**, ouvindo os habitantes de Macaúba e Novo Sítio, através de seus eleitores, o que não aconteceu, pois tais Povoados pertenciam ao Município de Araguatins, e sobre a emancipação e se queriam pertencer ao novo Município, não havia razão de ser, e assim mesmo, estão englobados dentro do Município de São Bento do Tocantins sem participarem do **plebiscito**, além de englobar dentro dos seus limites áreas pertencentes aos recém criados Municípios de Cachoeirinha e Maurilândia do Tocantins que pertenciam ao Município de Tocantinópolis, e, para modificar essa anomalia criada, necessário se faz cessar a sua eficácia.

Foram eleitos, com votos dos eleitores de Macaúba e Novo Sítio, o Prefeito de Araguatins, Senhor **José Guilherme Frazão** e os Vereadores **Sebastião Araújo Ferreira**, pela sigla do PFL e **José de Paula Costa**, pela sigla do PMDB, conforme fazem provas as certidões em anexo, não votando na eleição do Município de São Bento do Tocantins.

Eivada de vícios está a Lei nº 498, devendo, «data vênia», ser julgada inconstitucional.

Vários são os julgados referentes as Representações de Inconstitucionalidade de leis sobre o assunto e, podemos alinhar, dentre elas, todas do Estado de

Goiás, as de números 1124-1; 867, RTJ, 60/27; 878, RTJ, 69/13; 994, RTJ, 96/963; 1004, RTJ, 95/18; 958, RTJ, 86/59; 950, DJ de 13-5-77; 964, RTJ 86/64; 989, DJ de 1°-12-78; 1003, DJ de 30-3-79.

A matéria, objeto da presente argüição de inconstitucionalidade, é a anexação de Povoados e áreas do Município mãe ao novo Município, sem prévia consulta plebiscitária.

É sabido que a criação, supressão e o desmembramento de Município está na esfera estadual, mas é inconstitucional a lei que procede o desmembramento de território de um Município para anexá-lo a outro Município, sem prévia consulta plebiscitária das populações residentes nas áreas atingidas.

Este é o entendimento de doutrina (Cf. Hely Lopes Meirelles, Direito Municipal Brasileiro, 4ª Ed. Revista Trib., 1981, p. 47).

A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que a lei, que transfere território de um para outro município, sem prévia consulta plebiscitária, está eivada de inconstitucionalidade.

É por essa razão, que o Deputado Estadual, **Luiz Tolentino** entrou com um Projeto de Lei, para a alteração da Lei n° 498, no que se refere os limites do Município de São Bento do Tocantins, (Doc. n° em anexo) tentando restaurar o dano cometido pela Assembléia Legislativa, ao Município de Araguatins, para que os limites do Município mencionado voltasse ao **statu quo ante**, que é o original e correto, reconhecendo a inconstitucionalidade da citada Lei.

Assim, com amparo no art. 103, VI da Constituição Federal, c/c a Lei n° 4.337 de 1° de junho de 1964 e os demais que regem à espécie e diante do exposto vimos a Vossa Excelência, requerer, seja declarada, liminarmente a **inconstitucionalidade** da Lei n° 498 de 21 de dezembro de 1992, emanada da Assembléia Legislativa e sancionada pelo Sr. Governador do Estado do Tocantins, em razão de ferir o art. 18, § 4° da Constituição da República Federativa do Brasil, que alterou a Lei n° 251, que criou novos Municípios no Estado do Tocantins, para anexar ao novo Município de São Bento do Tocantins, área do Município de Araguatins (Município mãe) englobando os povoados de Novo Sítio e Macaúba, onde a população, através dos eleitores não foi consultada sobre o interesse de passar a pertencer ao novo Município de São Bento do Tocantins ou continuar a pertencer ao Município de Araguantins, anulando-a em sua totalidade, para fazer cessar a sua eficácia, fazendo prevalecer a Lei originária da criação dos novos Municípios, constantes da Lei n° 251 de 20 de fevereiro de 1991.»

1.6 Entre os documentos anexados à mencionada representação está a cópia de ata da apuração da consulta plebiscitária realizada na cidade e comarca de Araguatins, sede da 10ª Zona Eleitoral, visando a «emancipação e desmembramento dos Distritos de São Bento e Esperantina, pertencentes aos Municípios de Araguatins e São Sebastião do Tocantins, respectivamente», sendo três seções eleitorais (62ª, 65ª e 67ª) do Distrito de Esperantina e quatro do Distrito de São Bento (33ª, 34ª, 35ª e 64ª) — fls. 14/17; há, também, cópias de certidões que informam que o povoado de Macaúba compreende as 31ª, 32ª e 68ª Seções da 10ª Zona de Araguatins, com 858 eleitores (fls. 36/37); e de outra dizendo que, com relação ao Distrito de São Bento,

participaram apenas as 33ª, 34ª, 35ª e 64ª Seções (fl. 38); outros documentos informam que a Escola Municipal Aureliano José Ferreira, localizada no povoado de Macaúba, é administrada e custeada pelo Município de Araguatins (fls. 40/69).

1.7 O Governador do Estado do Tocantins não prestou as informações requisitadas (fl. 108), fazendo-o apenas o Presidente da Assembléia Legislativa (fls. 102/106), onde afirma que, **in verbis:**

«3. É de toda infundada a argumentação do Município de Araguatins em afirmar que os povoados de Macaúba e Sítio Novo lhes pertenciam, e que de si foram subtraídos. Certidão do IBGE (Doc. anexo) nos dá conta de que ditos povoados **jamais** pertenceram a Araguatins, pois sempre integraram o Município de Tocantinópolis até que a Lei nº 498 os anexaram a São Bento do Tocantins, mediante prévio acordo entre as duas unidades administrativas, visando corrigir descontinuidade de área.»

Por sua vez, diz a referida Certidão passada pelo Chefe da DIPEQ/TO, do IBGE, em Palmas (fl. 106):

«Certifico, a pedido verbal do representante da Assembléia Legislativa do Estado do Tocantins, que os municípios de **Araguatins** e **Tocantinópolis**, de conformidade com a Lei nº 8.111, do Estado de Goiás, tiveram seus limites fixados de uma parte pelo **meridiano de 48º**, sendo que área compreendida entre os meridianos de 47º30' e 48º pertencem ao Município de Tocantinópolis, e a área localizada entre os meridianos de 48º e 48º30', pertencem ao Município de Araguatins.

Como os povoados de **Macaúba e Sítio Novo** estão localizados à margem da Rodovia Transamazônica, no **meridiano de 47º55' 47º57'**, respectivamente, **nunca pertenceram a Araguatins, mas sim ao Município de Tocantinópolis.**

Mesmo com o advento da Lei nº 251/91, os referidos povoados continuaram a pertencer ao Município de Tocantinópolis, em uma área descontínua, passando a integrar o Município de São Bento do Tocantins em 21-12-92, por força da Lei nº 498/92 que traçou novos limites corrigindo a área descontínua do Município de Tocantinópolis.

...»

1.8 Senhor Presidente, concluo este relatório lembrando que o Ministro-Relator **Marco Aurélio** não conhece desta ação direta por entender que a lei impugnada foi editada para corrigir distorções contidas na Lei anterior; S. Exa. assim conclui o seu voto:

«Consta-se, portanto, a existência não de ato normativo, de natureza abstrata, passível de ser impugnado mediante ação direta de inconstitucionalidade, mas de ato concreto com que se objetivou, ao que tudo indica, corrigir situação anômala, a envolver certas regiões. Tenho como imprópria a ação direta de inconstitucionalidade visando a atacá-lo.»

2. Passo a proferir o meu voto.

3. Existe controvérsia nas questões de fundo, como é o caso de se saber a que Município efetivamente pertenciam os povoados de Macaúba e de Sítio Novo: Tocantinópolis, segundo o IBGE e o Presidente da Assembléia Legislativa, ou Araguatins, segundo alegam a Municipalidade e o Procurador-Geral da República.

4. Tenho que estes fatos não são relevantes para decidir esta ação. Passo a examinar o porquê.

4.1 Está claro que a intenção do Prefeito de Araguatins, ao requerer a instauração desta ação direta ao Procurador-Geral da República, era a de recuperar áreas do Município que entendeu subtraída pelo inc. XXXIV do art. 2° da Lei n° 498, de 21-12-92, editada para, possivelmente, corrigir distorções contidas no inciso XXXIV do art. 4° da Lei n° 251, de 20-2-91. Para tanto, invocou como fundamento unicamente o que dispõe a parte final do § 4° do art. 18 da Constituição Federal.

4.2 Por sua vez, o Procurador-Geral da República também oferece como único fundamento da ação a mesma disposição Constitucional.

4.3 É evidente que não cabe decidir em ação direta a que Município pertence esta ou aquela área; nesta ação se faz apenas o controle concentrado da constitucionalidade das leis, para que as inconstitucionais não perturbem o sistema jurídico em vigor.

4.4 Se de um lado pode ser entendido que a disposição legal impugnada foi editada para corrigir distorções, como a descontinuidade da área do Município de Tocantinópolis, descontinuidade esta expressamente vedada pela Constituição, por outro lado, é possível constatar que, a pretexto de se fazer correções necessárias, restou fraudada a disposição contida na parte final do § 4° do art. 18 da Constituição, que assim dispõe:

> **«Art. 18. ...**
>
> ...
>
> § 4° A criação, a incorporação, a fusão e o **desmembramento de Municípios preservarão a continuidade** e a unidade histórico cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em lei complementar estadual, **e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas.»**

e que assim dispõe na redação dada pela Emenda Constitucional n° 15, de 12-9-96:

> **«§ 4° A criação, a incorporação,** a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e **dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos,** após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.»

4.5 Com efeito, certidão expedida pelo Escrivão da 10ª Zona Eleitoral de Araguatins, esclarece que no povoado de Macaúba existem três seções — 31ª, 32ª e 68ª — com 858 eleitores (fl. 37). Outra certidão, expedida pelo mesmo servidor, noticia que **não foi realizado o plebiscito no citado povoado de Macaúba** (fl. 38), **in verbis:**

> «Certifico para os fins que se fizerem necessários e a pedido verbal da parte interessada, que revendo a ata de consulta plebiscitária visando a emancipação e desmembramento dos distritos de São Bento e Esperantina, nela verificou-se, no que diz respeito ao Distrito de São Bento, que **participaram apenas as seções 33ª, 34ª, 35ª e 64ª, as quais pertencem ao aludido Município de São Bento do Tocantins — TO.»**

5. Conclui-se que, a pretexto da correção da área descontínua de município, seja de Araguatins ou de Tocantinópolis, o povoado de Macaúba passou a integrar o Município de São Bento do Tocantins sem a realização de consulta prévia, mediante plebiscito, situação que revela ocorrência

de desrespeito ao § 4° do art. 18 da Constituição Federal.

6. Este Tribunal tem proclamado reiteradas vezes que é inconstitucional a criação ou desmembramento de municípios sem a prévia consulta plebiscitária; neste sentido, recordo as seguintes decisões, **in verbis:**

«Município. Desmembramento. Área de um para outro município, sem prévia consulta plebiscitária. Ofensa ao princípio constitucional da autonomia municipal (Constituição Federal, art. 15, II). Inconstitucionalidade parcial da Lei n° 8.111, de 14-5-76. Procedência da representação do Procurador-Geral da República.» (RP n° 964-GO, Rel. Min. **Bilac Pinto,** ***in*** RTJ 86/64).

«Ementa: Município. Desmembramento de área para anexação a outro, sem prévia consulta plebiscitária. Inconstitucionalidade parcial da Lei n° 8.111, de 14-5-76, do Estado de Goiás. Representação julgada procedente.» (RP n° 1.003-GO, Rel. *Min.* Xavier de Albuquerque, **in** DJ de 30-3-79).

«Ementa: Município. Desmembramento. Área retirada de um município para ser anexada a outro, sem prévia consulta plebiscitária. Violação do princípio constitucional da autonomia municipal.

Representação julgada procedente, para declarar-se inconstitucional a Lei 8.111, de 14 de maio de 1976, do Estado de Goiás, na parte que desmembrou área do Município de Uruana para integrá-la no Município de Itaguaru.» (RP n° 1.047-GO, Rel. Min. **Moreira Alves,** ***in*** DJ de 10-4-81).

«Ementa: Direito Constitucional. Município. Alterações. Plebiscito. Art. 18, § 4°, da Constituição Federal.

Ação direta de inconstitucionalidade do art. 2° da Lei n° 498, de 21-12-92, do Estado de Tocantins, na parte em que, dando nova redação ao inciso IX do art. 4° da Lei n° 251, de 20-2-91, alterou a origem do desmembramento, a área, os limites e as confrontações do Município de Cariri do Tocantins.

1. Havendo a norma impugnada efetuado tais alterações, sem a prévia consulta plebiscitária, de que trata o § 4° do art. 18 da CF, defere-se a medida cautelar de suspensão de sua eficácia, até o julgamento final da ação, já que preenchidos os requisitos da plausibilidade jurídica (**fumus boni iuris**) e do risco da demora do processamento (**periculum in mora**).

2. Precedente: ADIn n° 1.034-TO (DJ de 15-4-1994 p. 08047, Ementário n° 1740-01).» (ADIMC n° 1.262-TO, Rel. Min. Sydney Sanches, **in** DJ de 16-6-95).

7. Isto posto, acolhendo o parecer do Ministério Público Federal e com a vênia do Ministro-Relator **Marco Aurélio**, conheço da ação e a julgo procedente para declarar a inconstitucionalidade do inciso XXXIV do art. 2° — e não do art. 1°, como consta incorretamente da inicial — da Lei tocantinense n° 498, de 21-12-92, porque anexou a área do povoado de Macaúba ao Município de São Bento do Tocantins sem a realização do plebiscito exigido pelo § 4°, art. 18 da Constituição Federal.

VOTO (S/Preliminar de conhecimento)

O Sr. Ministro Ilmar Galvão: Senhor Presidente, a princípio, imaginei tratar-se, no caso, de mandado de segurança, razão pela qual me achava tranqüilo quanto à possibilidade de apreciação do dispositivo questionado.

Vejo, agora, entretanto, que se cuida de ação direta de inconstitucionalidade.

A jurisprudência do STF tem entendido cabível a impugnação de lei que estabelece a disciplina a ser observada na criação de determinado município.

Essa, no entanto, não é a hipótese dos autos, em que se tem um dispositivo que retifica a linha divisória entre dois municípios, o qual, desenganadamente, tem caráter de ato concreto, cuja inconstitucionalidade, por isso mesmo, se mostra insuscetível a ataque por meio de ação da espécie, que se destina, com exclusividade, à declaração de inconstitucionalidade de ato normativo.

Peço vênia, portanto, para acompanhar o voto do eminente Ministro Relator, que não conhece do pedido.

VOTO (S/Preliminar de conhecimento)

O Sr. Ministro Néri da Silveira: Senhor Presidente. Peço vênia ao ilustre Relator para acompanhar o voto do Senhor Ministro Maurício Corrêa, porque entendo que a nova lei de criação do município novo, ainda que sob o rótulo de modificar ou corrigir limites, está, efetivamente, deslocando parcela do território de outros municípios não envolvidos, os quais perderão suas áreas sem a manifestação das respectivas populações, configurando, portanto, a questão constitucional, pela necessidade do plebiscito.

Assim sendo, conheço da preliminar.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Senhor Presidente, agora que já temos assentada a premissa de que o ato impugnado implicou desmembramento de distrito, devo atentar para a regra do § 4° do artigo 18 da Constituição Federal, que se refere não só à criação, mas, também, à incorporação, fusão e desmembramento dos municípios.

Frente ao julgamento da preliminar, concluo pela inconstitucionalidade do preceito.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

ADI 1.034 — TO — Rel.: Min. Marco Aurélio. Reqte.: Procurador-Geral da República. Reqdos.: Governador do Estado do Tocantins e Assembléia Legislativa do Estado do Tocantins.

Decisão: O Tribunal, por maioria de votos, conheceu da ação direta, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Ilmar Galvão e Octavio Gallotti, que dela não conheciam. Quanto ao mérito, o Tribunal, por votação unânime, julgou procedente a ação direta e declarou a inconstitucionalidade do inciso XXXIV do art. 1° da Lei n° 251, de 20-2-91, com a redação que lhe deu a Lei n° 498, de 21-12-92, ambas do Estado de Tocantins, restaurando-se, em conseqüência, a vigência e a eficácia do inciso XXXIV do art. 1° na redação que lhe foi dada originariamente pela Lei Estadual n° 251, de 20-2-91. Votou o Presidente. Ausente, justificadamente, o Ministro Sepúlveda Pertence, Presidente. Presidiu o julgamento o Ministro Celso de Mello (art. 37, I, RISTF).

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Maurício Corrêa. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 24 de março de 1997 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

INQUÉRITO Nº 1.057 — PB
(Questão de Ordem)
(Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Moreira Alves

Autor: Ministério Público Federal — Indiciado: Ronaldo José da Cunha Lima — Assistente: Tarcisio de Miranda Burity

Inquérito. Pedido de licença ao Senado que aprovou parecer no sentido de tê-lo como prejudicado. Questão de ordem.

Manifestação que deve ser interpretada como negativa do pedido de licença.

Questão de ordem que se resolve no sentido da permanência dos autos na Secretaria da Corte enquanto perdurar a situação prevista no § 2º do artigo 53 da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, resolvendo questão de ordem apresentada pelo Senhor Ministro Relator, concluir que foi indeferida pelo Senado Federal a licença, ficando «sobrestado» o processo e suspenso o curso da prescrição.

Brasília, 17 de fevereiro de 2000 — **Marco Aurélio**, Presidente, **Moreira Alves**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): Neste inquérito em que figura como indiciado o Senador Ronaldo José da Cunha Lima, cuja denúncia, perante o Superior Tribunal de Justiça, por ser então Governador do Estado da Paraíba, pela prática do crime definido no artigo 121, § 2º, inciso IV, c/c o artigo 14, ambos do Código Penal, foi ratificada pelo Dr. Procurador-Geral da República quando os autos foram enviados a esta Corte, por ter o indiciado se tornado membro do Congresso Nacional, solicitei ao Senado a prévia licença a que se refere o artigo 53, § 1º, da Constituição.

Às fls. 587/589 dos autos, encontra-se a mensagem 346, de 14-12-99, da Presidência do Senado, **verbis**:

«Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal,

Com referência ao Ofício nº 934/P, datado de 13 de setembro de 1995, comunico a Vossa Excelência que o Senado Federal, na Sessão Deliberativa Ordinária realizada em 9 de dezembro corrente, aprovou o seguinte:

«Parecer nº 1.105, de 1999

Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre o Ofício «S» nº 18, de 1997 (nº 934/95, na origem), do Presidente do Supremo Tribunal Federal, solicitando ao Senado Federal a devida licença prévia para que aquela Corte possa processar Senador, tendo em vista representação oferecida pelo Ministério Público Federal.

Questão Preliminar

Senador Amir Lando

Pedido de Licença do STF para processar o Senador Ronaldo Cunha Lima (Questão Preliminar)

No que se refere ao pedido de licença do Supremo Tribunal Federal para processar o Senador **Ronaldo Cunha Lima** há uma questão preliminar que, nos parece, prejudica o pedido.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, baseado na competência que a Constituição Federal lhe confere para processar e julgar Governador de Estado por crime comum (art. 105, I, **a**, da CF), solicitou à Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba a autorização para processar o então Governador **Ronaldo Cunha Lima**, sendo que aquela Casa Legislativa negou esta autorização pela esmagadora maioria dos seus membros no dia 28 de dezembro de 1993, ou seja, há seis anos atrás.

Cabe aqui recordar que a Constituição do Estado da Paraíba, no seu art. 88, contém norma similar à do art. 86 da Constituição Federal, que estabelece que o Presidente da República só será processado por crime comum se dois terços dos membros da Câmara dos Deputados admitirem tal julgamento.

Releve-se que doutos doutrinaristas, a exemplo de **Joás de Brito Pereira** (veja-se Revista de Informação Legislativa, nº 121, pp. 189 e seguintes), consideram que tal negativa, inclusive implica a extinção do processo. Da mesma forma, encontra-se tal entendimento na Jurisprudência (vejam-se, por exemplo, no STJ, a ação penal 04/SP; a 24-0/DF e a 31-0/PR).

Sem embargo, independentemente de tal entendimento, o fato é que já houve, por parte de órgão político competente, tempestivamente, apreciação de pedido de autorização para processar o hoje Senador **Ronaldo Cunha Lima** pelos mesmos fatos que conformam o objeto do pedido sob exame. E esse pedido foi cabalmente negado.

A propósito, qual o sentido de se conferir a um órgão político a decisão sobre a oportunidade de se processarem ou não agentes políticos, como Governadores de Estado e Senadores?

Salta aos olhos que não por razões especificamente jurídicas, que só podem ser objeto de apreciação decisiva pelo órgão judicial competente.

As razões pelas quais se conferiu a órgãos políticos, como são o Senado Federal e as Assembléias Legislativas a competência para autorizar ou não o processo de Senadores e Governadores por crime comum só podem dizer respeito à conveniência e oportunidade.

Esse é o entendimento entre outros do emérito jurista **Saulo Ramos.**

Dessa forma, segundo entendemos, se o Senado Federal apreciar o pedido em questão estaremos incorrendo naquilo que em Direito achamos de **bis in idem**, ou seja, teremos o Senado Federal manifestando-se sobre o mesmo assunto — e sob o mesmo prisma — que já foi objeto de deliberação pelos representantes do povo do Estado da Paraíba, em momento oportuno e de acordo com as normas legais pertinentes.

Dessa forma, o nosso entendimento é o de que o presente pedido deve ser julgado prejudicado em razão dessa questão preliminar que ora levantamos.»

Em questão de ordem, trago à apreciação deste Plenário a referida mensagem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): 1. Tenho que a aprovação pelo Senado Federal, na sessão deliberativa ordinária realizada em 9 de dezembro de 1999, do parecer transcrito na Mensagem 346 dirigida a esta Corte deve ter sua conclusão interpretada como manifestação dessa Casa do Congresso Nacional no sentido de negar a licença a que alude o artigo 53, § 1°, da Constituição.

2. Assim entendendo, resolvo a presente questão de ordem no sentido de que os autos deste inquérito devem permanecer na Secretaria do Tribunal enquanto perdurar a situação prevista no § 2° do citado artigo 53 da Carta Magna que dispõe que «o indeferimento do pedido de licença ou a ausência de deliberação suspende a prescrição enquanto durar o mandato».

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): Sr. Presidente, é conveniente esclarecer que se interpreta a conclusão do Senado como sendo de negativa ao deferimento da licença, independentemente dos motivos invocados.

EXTRATO DA ATA

Inq 1.057 (Questão de ordem) — PB — Rel.: Min. Moreira Alves. Autor: Ministério Público Federal. Indic.: Ronaldo José da Cunha Lima (Advs.: Luiz Carlos Bettiol e outros). Assist.: Tarcisio de Miranda Burity (Advs.: Edisio Sobreira Gomes de Matos e outros).

Decisão: O Tribunal, resolvendo questão de ordem apresentada pelo Senhor Ministro Relator, concluiu que foi indeferida pelo Senado Federal a licença, ficando «sobrestado» o processo e suspenso o curso da prescrição. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, e, neste julgamento, o Senhor Ministro Carlos Velloso (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Marco Aurélio (Vice-Presidente).

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 17 de fevereiro de 2000 — Gisele Menegale, p/Coordenador.

AÇÃO RESCISÓRIA N° 1.244 — MG
(Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Octavio Gallotti

Revisor: O Sr. Ministro Carlos Velloso

Autor: Espólio de Antônio Carlos da Silva Risola, por sua inventariante Lourdes Henrique — Réus: Anna Luíza Risola Mollo e outros

Não comprovada a separação do casal, nem contestada a paternidade pelo marido, prevalece a presunção desta, de acordo com o disposto no art. 344 do Código Civil.

Alegado erro de fato insusceptível de influir decisivamente na conclusão do acórdão rescindendo.

Ação rescisória julgada, por maioria, improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar improcedente a ação rescisória.

Brasília, 9 de junho de 1999 — **Moreira Alves**, Presidente — **Octavio Gallotti**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Octavio Gallotti: Adoto como relatório o lançado, às fls. 866/81, pelo Ministro **Aldir Passarinho**, cujo inteiro teor é o seguinte:

«Como relatório, adoto o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, que se encontra nestes termos:

«Ação Rescisória

Investigação de paternidade. Filiação ilegítima **a matre.**

A ação negatória de paternidade não é requisito para tal reconhecimento. Entretanto, se ela não existir, não há como deferir a pretensão, quando os cônjuges não estavam separados, ainda de fato.

Presunção de legitimidade da prole (Código Civil, art. 343).

Antônio Carlos da Silva Risola, que também usa o nome de Antônio Carlos da Silva Barbosa, ajuizou ação rescisória contra Anna Luíza Mollo e outros, com fundamento no art. 485, V e IX, do Código de Processo Civil.

Convém, antes de analisar o mérito, recapitular os fatos que deram origem a este processo.

O autor desta rescisória propôs ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança contra Bambila Risola e Anna Luíza Risola Mollo, ambas herdeiras de Vicente Risola.

Alegou-se, então, que Izolina da Silva Barbosa, mãe do autor, embora fosse casada com José Barbosa, vivia em concubinato com Vicente Risola.

Julgada procedente, em primeira instância (fls. 35/39), houve recurso de apelação, provido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (fls. 41/47).

O desembargador-relator principiou o seu voto (fls. 42/43) afastando dois dos fundamentos que estariam contidos na inicial — os incisos II e III do art. 363 do Código Civil —, pois, ao narrar os fatos, o autor teria feito menção somente ao fato de que, à época da concepção, a mãe do autor e o investigado viviam em concubinato.

Descartou, igualmente, o relator (fls. 43/44) a «questão relativa à impossibilidade jurídica, por vedação, no direito material, da investigadora de paternidade resultante de adulterinidade **a matre**, sem a contestação da legitimidade pelo marido». Segundo, ainda, o citado magistrado, o exame de tal problema não se fazia necessário:

«porque o reconhecimento do concubinato leva a aquela situação em que se impõe reconhecer a separação de fato entre o marido e mulher que com outro se concubinou, situação que a construção pretoriana, resultante de inúmeros julgados, principalmente do Supremo Tribunal Federal, equiparou à ação negatória de paternidade, para efeito de excluir a presunção **pater is est**, presunção legal mista que tem como pressuposto a vida em comum dos cônjuges, a coabitação deles.

Então admitida a existência do concubinato da mulher casada com outro homem há que se admitir a possibilidade jurídica do reconhecimento, com base no mesmo concubinato, do filho adulterino **a matre**».

Feitas tais considerações, passou o desembargador Hélio Costa, relator, a apreciar a prova (fls. 44/45):

«**In casu**, não provou o concubinato em sua feição clássica, na qual é requisito a vida **more uxorio**, e nem, pelo menos à época da concepção do Autor, a sua configuração dentro do conceito moderno em que tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm estabelecido serem seus requisitos, para que se considere existente como fato de que se possa presumir a paternidade ilegítima, a estabilidade das relações, uma certa notoriedade da união e a aparente fidelidade da mulher (**Arnoldo Medeiros Fonseca, *in*** Investigação de Paternidade, § 156).

Ora, está demonstrado exuberantemente que, à época da concepção e nascimento do autor, sua mãe convivia com o marido no mesmo lar e esta circunstância por si só exclui o requisito da aparente fidelidade da mulher ao homem que se apontou como seu concubino, pois que fidelidade da mulher significa sua posse sexual com exclusão de qualquer outro homem, como está na conceituação de **Soares de Faria** (***in*** Investigação de Paternidade Ilegítima), requisito sem o qual as relações sexuais, embora prolongadas ou reiteradas, não bastam para justificar qualquer presunção (**Arnoldo Medeiros da Fonseca**, ob. cit., § 161).

Logo, não provado o fundamento da demanda, não pode ela ser acolhida».

Embora reconheça que a mãe do autor manteve relações sexuais com o investigado, aduz o desembargador-relator as seguintes razões pelas quais tal fato não bastava à procedência da demanda (fl. 45):

«porque se não houve ação negatória de paternidade legítima e nem fatos outros dos quais se pudesse inferir a contestação a ela pelo pai presumido, como seja, a separação de fato do casal já existente quando da concepção, constitui impossibilidade jurídica o reconhecimento forçado da filiação adulterina **a matre.**

(...) porque, convivendo a mulher com o seu marido sob o mesmo teto quando da concepção e nascimento do Autor, a comprovação de seu adultério poderá gerar dúvida sobre se o verdadeiro pai era o marido ou amante, mas

não poderá nunca fazer o julgador caminhar, por via do raciocínio, ao fato por provar, ou seja, qual a paternidade a ser presumida».

(...) porque, se a circunstância de considerar-se alguém pai de outrem pode ser tida como reconhecimento tácito da paternidade, não o será reconhecimento expresso e é este que a lei reconhece como ponto de partida para a demonstração do **fatum probandum**, que é a paternidade que se pretende provar».

No mesmo sentido votou o desembargador José de Castro (fl. 46):

«Realmente, o que se vê dos autos é que o Autor, propondo ação de investigação de paternidade **a matre** contra os Réus, alega que é filho adulterino em razão das íntimas relações entre sua mãe Isolina da Silva Barbosa e o falecido Dr. Vicente Risola, pai dos Réus.

Acontece que a D. Isolina da Silva Barbosa foi casada com José Vítor Barbosa, e o Autor Antônio Carlos da Silva Barbosa nasceu na constância desse casamento, não existindo nos autos nenhuma prova de que José Vítor Barbosa tenha contestado, por qualquer meio, a paternidade do Autor. Também não há qualquer prova de que tenha a mãe do Autor sido amasiada com o Dr. Vicente Rizola e que por ocasião do nascimento do Autor estivesse ela separada do marido José Barbosa. Nessas condições, embora haja prova de relações sexuais entre a mãe do Autor e o pai dos Réus, contudo isso não prova seja ele filho do falecido Vicente Rizola. O artigo 343 do Código Civil diz claramente que «não basta o adultério da mulher com quem o marido vivia sob o mesmo teto para ilidir a presunção legal de legitimidade da prole».

Assim, o que está legalmente provado é que o Autor é filho de D. Isolina da Silva Barbosa e seu legítimo esposo José Vítor Barbosa, como está na certidão de nascimento de fl. 8».

Interposto recurso extraordinário (fls. 48/52), dele não conheceu a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (fls. 69/97), pelos seguintes motivos, resumidos na ementa do julgado, lavrada pelo Ministro Néri da Silveira, relator para o acórdão:

«**Investigação de paternidade**. Presunção de legitimidade da filiação, se o autor nasceu na constância do casamento. Código Civil, art. 340. Cabe, privativamente, ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher. Código Civil, art. 344. De acordo com o art. 343 do Código Civil, não basta sequer o adultério da mulher, com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para ilidir a presunção legal de legitimidade da prole. Não é suficiente, outrossim, a confissão materna para excluir a paternidade (CCB, art. 346). Hipótese em que os pais do autor, casados, viviam sob o mesmo teto, não havendo, por parte do marido, até a morte, contestação da legitimidade do filho, que registrou, logo após o nascimento na forma da lei. Não há

como desprezar a paternidade legítima, não contestada, existente convivência conjugal e não comprovada a situação prevista no art. 340, I, do CCB, para reconhecer paternidade ilegítima, contestada na ação pelos herdeiros do investigado, sem comprovação, também, de concubinato. Não é possível emprestar, assim, à prova produzida, na ação de investigação de paternidade, aptidão para afastar a presunção legal da paternidade legítima. Alegação improcedente de negativa de vigência do art. 1° da Lei n° 883/1949, e do art. 363, III, do CCB. O acórdão não afirmou que escrito do investigado não possa servir de base à ação investigatória da paternidade ilegítima. Ao não reconhecer a procedência da ação, o aresto não vulnerou o art. 363, III, CCB, mas teve em consideração, com preferência, as regras dos arts. 337, 340, 344 e 347, todos do Código Civil. Recurso extraordinário não conhecido».

Em seu voto sobre a preliminar de conhecimento, o Ministro Néri da Silveira afirmou (fl. 89):

«Em verdade, o acórdão afirmou ter resultado exuberantemente provado que, ao ensejo da concepção, antes e depois dela, a mãe do investigante mantinha com seu marido uma situação de convivência conjugal, que fazia presumir a permanência do estado de casados. Nesse particular, não resta, segundo o acórdão, nenhuma dúvida: o casal mantinha a situação de convivência sob o mesmo teto».

Em seguida, o Ministro-Relator reproduziu os seguintes dispositivos do Código Civil:

«Art. 340. A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts. 337 e 338), só se pode contestar, provando-se:

I — que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte e um dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedido ao nascimento do filho.

II — que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados».

«Art. 341. Não valerá o motivo do artigo antecedente, n° II, se os cônjuges houverem convivido algum dia sob o teto conjugal».

«Art. 343. Não basta o adultério da mulher, com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para elidir a presunção legal de legitimidade da prole».

«Art. 344. Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher (art. 178, § 3°)».

«Art. 346. Não basta a confissão materna para excluir a paternidade».

«Art. 347. A filiação legítima prova-se pela certidão do termo do nascimento, inscrito no registro».

Argumentou o Ministro Néri da Silveira, quanto ao aspecto da continuidade da vida em comum dos cônjuges (fl. 90):

«Ora, havia um estado de convivência conjugal sob o mesmo teto, como disse, antes da concepção, durante a gestação e depois do nascimento. O marido registrou o filho como seu. Há em favor dessa relação jurídica, assim constituída, uma presunção, que promana da lei. Daí o acórdão haver afirmado que, inocorrendo a manifestação do pai, contestatória da paternidade, não há como afastar os princípios que decorrem da lei civil, para manter essa paternidade. O máximo que se poderia admitir era uma incerteza quanto à paternidade. Assevera-se nos autos:

«(...) que existiriam relações de concubinato envolvendo a mãe do investigante, mas não havia comprovado o estado de concubinos, vivendo sob o mesmo teto, **more uxorio**». Ficou, ao contrário, provado que a coabitação de marido e mulher prosseguiu, permanentemente, entre o casal, legitimamente, consorciado».

.....

«(...) Se o pai não contestou, ao contrário, proclamou sua paternidade, tanto que registrou o filho, imediatamente após o nascimento, e em nenhum momento contraditou esse reconhecimento, não me parece possível que, depois, se admita venha a confissão da mãe, a quem a lei (CCB, art. 346) não confere aptidão para excluir a paternidade, desfazer a presunção de legitimidade de filho nascido na constância do casamento. Nem se há de conferir aos documentos invocados aptidão para destruir o efeito jurídico que dimana de uma presunção legal.

Entendo que, realmente, não há negativa de vigência ao art. 1°, da Lei 883/49, porque o acórdão não negou, — dissolvida a sociedade conjugal, também pela morte do investigado —, pudesse ser aforada a ação de investigação. O acórdão não reconheceu o autor carecedor de ação. Por isso mesmo, não negou vigência ao art. 1° da Lei n° 883/49. De outra parte, não negou, também, o acórdão, vigência ao art. 363, n° III, do Código Civil, porque não asseverou que escritos do investigado, reconhecendo expressamente a paternidade, não possam servir de base à procedência de ação investigatória. O que o aresto não reconheceu foi a procedência da ação, em face precisamente da vigência da sociedade conjugal e da constância do casamento, à época da concepção do investigante, fatos que teve por proeminentes no debate, conduzindo à conclusão adotada.

Do exposto, não conheço do recurso extraordinário».

Em voto-vista, o Ministro Rafael Mayer fez um resumo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que admite a dispensa da constatação da filiação, pelo pai, explicando que «a relativização da presunção de legitimidade somente se autoriza pelas circunstâncias que evidenciem a impossibilidade da procriação pelo pai presumido, o que teria sido, no caso, o concubinato, a excluir a convivência conjugal e afirmar a exclusividade da posse sexual da mãe pelo in-

vestigando» (fl. 97). No entanto, o citado magistrado, acompanhando o Relator, afirmou que o convívio dos cônjuges, antes e após o nascimento do autor, além da inexistência de prova de que o varão estava impossibilitado de procriar, inviabilizava a pretensão deduzida.

Ademais, no que tange ao art. 363, III, do Código Civil, entendeu o Ministro Rafael Mayer que a solução dada pelo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais tornava sem relevo a alegação de que havia escritos provando a filiação. Posta de lado que fosse a contradição da prova documental — ponderou-se no voto — que, não se dando contestação da paternidade e nem separação, de fato, do casal, haveria impossibilidade jurídica do reconhecimento do filho adulterino, pois, neste caso, equivaleria a dar ao pai pretendido pelo autor a titularidade da ação negatória, que é exclusiva do cônjuge varão (fl. 94).

Interpostos embargos de divergência, não foram admitidos, por despacho, atacado por agravo regimental a que se negou provimento (fl. 29).

Ajuizou-se, então, a presente ação rescisória, alegando que o acórdão proferido no recurso extraordinário teria violado literal disposição de lei (CPC, art. 485, V) e estaria fundado em erro de fato (CPC, art. 485, IX).

Em primeiro lugar, pretende o autor que teria sido ofendido o artigo 1° da Lei n° 883/49 e o seu § 2°, introduzido pela Lei n° 7.250/84, que atribuem ação para o filho havido fora do matrimônio obter o reconhecimento da sua relação de parentesco, desde que, respectivamente, esteja dissolvida a sociedade conjugal ou haja separação de fato há mais de cinco anos contínuos.

A violação consistiria no fato de a decisão do Supremo Tribunal Federal ter condicionado o reconhecimento de filiação ilegítima **a matre** ao ajuizamento de ação negatória de paternidade, quando a jurisprudência da própria Corte estaria orientada em sentido contrário (fl. 12).

Ademais, a presunção de paternidade relativa, que deveria ter cedido ante à prova dos autos, estaria fundada em erro de fato: ao invés de José Victor Barbosa, como afirmado na decisão, quem teria registrado o autor foi Vicente Risola — o investigado (fl. 15).

Igualmente, teriam sido desrespeitados todos os três incisos do artigo 363 do Código Civil, de seguinte teor:

> «Art. 363. Os filhos ilegítimos de pessoas que não cabiam no art. 183, n°s I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação:
>
> I — Se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai.
>
> II — Se ao tempo da concepção do filho reclamante coincidiu com rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela.
>
> III — Se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente».

Para que fosse possível o reconhecimento de que trata o **caput** do dispositivo transcrito, bastaria ao autor provar a existência do concubinato entre Vicente Risola e Isolina da Silva Barbosa, no momento da concepção do autor, intento alcançado na instrução probatória (fls. 18/21).

Afirma a petição (fl. 18): «ficou sobejamente comprovado, nos autos, que a mãe do ora Autor manteve relações sexuais com o investigado de forma duradoura, ainda que na constância do casamento com José Barbosa».

Entretanto, a violação ao primeiro dos incisos estaria em que o voto condutor do Ministro Néri da Silveira teria exigido do citado concubinato o requisito **more uxorio**, em contradição com a Súmula nº 382 do Supremo Tribunal Federal, assim enunciada:

> «A vida em comum sob o mesmo teto, **more uxorio**, não é indispensável à caracterização do concubinato».

No particular, conclui a inicial (fl. 21):

> «Desse modo, dispensado o requisito da vida em comum **more uxorio** e comprovado nos autos por meio de farta prova documental e testemunhal, como acentua o douto parecer da Procuradoria-Geral e o v. acórdão rescindendo, as relações de concubinato mantidas entre a mãe do reclamante e o investigado, à época da concepção do investigante, o v. acórdão rescindendo, ao não conhecer do apelo extremo, negou vigência aos incisos I e II do art. 363 do Código Civil».

Por fim, argumenta-se que o artigo 363, III, do Código Civil teria sido desrespeitado, ao se desprezar o conjunto de documentos em que Vicente Risola reconheceria a paternidade do autor desta ação rescisória.

Antes de mais nada, é preciso dizer que, no curso de todo o processo cuja decisão ora se pretende rescindir e no presente feito, jamais foi posta em dúvida a seguinte circunstância: Isolina da Silva Barbosa, a mãe do autor, apesar de morar sob o mesmo teto de seu marido, José Victor Barbosa, mantinha relações sexuais com Vicente Risola.

A petição inicial da ação rescisória, como já se observou, insiste na tese de que os fatos descritos no parágrafo imediatamente anterior, na conformidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, dariam ensejo à rescisão do acórdão proferido no recurso extraordinário, vez que não é necessária, para o reconhecimento de filiação ilegítima **a matre**, a ação negatória do pai presumido e nem o concubinato deve atender ao requisito **more uxorio.**

Ocorre, entretanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal citada foi construída em consideração a casos cujos pressupostos de fato são diversos do presente.

O Ministro Rodrigues Alckmin resumiu, na ementa do RE nº 80.751, RTJ 80/565, citado pelo Ministro Rafael Mayer em seu voto na decisão rescindenda, a orientação do Supremo Tribunal Federal:

«Investigação de Paternidade. Filiação ilegítima. O Supremo Tribunal Federal tem admitido a investigação, quando o pai presumido, embora sem propor a ação específica, repudia a paternidade por forma inequívoca; e, ainda, quando a concepção teve lugar durante a efetiva separação do casal».

No seu voto-vista (RTJ 80/567-569), que terminou por prevalecer, o Ministro Rodrigues Alckmin fez uma ampla retrospectiva dos precedentes do tema:

«Nesta Primeira Turma, no julgamento do RE 71.169-SP, ponderou o Ministro Aliomar Baleeiro:

«No RE 56.684, do Pleno, 10-8-1964, unânime, não houve contestação do marido da concubina, que já estava grávida do investigado quando dele se desquitou.

(...)

O voto do relator, o eminente Ministro Victor Nunes, admitiu a investigação quando a investigante foi concebida **durante a efetiva separação do casal**. Vou lê-lo:

«A jurisprudência vem abrandando a exigência da contestação contenciosa da paternidade. O Supremo Tribunal Federal tem admitido a investigação, em casos de adulterinidade **a matre**, quando o pai presumido, embora sem propor ação específica, repudia a paternidade por forma inequívoca, e ainda quando a concepção teve lugar durante a efetiva separação do casal. Vejam-se além do acórdão citado no relatório: RE 46.135, de 10-7-62, DJ 28-8-63, p. 749; RE 51.269, de 3-9-63, DJ 7-11-63, p. 1107; AR 608, de 9-12-63, DJ 7-5-64, p. 211 e também as referências contidas no Ag. 29.411, de 28-5-63, e no RE 55.696, de 19-6-64.

No caso presente, ainda que não se tenha por inequívoca, no desquite, a negação da paternidade presumida, já que a filha estava apenas concebida, verificou-se a condição alternativa: o casal se achava efetivamente separado, e à separação seguiu-se o concubinato do investigado com a mãe do investigante. Em tais circunstâncias, a filha ficaria prejudicada, injustamente, com a prevalência da presunção **pater est**, que a prova dos autos não ampara».

O Relator para o acórdão do RE 80.751, passa, então, a rememorar outros casos análogos (RREE nºs 56.684, 64.445 e 56.892) em que há exigência da circunstância fática da separação dos cônjuges, à época da concepção, para o reconhecimento da filiação ilegítima **a matre.**

Igualmente, nos acórdãos citados pelo autor (fl. 11), que permitem a investigação, sem a contestação do pai presumido, a necessidade da separação, ainda que de fato, do casal que contraiu justas núpcias está presente.

Vejam-se a propósito as ementas seguintes:

RE 80.747 — Relator: Ministro Bilac Pinto

«Investigação de paternidade, Adulterinidade **a matre**. Possibilidade.

Ação de investigação de paternidade proposta após a dissolução da sociedade conjugal por desquite. Separação de fato anterior ao nascimento dos investigantes. Procedência da ação. Investigação admitida pela Jurisprudência STF».

RE 70.841 — Relator: Ministro Aliomar Baleeiro

«Investigação de paternidade — Adulterino.

É admissível nos termos da Lei 583/49, se intentada depois de falecido o pai casado, e desquitada a genitora, vivia esta em estável concubinato com ele, depois de efetivamente separada do marido muito antes da concepção».

Ademais, a contestação está repleta de julgados em idêntico sentido (fls. 791/797).

A argumentação do autor está, portanto, embasada em premissa equivocada. Para que o Supremo Tribunal Federal reconheça filiação da espécie ora examinada, nas hipóteses em que não haja repúdio pelo pai presumido, seria suficiente a prova da existência do concubinato à época da concepção do investigante.

Entretanto, já se viu, o Tribunal restringe tal conclusão aos casos em que há, pelo menos, uma separação de fato dos cônjuges que contraíram justas núpcias.

Se, por um lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite, num abrandamento do Código Civil, a investigação, sem o requisito da ação denegatória, é de se ver que a interpretação dada pela Corte, como ela mesma reconheceu nos precedentes levantados e no acórdão impugnado nesta ação, encontra limites em outro dispositivo da lei civil — o artigo 343, citado no voto condutor do Ministro Néri da Silveira, de seguinte teor:

> «Não basta o adultério da mulher, com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para ilidir a presunção legal de legitimidade da prole».

A limitação que se impôs no acórdão em causa atende a elementar princípio de lógica. É indiscutível que a presunção da legitimidade da prole não deve prevalecer, quando a razão da sua instituição esteja ausente. Assim, se os cônjuges estão fisicamente impossibilitados de procriar, não há sentido na manutenção da ilação estabelecida em lei. Entretanto, e esta é a hipótese dos autos, prolongando-se a situação de convivência entre marido e mulher, à época da concepção e posteriormente ao nascimento do investigante, a presunção de legitimidade deve incidir. Por outras palavras: havendo a grande possibilidade de ser o pai presumido o biológico, segue-se a aplicação do princípio estabelecido na lei.

É certo que o autor alega que os cônjuges, embora habitassem sob o mesmo teto, ocupavam «quartos separados» (fl. 21). Entretanto, a ação rescisória não se presta a corrigir tal tipo de situação, vez que, no recurso extraordinário, o Supremo Tribunal

Federal estava preso ao quadro fático estabelecido no julgamento da apelação, que não faz menção a esta característica. Desse modo, a presente ação, no particular, teria êxito se a técnica do extraordinário comportasse o reexame de provas, a que, então, estaria a Corte obrigada. Obviamente, tal não é o caso.

Feita esta longa consideração, que nos pareceu imprescindível à correta solução do caso, resta, pois, enfrentar os diversos argumentos aventados na inicial.

Descarta-se, de plano, a alegada ofensa ao inciso II do artigo 363 do Código Civil, que pressupõe a ocorrência de rapto da mãe, ao tempo da concepção do investigante. É evidente que citado dispositivo não guarda a menor conexão com a espécie, dado que não se cogitou, em momento algum, do rapto de Isolina da Silva Barbosa.

Pelos motivos já deduzidos, descabe falar, igualmente, em violação aos demais incisos do aludido dispositivo. A incidência destes só tem lugar, quando não ocorra o fato impeditivo do convívio entre os cônjuges legalmente unidos.

Idêntica consideração vale, no que tange às ofensas relativas à Lei nº 883/49. Não se negou a possibilidade do reconhecimento, apenas realizou-se interpretação sistemática da legislação civil, segundo a qual, o artigo 343 do Código Civil, **in casu**, exclui a incidência do diploma extravagante.

Igualmente, irrelevante a alegação de que teria sido cometido erro, em relação ao fato que servia de base à presunção a que se aludiu: ao contrário do afirmado no acórdão, teria sido Vicente Risola e não José Victor Barbosa quem registrou o investigante. Basta dizer, no particular, que a presunção de legitimidade decorre não do ato jurídico de declarar o nascimento, mas do casamento.

Por fim, quanto ao argumento de que o concubinato aludido deveria atender ao requisito **more uxorio**, vale lembrar que este aspecto só se revestia de importância, caso se entendesse que o inciso I do artigo 363 do Código Civil devesse prevalecer sobre a presunção legal em questão.

Em face do exposto, opina o Ministério Público Federal pela improcedência da ação rescisória».

É o relatório.» (Fls. 866/81)

Aposentado S. Exa., tornou-se relator o Ministro **Celso de Mello** (fl. 844), que deferiu, à fl. 915, a habilitação do Espólio do autor, representado pela inventariante **Lourdes Henrique**, para prosseguir na relação processual (fl. 915).

Tendo S. Exa. assumido a presidência do Tribunal, e achando-se impedido seu sucessor regimental, Ministro **Sepúlveda Pertence** (fls. 522 e 826), foi-me redistribuído o feito, por sorteio, em 29 de maio do corrente ano (fl. 922).

É o relatório, do qual cópias deverão ser oportunamente distribuídas aos Senhores Ministros.

Encaminhem-se os autos ao eminente Revisor.

VOTO

O Sr. Ministro Octavio Gallotti (Relator): Eis o que dispunham o Art. 1° e seu § 2° (*este introduzido pela Lei nº 7.250/84*), ambos da Lei nº 883, de 1949,

que teriam sido literalmente violados pelo acórdão rescindendo:

«Art. 1° Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare a filiação.

.....

§ 2° Mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 (cinco) anos contínuos.»

Jamais cogitou, porém, a decisão da Segunda Turma, de recusar a possibilidade da investigação por ter sido o filho havido durante a sociedade conjugal. Limitou-se a fazer valer os preceitos dos artigos 340 a 343, 344, 346 e 347 do Código Civil, cuja vigência foi expressamente mantida pela citada Lei n° 883.

Para ilidir a presunção da legitimidade desses dispositivos — reproduzidos no relatório que precede este voto — especialmente do art. 344, segundo o qual cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher — alega o autor que estivera sua mãe separada de fato do cônjuge. O contrário, adveio, porém, da prova colhida na ação originária, como reafirmado no voto do eminente Ministro **Néri da Silveira:**

«Em verdade, o acórdão afirmou ter resultado exuberantemente provado que, ao ensejo da concepção, antes e depois dela, a mãe do investigante mantinha com seu marido uma situação de convivência conjugal, que fazia presumir a permanência do estado de casados. Nesse particular, não resta, segundo o acórdão, nenhuma dúvida: o casal mantinha situação de convivência sob o mesmo teto.» (RE 93.886, fl. 89 e RTJ 113/1121)

Diante dessa mesma situação de fato, cuja prova não mais pode ser revolvida na rescisória proposta por violação de lei (art. 485, V, do CPC), é de ser, igualmente, afastada a assertiva de contrariedade de qualquer dos incisos do art. 363 do Código Civil, cuja aplicação à espécie ficou prejudicada, como se viu, pela obediência devida à exigência de prévia excludente da presunção da paternidade legítima, estatuída nos artigos 340 a 344, 346 e 347.

Essa presunção, estabelecida em termos absolutos pelo art. 344 do Código Civil, foi abrandada, por construção pretoriana, para dela vir a ser excluída a hipótese de separação de fato do casal. Repelida, todavia, essa relevante circunstância pela prova já insusceptível de revisão, preterir, ainda assim, a presunção legal da paternidade legítima, como quer o autor, seria, a pretexto de fazer incidir o art. 363, violar — aí sim — e literalmente, o art. 344 do mesmo Código Civil.

Resta, então, apreciar o fundamento subsidiário extraído do item IX do art. 485 do Código Civil, mencionado na inicial, mas em que já não chegam a insistir as bem lançadas razões finais do autor (fl. 832).

Consistiria, o suposto erro de fato, na afirmação, inserta no voto do relator para o acórdão rescindendo, a respeito de haver sido o filho registrado pelo marido como seu.

Foram duas, na verdade, as certidões acostadas à petição inicial, ambas registrando o nascimento de filho legítimo em 2 de março de 1936:

a) constando da de fl. 98 (doc. 13) o nascimento de Antônio Carlos Risola, filho de Antônio Carlos Risola e de Isolina da Silva Risola;

b) a de fl. 99 (doc. 14), dando conta do nascimento de Antônio Carlos da Silva Barbosa, filho de José da Silva Barbosa.

Em uma e outra assentadas, foi declarante o investigado Vicente Risola, o que pode ser motivo de estranheza, jamais, contudo, suscetível de equiparar-se à contestação do pai, de modo a ilidir a presunção estabelecida no art. 344, em que residiu o fundamento essencial do acórdão rescindendo.

Ora, para servir de fundamento à rescisão, deveria o erro ser decisivo — o que aqui não ocorre —, para a conclusão alcançada no acórdão. Assim tem sempre entendido o Supremo Tribunal, do que é exemplo o precedente firmado na Ação Rescisória nº 1.306, relator o eminente Ministro **Moreira Alves:**

«Ação Rescisória.

O erro de fato que dá margem à rescisória é aquele que, observados os requisitos do inciso IX do art. 485 do Código de Processo Civil, serve de fundamento à sentença rescindível, que teria chegado à conclusão diversa, não fora ele.» (RTJ 136/55)

Ante o exposto, julgo improcedente a ação, condenado o autor a honorários de advogado correspondentes a 10% (dez por cento) do valor da causa.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Presidente e Revisor): O argumento básico do acórdão do Tribunal de Justiça, confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, é no sentido de que, ao ensejo da concepção, a mãe do investigante mantinha com o seu marido situação de convivência conjugal. (Cód. Civil, arts. 340 e 341). Não basta a alegação ou mesmo ocorrência de adultério para desfazer a presunção legal decorrente desse fato (Cód. Civil, art. 343).

Com essas breves considerações, que constituem o resumo das notas que tomei, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Sr. Presidente, pelo que vimos do relatório, a ação de investigação acabou julgada improcedente.

A presunção da paternidade dos filhos havidos pela mulher, na constância do casamento, não foi elidida pela prova.

Os filhos havidos pela mulher, na constância do casamento, presumem-se filhos do marido.

As certidões poderiam ser provas relevantes se o declarante fosse o marido da mãe.

No caso, como esclareceu o Ministro-Relator, é exatamente o investigado.

O reconhecimento, por parte do investigado, não elide a presunção da paternidade por parte do marido da mãe.

Ela independe de prova.

A regra absoluta do art. 344, c/c o art. 338, da presunção da paternidade enfraqueceu-se.

Perdeu a natureza de absoluta com a evolução da sociedade.

A possibilidade de se interpretar a expressão «constância do casamento», não a constância legal, mas a constância de fato, retira a natureza de absolutividade.

Tendo em vista essas considerações, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

Julgo improcedente a ação.

VOTO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Sr. Presidente, também não vislumbrei, ao longo de toda essa exposição, qualquer violação aos dispositivos apontados que pudesse justificar a procedência da ação rescisória.

Entendo que, na espécie, aqueles pressupostos a que se refere o artigo 340 do Código Civil não foram cumpridos. Diz o Código Civil:

«Art. 340. A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts. 337 e 338), só se pode contestar provando-se:

I — Que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte e um dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedido ao nascimento do filho.

II — Que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados.»

Por outro lado, o artigo 344 é taxativo ao afirmar que:

«Art. 344. Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher.»

Essa hipótese não ocorreu, como se viu do voto do eminente Relator e, inclusive, do que decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Assim sendo, o meu voto é no sentido de acompanhar o eminente Relator para também julgar improcedente a ação rescisória.

PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, tenho sérias dúvidas sobre a ênfase dada pela Corte de origem, e também pela Primeira Turma deste Tribunal, à circunstância de a paternidade não haver sido contestada pelo marido. Essa dúvida, diante da articulação sobre a violência ao artigo 1° da Lei n° 883/49, leva-me a um exame mais aprofundado das peças destes autos, a partir do acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Por isso, vou pedir vênia a V. Exa., ao nobre Ministro-Relator e aos Ministros que me antecederam na votação, para ter vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

AR 1.244 — MG — Rel.: Min. Octavio Gallotti. Rev.: Min. Carlos Velloso. Autor: Espólio de Antônio Carlos da Silva Risola, por sua inventariante Lourdes Henrique (Advs.: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi e outros). Réus: Anna Luiza Risola Mollo e outros (Adv.: Fernando Neves da Silva).

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Octavio Gallotti (Relator), Carlos Velloso (Revisor), Nelson Jobim, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão, que julgavam «improcedente» a ação, nos termos do voto do Relator, o julgamento foi «suspenso» em virtude do pedido de «vista» formulado pelo Sr. Ministro Marco Aurélio. Impedido o Sr. Ministro Sepúlveda Pertence. Falaram, pelo autor, a Dra. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, e, pelos réus, o Dr. Evandro Luís Castello Branco Pertence. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Celso de Mello (Presidente) e Sydney Sanches. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso (Vice-Presidente).

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 22 de abril de 1999 — Gisele Menegale, p/ Coordenador.

VOTO (Vista)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Na assentada em que teve início o julgamento desta rescisória, afastou o Relator as causas de pedir apontadas na inicial. Consignou não haver a decisão da Primeira Turma implicado entendimento sobre a impossibilidade de investigação por ter sido o filho havido durante a sociedade conjugal, concluindo, assim, incólume a regra da Lei nº 883, de 1949 no que a viabiliza. Sua Excelência ressaltou que a Turma «limitou-se a fazer valer os preceitos dos artigos 340 a 343, 344, 346 e 347 do Código Civil», cuja vigência fora mantida pela Lei nº 883/49. O Colegiado teria observado o disposto no artigo 344 (segundo o qual cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher), considerada a circunstância de não ter o investigante comprovado que a respectiva genitora estivera separada de fato. Deixou-se registrado no acórdão que:

> Em verdade, o acórdão afirmou ter resultado exuberantemente provado que, ao ensejo da concepção, antes e depois dela, a mãe do investigante mantinha com seu marido uma situação de convivência conjugal, que fazia presumir a permanência do estado de casados. Nesse particular, não resta, segundo o acórdão, nenhuma dúvida: o casal mantinha situação de convivência sob o mesmo teto.

Daí haver o Relator desta rescisória assentado a impossibilidade de concluir-se pela violência à lei, tendo como premissa maior, portanto, a continuidade da permanência do estado de casados. Afastou, ainda, a transgressão ao artigo 363 do Código Civil, asseverando que restara prejudicada, na espécie, a aplicação do dispositivo, porquanto não fora afastada a presunção da paternidade legítima prevista nos artigos 340 a 344, 346 e 347 do referido Código. A presunção do artigo 344 teria sido abrandada por construção jurisprudencial.

Quanto ao erro de fato, fez ver o Relator que a Turma não o cometeu, isso à luz da assertiva de que o filho fora registrado pelo próprio marido. Duas certidões teriam sido acostadas aos autos: a primeira, a de folha 98, revelando o nascimento de Antônio Carlos Risola como filho de Antônio Carlos Risola e de Isolina da Silva Risola, a segunda, de folha 99, dando conta do nascimento de Antônio Carlos da Silva Barbosa, filho de José da Silva Barbosa. Em uma e outra fora declarante o investigado Vicente Risola, sem que isso possa ser visto, consoante o Relator, como contestação do pai à paternidade. O erro não se mostrara decisivo. Daí a improcedência do pedido formulado na rescisória.

Acompanhou o Relator o Ministro Carlos Velloso, fazendo-o na qualidade de Revisor e mediante o seguinte voto:

> O argumento básico do acórdão do Tribunal de Justiça, confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, é no sentido de que, ao ensejo da concepção, a mãe do investigante mantinha com seu marido situação de convivência conjugal. Não basta a ocorrência de situação de adultério para desfazer-se a presunção legal decorrente desse fato.
>
> Com essas breves considerações refletindo o resumo das notas que tomei, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator.

Seguiu-se o voto do Ministro Nelson Jobim, aludindo à presunção da paternidade ante o casamento e salientando que as certidões seriam importantes caso fosse declarante o marido da mãe. Concluiu Sua Excelência:

O fato do reconhecimento, por parte do investigado da paternidade, não elide a presunção da paternidade por parte do marido da mãe.

Admitiu que a regra do artigo 344, combinado com o artigo 338 do Código Civil, «da presunção da paternidade enfraqueceu-se, ou seja, perdeu a natureza absoluta com a evolução da sociedade», aludindo à necessária interpretação da expressão «constância do casamento» não como constância legal, mas constância de fato.

Também o Ministro Maurício Corrêa pronunciou-se no sentido de que os pressupostos do artigo 340 do Código Civil não foram cumpridos. Empolgou a disposição do artigo 344, segundo a qual cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher. Assim, além da inexistência de prova sobre encontrar-se o marido fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedido ao nascimento do filho, ou de estarem os cônjuges legalmente separados, teve a regra do citado artigo 344 como absoluta, em que pese à previsão da Lei nº 883, de 1949, segundo a qual «dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare a filiação». Acompanhou, por essas razões, o nobre Relator.

Pedi vista dos autos, consignando:

Senhor Presidente, tenho sérias dúvidas sobre a ênfase dada pela Corte de origem e também pela Primeira Turma deste Tribunal à circunstância, em si, de a paternidade não haver sido contestada pelo marido. Essa dúvida, diante da articulação sobre a violência ao artigo 1º da Lei nº 883/49, leva-me a um exame mais aprofundado das peças destes autos, a partir do acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Por isso, vou pedir à V. Exa., ao nobre Ministro-Relator e aos Ministros que me antecederam na votação vênia para solicitar a vista dos autos.

Havendo-os recebido em 7 de maio de 1999, neles lancei visto, declarando-me habilitado a votar em 16 imediato.

Esta ação rescisória é a derradeira chance de lograr-se êxito em uma caminhada reveladora de verdadeira **via crucis**. A esta altura, alguém, portando o patronímico do investigado — e isso em decorrência de certidão de nascimento que até aqui não se fez fulminada — esmoreceu, tendo em conta as idas e vindas do processo judicial: a vitória lograda perante o Juízo, a reforma da sentença e, nesta Corte, o não-conhecimento do extraordinário, vencidos os Ministros Oscar Corrêa (Relator) e Alfredo Buzaid, em que pese ao parecer da Procuradoria-Geral da República, subscrito pelo Procurador Osvaldo Flávio Degrazia, com o «aprovo» do então Sub-Procurador-Geral da República, Mauro Leite Soares, no sentido do conhecimento e provimento do recurso.

Hoje, o investigante estaria com sessenta e três anos, sendo que intentara a ação de investigação de paternidade cumulada com a petição de herança quando já falecido o investigado, bem como o suposto pai, marido da mãe. O Autor da ação de investigação, após vitória no Juízo, veio a sucumbir no Tribunal de Justiça e, também, na apreciação do extraordinário, por escassa maioria de um voto. Tudo indica não haver suportado tais decisões, porquanto, em ato do mais absoluto desespero, no dia 18 de junho de 1991, deu cabo da própria vida. O atestado de óbito de folha 889 consigna como causa da morte «anemia aguda, ferimento por projétil — arma de

fogo». Não obstante, considerada a habilitação do Espólio, analisem-se os aspectos que se mostram importantes para o desfecho desta rescisória.

Na ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, o Juízo, vivenciando a instrução probatória, pois em contato pessoal com os envolvidos nas demandas, assim equacionou a espécie:

> Adoto o relatório proferido a fls. 68 a 73, pelo juiz que nos antecedeu, com trânsito livre, e que constatou interesse econômico e moral no desate da demanda e considerou as partes legítimas e bem representadas. Após o lançamento do saneador, faleceu Da. Bambina Risola, uma das suplicadas, sendo por isso necessário citar seus sobrinhos, beneficiários de parte dos bens que ficaram por sua morte. Após várias diligências nesta cidade e em outros Estados, foram chamados para integrar a lide os legatários, conforme documentos de fl. e fl.
>
> Trata-se, em síntese, de uma ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança que Antônio Carlos da Silva Barbosa move contra Da. Bambina Risola, Ana Lúcia Molo e Vicente Molo. Diz o autor que é filho do Doutor Vicente Risola, havido de suas relações com Dona Isolina da Silva Barbosa, nascido nesta cidade, no dia 2 de março de 1936 e registrado em Cartório competente às fls. 102 e 103, do Livro 27-A e, ao tempo em que foi concebido, sua genitora estava vivendo com o investigado, harmoniosamente, como se fossem marido e mulher, sob o mesmo teto, sendo que, ao nascer, o Dr. Vicente foi ao Cartório fazer as declarações necessárias para o seu assentamento e tinha um interesse especial por sua formação educacional, chegando a escrever cartas para o então Ministro da Educação, solicitando-lhe a sua boa vontade no sentido de ser transferido como aluno de um estabelecimento de ensino.
>
> Esclarece, mais, que o Dr. Vicente, ao falecer, deixou dois testamentos. No primeiro instituiu como únicos herdeiros o suplicante e sua mãe, dona Isolina, referindo-se à sua pessoa como «afilhado» e, no segundo, foi contemplado apenas com o usufruto de parte dos bens, consignando, nele, no segundo testamento, um pedido aos demais herdeiros para que zelassem por sua manutenção e educação, documento esse que mais uma vez, implicitamente, o reconhece como filho e que não foi observado e nem foram dispensados à sua pessoa os cuidados recomendados pelo **de cujus.**
>
> Os interessados juntaram diversos documentos, fotografias, certidões, cartas particulares, etc., para lastrear suas alegações. A audiência de instrução e julgamento realizou-se em mais de uma fase, com a tomada de depoimento de todas as testemunhas arroladas. Memoriais, à guisa de alegações finais a fl. e fl. O Dr. Promotor acompanhou o desenrolar da ação.
>
> Examinando-se as provas que vieram para os autos, quer testemunhal, quer as documentais, concluímos, com a devida atenção que o caso requer, que dona Isolina da Silva Barbosa foi casada civilmente com José Vítor Barbosa, homem velho, cansado, sexagenário, pobre, doente, enquanto dona Isolina, moça nova, bonita, vivendo seus verdes anos, por desencanto do marido, entregou-se ao Dr. Vicente Risola, cidadão vistoso, com boa posição social e oficial rico, e, juntos, talvez passaram os melhores anos de sua

existência e dessa ligação, que era do conhecimento de uma grande parte de seus amigos, nasceu Antônio Carlos, que daí para frente passou a receber atenções, inclusive assistência financeira e carinhos, estes, veladamente, dado o estado civil da companheira e mãe do garoto.

Os documentos que estão nos autos, todos ou quase todos, em seu conjunto, são favoráveis às pretensões do autor. As fotografias, com traços fisionômicos semelhantes entre pai e filho são indicativos de que um carrega nas veias o sangue do outro e as cartas, em que o amor paternal se faz exaltar, não deixam dúvidas quanto à paternidade do investigante. O depoimento da testemunha Adelina Boleta, fl. 263, arrolada pelos acionados, veio lançar as luzes em alguma sombra de dúvida que pudesse existir quanto à ligação amorosa existente entre o Dr. Vicente e dona Isolina, da qual resultou o nascimento de Antônio Carlos. Foi ela testemunha presencial e ocular dos fatos alegados pelo autor. Por outro lado, na inicial, o autor, através de seu advogado, deixou transparecer a existência de uma outra certidão de nascimento da qual constava a filiação de Dr. Vicente Risola e Dona Isolina. Essa certidão foi juntada à fl. 201, pelos acionados. Prova ela que, efetivamente, Vicente Risola é o pai de Antônio Carlos, muito embora não conste dos assentamentos do Cartório de Registro Civil desta comarca. É um documento valioso, indicativo da vontade férrea de Dr. Vicente Risola para assinalar a paternidade, ocultada por seus familiares em face da sociedade de então, conforme se depreende dos autos, ou se lê nas entrelinhas dos depoimentos de testemunhas.

É cediço, em investigação de paternidade, que a contestação há de versar sobre pontos definidos, que destruam por completo e por completo ilidam os enunciados da inicial, quer alegando a má conduta da mulher, ou ainda a impossibilidade física de ser demandado pai do investigante.

Dona Isolina era efetivamente casada com José Vitor. Este, alquebrado, impotente, ciente de sua impossibilidade física de manter relações sexuais com a esposa, entregou-a, praticamente, nos braços do Dr. Vicente. Marido e mulher, embora vivendo sob o mesmo teto, dormiam separados. Aquele fechava os olhos para o romance da mulher, que no ardor de seus anos de mocidade atendia aos desejos da carne junto ao amante, depoimento de fl. e fl.

Não há, nestes autos, prova de má conduta de D. Isolina com outros homens. Errou, mas errou com o homem de seus sonhos, a quem se entregou, entregando, também, a alma e o coração, e José Vitor, ciente, nada reclamou segundo as testemunhas de fl. e fl. Sua voz não se levantou nunca para censurar o procedimento da mulher porque mais do que ninguém conhecia os motivos de sua conduta. Grande, bem grande era a diferença de idade entre dona Isolina e José Vítor.

A prova documental a que o autor se escorou é importante para o fim almejado, eis que os escritos exibidos estão assinados, como exige a lei, por aquele a quem se atribui a paternidade. A prova testemunhal, por sua vez, não é falha e duvidosa, sendo de jurisprudência que em termos de investigação de paternidade há de ser apreciada com absoluto rigor, principalmente quando os

fatos se passaram há muitos anos atrás. O que se apurou, conforme depoimentos de fl. e fl., é que as relações entre os concubinos foram concludentemente estabelecidas e provadas. No caso vertente, essa prova é suficiente e não gera incerteza.

Dr. Vicente Risola faleceu há tempos. José Vítor, o suposto pai de Antônio Carlos, também é falecido, falecimento este ocorrido bem antes do início da presente ação investigatória. Antônio Carlos foi gerado na constância do casamento, fato que não o impede de intentar a presente demanda. Aliás, os Tribunais modificaram o entendimento a este respeito após a edição da Lei nº 883, de 1949, como por exemplo: Nos termos da Lei 883, de 1949, o filho adulterino só pode investigar a dissolução da sociedade conjugal; essa restrição é imposta pela citada lei como medida de proteção à família legalmente constituída. Mas o filho natural — que já tinha a sua situação definida no Código Civil — pode fazer investigação independentemente do estado civil ou do falecimento do pretendido pai (Rev. Forense, vol. 184, p. 178). E o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já assentou: «Investigação de Paternidade» — «A ação de reconhecimento de paternidade pode ser proposta contra os herdeiros do pai ilegítimo, após a morte de um dos cônjuges, orientação alterada do primitivo projeto da lei 883» (TJMG, **in** «Minas Forense», vol. 4, p. 476).

A respeito, vem muito a propósito a lição do eminente civilista Washington de Barros Monteiro, no seu «Curso de Direito Civil». Direito de Família, p. 244, Edição Saraiva, 1957:

> A lei nº 883, de 21-10-49, porém, preenchendo a lacuna, veio estatuir, no artigo 1º, que «dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, **a ação para que se declare a filiação**» (acrescentamos o grifo).

Prossegue o festejado civilista pátrio:

> «Como se vê, a lei não distingue mais: em qualquer caso de dissolução da sociedade conjugal, quer por desquite, **quer por morte de um dos cônjuges**, possível será o reconhecimento do filho **extra-matrimonium** (Arquivo Judiciário 117/117).

Diante do exposto, julgo procedente a presente ação para declarar Antônio Carlos, o autor, filho e herdeiro universal do Dr. Vicente Risola, procedendo-se, em conseqüência, à alteração de sua certidão de nascimento, na forma da lei, sendo nula, pois, a certidão que o dá como filho de José Vitor Barbosa.

Condeno os acionados ao pagamento de honorários de 20% do valor da causa e às custas apuradas pelo contador do Juízo.

Poços de Caldas, 21 de dezembro de 1978.

Jesus da Cunha Araújo, Juiz de Direito da 2ª Vara (folhas 35 a 39).

Extraem-se dessa peça algumas premissas. Em primeiro lugar, aqueles que, em distanciamento incomum da realidade, observam como dogma sacrossanto a regra do artigo 344 do Código Civil, segundo a qual cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher, devendo fazê-lo no prazo de dois meses contados do nascimento, sob pena de incidir a prescrição,

devem atentar para o afastamento dessa visão, distanciada da realidade, das noções próprias à dignidade do homem, presente o direito de saber e ter como pai quem o gerou, e não de ser filho presumido, pelo artigo 1° da Lei n° 883, de 1949, que reputo simplesmente interpretativo da ordem jurídica então em vigor. De qualquer forma, a ação de investigação de paternidade cumulada com a de petição de herança veio a ser ajuizada quando já falecidos o marido e o investigado. Em segundo lugar, a análise dos elementos probatórios pelo Juízo afigurou-se minudente, restando consignado, até mesmo, o caráter vago da contestação ao pedido. Entrementes, os acionados mostraram-se inconformados com a sentença proferida e, aí, interpuseram apelação. O Tribunal de Justiça, sem proceder ao exame da prova produzida, portanto, sem refutar as ilações formalizadas pelo Juízo, já que teve em conta a subsistência em termos de óbice da matéria de direito, assentou:

a) a ação estaria calcada apenas no inciso I do artigo 363 do Código Civil, no que revela contarem os filhos ilegítimos, contra os pais ou seus herdeiros, com ação para o reconhecimento da filiação, se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai. Daí considerar que o concubinato leva à preexistência da separação de fato entre o marido e a mulher;

b) a convivência dos cônjuges, a coabitação, faz presumir a paternidade (**pater is est**);

c) admitida a existência do concubinato da mulher casada com outro homem, há de se aceitar a possibilidade jurídica do reconhecimento, com base no mesmo concubinato, do filho adulterino **a matre;**

d) o concubinato pressupõe a vida **more uxorio** e esta não ficara provada, mencionando-se a necessidade de provar-se a estabilidade das relações, uma certa notoriedade da união e a aparente fidelidade da mulher;

e) as peças dos autos teriam demonstrado que, à época do nascimento do autor, a mãe convivia com o marido no mesmo lar, fulminando-se, então:

> Esta circunstância por si só exclui o requisito da aparente fidelidade da mulher ao homem que se apontou como seu concubino;

f) não teria havido, no caso, a ação negatória de paternidade legítima pelo marido e nem fatos outros dos quais se pudesse inferir a contestação a ela pelo pai presumido, como a separação de fato do casal quando da concepção;

g) o quadro estaria a conduzir «à impossibilidade jurídica o reconhecimento forçado da filiação adulterina a **matre**»;

h) convivendo a mulher com o marido sob o mesmo teto quando da concepção e nascimento do autor, a comprovação de seu adultério geraria dúvida sobre se o verdadeiro pai era o marido ou o amante, mas não poderia nunca fazer o julgador caminhar, por via do raciocínio, ao fato por provar, ou seja, qual paternidade a ser presumida;

i) a legislação estaria a impor não o reconhecimento tácito da paternidade, mas expresso (folhas 42 e 43).

Pois bem, tem-se que, sob o ângulo do concubinato, a exigência da **more uxoria** implicou a colocação em plano secundário de jurisprudência predominante desta Corte, de fácil constatação, porque estampada no Verbete n° 382: «a vida em comum, sob o mesmo teto, **more uxoria**, não é indispensável à caracterização do concubinato». Aliás, a ordem natural das coisas revela a possibilidade de concepção, ainda que não existente o concubinato. No extraordi-

nário, subscrito pelo profissional da advocacia e emérito professor Celso Agrícola Barbi, argüiu-se, consideradas as premissas do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, reveladoras de ênfase maior aos aspectos ligados à intangibilidade do matrimônio, do casamento, a violência ao artigo 363 do Código Civil, no que preceitua que, se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade reconhecendo-a expressamente, os filhos ilegítimos têm ação para demandar o reconhecimento da filiação. Consoante o sustentado, no acórdão recorrido ter-se-ia relegado a segundo plano o reconhecimento tácito da paternidade ante os atos do investigado. Eis o trecho pertinente do aresto em comento:

> (...) se a circunstância de considerar-se alguém pai de outrem pode ser tida como reconhecimento tácito da paternidade, não será o reconhecimento expresso, e é este que a lei reconhece como ponto de partida para a demonstração do **factum probandum**, que é a paternidade que se pretende provar.

Nas razões do extraordinário, argumentou-se que o Tribunal de Justiça, ao exigir o reconhecimento expresso, teria esvaziado o preceito do artigo 363, inciso III, do Código Civil. Também restou apontada a violência ao artigo 1° da Lei n° 883, no que, segundo o sustentado, o Tribunal de Justiça, apegado ao machismo que norteara a elaboração do artigo 344 do Código Civil, desprezou-o, sufragando a tese de que cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher. O que se nota é que o recurso extraordinário fez-se voltado contra acórdão no qual se entendeu o tema de direito como matéria suficiente à reforma da minuciosa sentença do Juízo, no que examinada à exaustão a prova dos autos, tanto assim que se consignou a «impossibilidade jurídica» do reconhecimento forçado da filiação adulterina **a matre.**

Pois bem, o Relator do extraordinário, Ministro Oscar Corrêa, teve como incontroversos, ante a ausência de refutação pelo Tribunal de Justiça, os fatos e, aí, após transcrever parte do parecer da Procuradoria-Geral da República, concluiu ser errônea a qualificação e valoração jurídica da prova produzida nos autos. Considerou o conjunto probatório como «de inigualável eloqüência, em favor do investigante, tal o vigor e amplitude de que se reveste». Mais do que isso, fez ver que «dificilmente, afirma-se, poderá a prova atingir tal extensão e rigor, em documentos de toda a natureza, que se insertam nos autos, em evidência incontrastável». À luz não só da realidade social, como também da Lei n° 883/49, refutou a óptica do Tribunal de Justiça segundo a qual «descaberia a investigação da paternidade resultante da adulterinidade **a matre**, sem a contestação da legitimidade pelo marido».

Senhor Presidente, dúvidas não pesam sobre o objeto do artigo 344 do Código Civil. Conforme acentuou o Ministro Eloy da Rocha no Recurso Extraordinário n° 64.445 (RTJ 51/826), «a presunção de legitimidade dos filhos atende, principalmente, aos interesses da instituição da família». Por outro lado, esta Corte sempre admitiu, ao menos uma vez dissolvida a sociedade conjugal e nos termos da Lei n° 883, de 21 de dezembro de 1949, a investigação de paternidade do filho adulterino **a matre** independentemente da ação negatória intentada pelo marido, quando verificada a separação de fato. Todavia, acabou prevalecente, contra o voto do Relator e do Ministro Alfredo Buzaid, o convencimento externado pelo Ministro Néri da Silveira.

No acórdão rescindendo apontou-se, em primeiro lugar, que o marido registrara

o filho como seu (folha 90). Ocorre que não se levou em conta a circunstância de haver sido o declarante do nascimento não o pai, ou seja, José Vitor Barbosa, mas o próprio investigado, Dr. Vicente Risola (certidão de folha 99), sendo que, talvez mesmo diante do prestígio que gozava, veio a conseguir uma outra certidão em que aparece não como declarante como na primeira, mas como pai do investigante e que ele próprio, investigado, teria sido o declarante do nascimento (folha 98). No caso dos autos, com o acórdão rescindendo não se adentrou o deslinde dessa controvérsia. Simplesmente ficou assentado que o marido registrara o filho como seu, o que consubstancia erro de fato, a atrair a adequação da rescisória, considerados o inciso IX e o § 1° do artigo 485 do Código de Processo Civil. Cabível é a rescisória fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa, sendo que há erro quando na sentença se admite um fato inexistente ou quando se considera inexistente o fato efetivamente ocorrido.

Na hipótese, sem que tivesse sido dirimida a controvérsia no tocante ao conteúdo das certidões de nascimento, consignou-se, para revelar a improcedência do recurso extraordinário interposto, que o declarante fora o marido e não o investigado, como consta de ambas as certidões. Já aqui tem-se matéria suficiente a conduzir à procedência, em si, da rescisória. Não obstante, há alicerce, ainda, na transgressão ao artigo 1° da Lei 883/49. Potencializou-se o disposto no artigo 344 do Código Civil, como se tal norma, ao restringir a investigação de paternidade à iniciativa do marido, dentro do exíguo prazo de dois meses do nascimento, pudesse ser sobreposta ao espírito do arcabouço normativo e, mais do que isso, à explicitação mediante o artigo 1° da Lei 883/49. Fez consignar o redator do acórdão rescindendo, porquanto autor do voto que conduziu ao desfecho atacado nessa rescisória:

> Não vejo, pois, como afastar a presunção de paternidade legítima, não contestada em nenhum momento pelo pai do investigante, para, desprezando essa paternidade, reconhecer a paternidade ilegítima, contestada na ação pelos herdeiros do investigado, a qual não possui, em seu favor, consoante referi, a presunção que decorre da lei.

Inegavelmente, não contou o investigante com presunção decorrente da lei. Ao contrário, esta estaria direcionada à admissão da paternidade daquele com o qual a genitora se encontrava casada. Ocorre haver ele logrado comprovar, de forma robusta, a insubsistência dessa presunção. Todavia, mais uma vez, tal como ocorrera no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, potencializaram-se, a extremos, conceitos e aspectos ligados à família e à intangibilidade desta e, aí, desprezando-se a admissibilidade da investigação da paternidade pelo filho, porquanto contraria o bom senso refutá-la quando colocada em dúvida, consignou-se, em verdadeira edição de princípio:

> Nosso sistema é baseado na família, que nasce do matrimônio, e a filiação que decorre do matrimônio é legítima. Se o pai não contestou, ao contrário, proclamou sua paternidade — mais uma vez incidiu-se no erro de fato —, tanto que registrou o filho, imediatamente após o nascimento, e em nenhum momento contraditou esse reconhecimento, não me parece possível que, depois, se admita venha a confissão da mãe, a quem a lei (CCB, art. 346) não confere aptidão para excluir a paternidade, desfazer a presunção de legitimidade do filho nascido na constância do casamento. Nem se há de conferir aos

documentos invocados aptidão para destruir o efeito jurídico que emana de uma presunção legal.

Sem dúvida, o lastro maior do acórdão proferido foi a impossibilidade de, sem a iniciativa, em si, do marido, vir-se a questionar a paternidade, uma vez ocorrido o nascimento na constância do matrimônio, como se apenas o homem pudesse ser autor de adultério, o mesmo não se verificando com a mulher, visão esta evidentemente distanciada do dia-a-dia da vida gregária, do arcabouço normativo, para mim simplesmente explicitado pelo artigo 1° da Lei n° 883/49, porquanto, até mesmo antes desta, era possível ter-se ação por parte do filho visando a elucidar paternidade ambígua, isso por não aceitar ser simplesmente presumido. E após tecer mais algumas considerações, sentenciou a Turma, na visão do voto condutor do julgamento:

> O que o aresto não reconheceu foi a procedência da ação, em face precisamente da vigência da sociedade conjugal e da constância do casamento, à época da concepção do investigante, fatos que teve por proeminentes no debate, conduzindo à conclusão adotada (folha 91).

Ao assim decidir, a Turma colocou então em plano secundário as normas de regência da espécie. Ademais, como já consignado, incidiu em cometimento de erro de fato ao asseverar que o declarante do nascimento fora o marido, quando, na verdade, constata-se, pelas certidões anexadas aos autos, que foi o investigado, fato sintomático e consentâneo com as premissas da sentença do Juízo. Mais do que isso, a Turma placitou óptica do Tribunal de Justiça sobre a inviabilidade de ter-se o reconhecimento tácito da paternidade, menosprezando a norma do artigo 363, inciso III, do Código Civil, reveladora da possibilidade de os filhos ilegítimos intentarem ação de investigação para reconhecimento da filiação «se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade reconhecendo-a expressamente». Este reconhecimento fez-se, como ressaltado pelo Juízo, mediante cartas.

Repito: no acórdão rescindendo, ao exigir-se, relativamente ao concubinato e considerada a concepção que pode decorrer de uma simples relação sexual, a convivência sob o mesmo teto, **more uxoria**, abandonou-se a diretriz traçada pelo Código Civil e que restou reconhecida no Verbete 382 da Súmula desta Corte, segundo o qual «a vida em comum, sob o mesmo teto, **more uxoria**, não é indispensável à caracterização do concubinato».

Está-se diante de caso concreto no qual o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, não tendo como refutar a análise da prova procedida pelo Juízo, veio a potencializar óptica distorcida sobre o alcance do arcabouço vigente, olvidando a viabilidade de proceder-se a investigação da paternidade, em que pese ao casal não se encontrar, à época, formalmente separado.

É tempo de corrigir-se a situação resultante do julgado, não considerados os interesses diretos do próprio investigante, mas a persistência daqueles que lhe sucederam. Diria mesmo que este processo encerra uma trágica situação jurídica, contendo elementos que dariam para a elaboração de um livro, cuja trama tem desfecho trágico, distanciado da realidade e, mais do que isso, conflitante com a ordem jurídica. Ao invés de um filho haver herdado, acabaram por fazê-lo parentes consangüíneos, é certo, colaterais, implicando esse desenlace terrível frustração à qual veio sucumbir, ante, até mesmo, a demora no julgamento final desta rescisória, o próprio investigante.

Peço vênia àqueles que me antecederam na votação deste caso para não emprestar endosso ao que entendo ser contrário às normas em vigor, ao Direito e à Justiça. Julgo procedente o pedido formulado na rescisória e, rescindindo o acórdão proferido pela Primeira Turma no julgamento do Recurso Extraordinário nº 93.886/MG, concluo pelo conhecimento e provimento do extraordinário, adotando, assim, as ópticas da Procuradoria-Geral da República, no que oficiou no citado recurso, do Relator, Ministro Oscar Corrêa, bem como do vogal, Ministro Alfredo Buzaid, que o acompanhou.

É como voto na espécie, condenando os réus desta ação rescisória nos ônus da sucumbência, dadas as custas despendidas e os honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor da causa devidamente corrigido.

VOTO

O Sr. Ministro Néri da Silveira: Sr. Presidente, examinei o assunto à época em face do artigo 344, do Código Civil. Penso que não cabe julgar novamente a causa; trata-se, aqui, tão-só, de ação rescisória. Seria necessário, então, que, realmente, se caracterizasse literal violação ao dispositivo legal. O eminente Ministro-Relator, quando do início do julgamento, demonstrou, nesse sentido, a inviabilidade de acolher-se a tese da inicial. Não é de reapreciar os fatos, que foram examinados na instância ordinária. A decisão tomou-se a partir do art. 344, do Código Civil, **verbis:**

> «Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher.»

Vale dizer, existia uma situação de convivência conjugal. O investigante nasceu no seio dessa convivência; o marido, na forma da lei, jamais contestou a paternidade até sua morte. A Turma, em sua maioria, entendeu, aplicando o dispositivo do Código Civil e a jurisprudência da época, que não havia razão para o acórdão ser reformado. Dir-se-á que, reexaminando a prova, esta levaria à conclusão de que existiria uma situação de concubinato.

Assim sendo, Sr. Presidente, mantenho o voto que proferi na Turma e não vendo qualquer violação literal à disposição de lei nessa decisão, julgo improcedente a ação, acompanhando o Ministro-Relator, que analisou amplamente a matéria em seu voto.

EXTRATO DA ATA

AR 1.244 — MG — Rel.: Min. Octavio Gallotti. Rev.: Min. Carlos Velloso. Autor: Espólio de Antônio Carlos da Silva Risola, por sua inventariante Lourdes Henrique (Advs.: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi e outros). Réus: Anna Luíza Risola Mollo e outros (Adv.: Fernando Neves da Silva).

Decisão: «Prosseguindo» no julgamento, o Tribunal, por maioria, «vencido» o Senhor Ministro Marco Aurélio, julgou «improcedente» a ação rescisória, nos termos do voto do Senhor Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, e, neste julgamento, os Senhores Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 9 de junho de 1999 — Gisele Menegale, p/Coordenador.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.305 — DF (Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Néri da Silveira

Requerente: Confederação Nacional dos Integrantes Beneficiários das Forças Armadas e Auxiliares — CONFAMIR — Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional

— Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 1º, *caput*, da Lei nº 8.162, de 8 de janeiro de 1991, termo «*civis*» e expressões «*e o soldo do Almirante-de-Esquadra ficará fixado em Cr$ 129.899,40 (cento e vinte e nove mil, oitocentos e noventa e nove cruzeiros e quarenta centavos)*». 3. Legitimidade ativa da autora não reconhecida. Confederação Nacional dos Integrantes Beneficiários das Forças Armadas e Auxiliares — CONFAMIR, não é confederação, enquanto entidade sindical de terceiro grau, nem entidade de classe de âmbito nacional, não se enquadrando, assim, no art. 103, IX, da Constituição. 4. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida por ausência de legitimidade ativa *ad causam* da entidade autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por votação unânime, não conhecer da ação direta de inconstitucionalidade.

Brasília, 17 de setembro de 1998 — **Celso de Mello,** Presidente — **Néri da Silveira,** Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Relator): Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, requerida pela Confederação Nacional dos Integrantes Beneficiários das Forças Armadas e Auxiliares — CONFAMIR, com apoio no art. 102, inciso IX, da Constituição, objetivando ver declarados inconstitucionais o termo **civis** e as expressões **«e o soldo do Almirante-de-Esquadra ficará fixado em Cr$ 129.899,40 (cento e vinte e nove mil, oitocentos e noventa e nove cruzeiros e quarenta centavos)»**, constantes do **caput** do art. 1º da Lei nº 8.162, de 8 de janeiro de 1991, por incompatíveis com o art. 37, item X, da Constituição.

O dispositivo, cuja inconstitucionalidade argúi a Entidade requerente, possui este teor:

> «Art. 1º A partir de 1º de janeiro de 1991, os vencimentos, salários, proventos e demais retribuições dos servidores civis do Poder Executivo, Autarquias e Fundações Públicas serão reajustados em oitenta e um por cento, e o soldo do Almirante-de-Esquadra ficará fixado em Cr$ 129.899,40 (cento e vinte e nove mil, oitocentos e noventa e nove cruzeiros e quarenta centavos).»

Solicitadas as informações ao Senhor Presidente da República, vieram ao feito com a Mensagem nº 964/95 (fl. 57), instruída com o pronunciamento da Advocacia-Geral da União, no qual, assinalando que «distinções fundamentais se verifica-

vam entre a remuneração dos civis e militares, na data da promulgação da Lei nº 8.162, de 1991, as quais ainda persistem» (fl.60), bem assim que civis e militares tiveram idênticos percentuais de reajustes, assevera (fl. 61):

«11. Incidisse o percentual de oitenta e um por cento igualmente sobre a remuneração dos militares, como pretende a Requerente, até mesmo quando aduz a redação do art. 1º, que haveria de resultar da declaração de inconstitucionalidade requerida, adviriam reajustes em valores diferenciados, inobservando-se a eqüidade e o comando de que a revisão geral se faça sem distinção de índices. É que, para emprestar-se efeito prático à sentença declaratória da inconstitucionalidade, com a redação alvitrada, haver-se-ia de concluir que o supramencionado art. 1º admitiria o reajuste dos valores das parcelas retributivas já modificados pela incidência dos respectivos percentuais sobre o soldo revisto com base no mesmo índice de oitenta e um por cento, ou seja, pretende a Requerente se configure o **bis in idem**: duplo reajuste das parcelas remuneratórias, consistente em calcular seus valores com base no soldo reajustado, aplicando, ainda, neste resultado o percentual de oitenta e um por cento.

12. A proibição de que a revisão geral da remuneração dos servidores civis e militares se efetue sem distinção de índices, inserida no art. 37, inciso I, da Carta, há de ser entendida como obstativa de o resultado do reajuste expressar valores estipendiários percentualmente superiores para determinada classe desses agentes. Aplicação de um mesmo percentual às remunerações, criando distorções e diferenciações revisionais, porquanto as disciplinas dessas retribuições se diversificam na sua essência, negaria a própria finalidade do preceptivo constitucional.»

De sua vez, as informações prestadas pelo Senhor Presidente do Congresso Nacional, constantes do ofício de fls. 224/226, após afirmar que «a alteração do soldo de Almirante-de-Esquadra importa, necessariamente, a alteração da remuneração total do militar», asserem (fl. 225):

«No entendimento do Congresso Nacional, com o qual o requerente concorda, o dispositivo atacado utilizou o mesmo índice de 81% (oitenta e um por cento) tanto para os servidores civis como para os militares — no que guarda estrita conformidade com o art. 37, X, da Constituição.

A inconstitucionalidade estaria no fato de que, em relação aos militares, não foi feita referência à remuneração destes, mas, sim, ao soldo.

Entretanto, é evidente que a Lei Maior não obriga o emprego obrigatório do termo remuneração, mas, sim, que o reajuste atinja todas as parcelas desta.

Tal parâmetro, como visto, foi alcançado pelo dispositivo objeto da presente Ação.»

Com a remessa do processo ao Dr. Advogado-Geral da União, pronunciou-se, às fls. 236/240, pela improcedência da ação, em razão «da total compatibilidade do **caput** do artigo 1º da Lei nº 8.162, de 1991, aos preceitos constantes do Estatuto Político Federal» (fl. 240), após argüir, preliminarmente, a ilegitimidade **ad causam** da requerente.

Oficiando nos autos, opinou a Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 248/252, no sentido de que a ação não comporta conhecimento.

É o relatório, de que cumpre à Secretaria, a teor do art. 172, do Regimento Interno, distribuir cópia aos Senhores Ministros.

VOTO

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Relator): A autora, Confederação Nacional dos Integrantes Beneficiários das Forças Armadas e Auxiliares — CONFAMIR, não é confederação, enquanto entidade sindical de terceiro grau, nem entidade de classe de âmbito nacional, não se enquadrando, assim, no art. 103, IX, da Constituição.

Em seu parecer, a Procuradoria-Geral da República, às fls. 250/251, nessa linha, anota:

«4. O douto Advogado-Geral da União, preliminarmente, alegou a ilegitimidade ativa **ad causam** e, **de meritis**, posicionou-se de acordo com as informações prestadas.

5. Tudo posto, é de se ver que assiste inteira razão à douta Advocacia-Geral da União, no tocante à questão preambular suscitada:

«O exame das disposições estatutárias acima reproduzidas revela que a Requerente não é uma confederação, tal como definido pela Consolidação das Leis do Trabalho (artigos 533, 544 e 535), visto que não se acha integrada por entidades sindicais.

Por outro lado, não é entidade sindical, mas sociedade civil composta por associações, que congregam pessoas dedicadas a atividades econômicas ou profissionais inteiramente distintas. Assim, não possui características de **entidade de classe,** não estando, desta forma, legitimada para a propositura de ações dessa natureza, para os efeitos do inciso IX do artigo 103 da Carta Federal.

Em suma, por força de reiterada jurisprudência desse Egrégio Tribunal, constata-se a inquestionável falta de legitimação ativa **ad causam** da Requerente, donde há de se aguardar seja reconhecida a inexistência de uma das condições da ação, esperando-se a conseqüente declaração de extinção do processo, sem julgamento do mérito, na forma recomendada no inciso VI do artigo 267 do Código de Processo Civil.» (Fl. 239)

6. É, realmente, o que se deduz dos termos dos Estatutos Sociais da Requerente:

«Art. 1º A Confederação Nacional dos Integrantes e Beneficiários das Forças Armadas e Auxiliares (CONFAMIR) é uma sociedade civil, sem fins lucrativos, que objetiva congregar e representar todos os militares, assim como os ex-combatentes e pensionistas, com o intuito de defender os interesses da classe, sem nunca perder de vista a inserção da mesma no campo altos propósitos nacionais e será regida pelo presente estatuto.»

«Art. 5º Podem ser admitidas como filiadas da Confamir as Federações que congreguem nos estados e no Distrito Federal:

I — Associações de militares em geral;

II — Associações de Pensionistas e/ou dependentes de militares;

III — Associações de ex-combatentes;

IV — Associações de veteranos de guerra ou forças especiais;

V — Associações de Beneficiários das FFAA.

Art. 6º Podem ser admitidas também como filiadas da Confamir as associações indicadas nos incisos do artigo quinto enquanto não constituírem federações em seus estados.»

(Fls. 16/17)

7. O Exmo. Sr. Ministro Celso de Mello deixou explicitado, em R. despacho prolatado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.293-2-DF, que:

«O Supremo Tribunal Federal tem salientado, em sucessivos pronunciamentos a propósito da legitimação ativa para o processo de controle abstrato de constitucionalidade, que não se qualificam como entidade de classe aquelas que, **congregando pessoas jurídicas**, apresentam-se — (...) — como verdadeiras **associações de associações** (RTJ 141/3, Rel. Min. **Celso de Mello**).

Em tais hipóteses, tem-se-lhes negado a qualidade reclamada pelo texto constitucional, **pois pessoas jurídicas**, ainda que coletivamente representativas de categorias profissionais ou econômicas, **não formam classe alguma**. Nesse sentido: **ADIn 511**, Rel. Min. **Paulo Brossard**; **ADIn 705**, Rel. Min. **Celso de Mello**; **ADIn 947**, Rel. Min. **Sydney Sanches**; **ADIn 967**, Rel. Min. **Celso de Mello**; **ADIn 993**, Rel. Min. **Celso de Mello**; **ADIn 1.079**, Rel. Min. **Celso de Mello**, v.g.)»

(in DJ de 16-6-95, pp. 18309/18311)»

Do exposto, preliminarmente, não conheço da ação, adotando a fundamentação supra, por falta de legitimidade ativa **ad causam** da autora.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sr. Presidente, estou de acordo sem entrar em contradição com a minha militante oposição ao veto oposto à legitimidade do que se tem chamado de «associação de associações».

Tenho defendido a legitimação das associações de associações homogêneas. No caso, trata-se de um conglomerado heterogêneo de associações de todos que tenham algo a ver com o quartel.

EXTRATO DA ATA

ADI 1.305 — DF — Rel.: Min. Néri da Silveira. Reqte.: Confederação Nacional dos Integrantes Beneficiários das Forças Armadas e Auxiliares — CONFAMIR (Advs.: Hugo Jorge de Brito Chaves e outro). Reqdos.: Presidente da República e Congresso Nacional.

Decisão : O Tribunal, preliminarmente, por votação unânime, «não conheceu» da ação direta de inconstitucionalidade, por ilegitimidade ativa «ad causam» da autora. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Moreira Alves, Carlos Velloso e Marco Aurélio.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 17 de setembro de 1998 — Gisele Menegale, p/ Coordenador.

RECLAMAÇÃO Nº 1.370 — SP
(Tribunal Pleno)

Relator : O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence

Reclamante : Marcelo de Castro Rodrigues da Cruz — Reclamado : Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Guarulhos

Execução penal: regime de cumprimento da pena: *habeas-corpus* concedido pelo STF para deferir o regime inicial semi-aberto: protelação indevida do cumprimento da ordem: reclamação procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, «julgar procedente» a reclamação.

Brasília, 14 de junho de 2000 — **Carlos Velloso**, Presidente — **Sepúlveda Pertence**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Ao julgar, em 3-3-98, o HC 76.424, impetrado em favor de Adilson Cosme Gonçalves, por vício de motivação da sentença condenatória, denegou-se a ordem; não obstante, acolhendo o meu voto, a Turma deferiu **habeas-corpus** de ofício para conceder ao paciente o regime semi-aberto na execução da pena.

No ponto, a decisão assim se fundamentou e concluiu — fl. 39:

> «Há, porém, um capítulo, não versado na impetração e só mencionado nas razões da apelação, em que se impõe reparar ilegalidade contra o paciente: é o concernente ao regime inicial de cumprimento da pena.
>
> Firme na jurisprudência desta Turma que — favoráveis ao condenado as chamadas circunstâncias judiciais da fixação da pena, por isso aplicada no mínimo legal — não é lícito negar-lhe o regime menos severo de execução, que a sua quantidade legalmente comporta, à base somente da gravidade da figura penal consumada, segundo a pauta de valoração subjetiva do magistrado.
>
> Confiram-se, por último, o HC 75.380, 3-6-97, Galvão, Informativo 74; o HC 75.241, 9-9-97, Galvão; HC 75.726, 11-11-97, e por último, o HC 75.695, 17-2-98, de que fui relator.
>
> Aos precedentes se ajusta precisamente este caso.
>
> A sentença, no particular, é enfaticamente favorável ao paciente, a quem, por isso, além de fixar no mínimo a pena aplicada — o que também sucede com o co-réu — faculta-lhe a apelação em liberdade. Leio — fl. 114:
>
> «...O crime, tal como cometido, revelou antes amadorismo e inexperiência do que periculosidade além da que já é reprimida pela apenação ínsita ao tipo, propriamente. Graças à correta e pronta atuação da Polícia Militar, a vítima não sofreu prejuízos materiais
>
> (...)
>
> Adilson não revelou periculosidade, não buscou interferir indevida-

mente na instrução e, salvo a suspeita justificada de ausência juntada à fl. 190, compareceu quando intimado. Além disso, tem residência fixa e trabalho estável, com família constituída residindo em endereço certo. Faculto-lhe, pois, o apelo em liberdade».

Não obstante, decretou — fl. 115:

«Os réus iniciarão o cumprimento das penas reclusivas sob o regime fechado, o que se lhes recomenda em razão da gravidade inerente ao crime de roubo a mão armada, como tem sido reiteradamente consagrado pela Jurisprudência».

O acórdão não inova a respeito — fl. 161:

«Correto o regime fechado para o início do cumprimento da pena, pois tratando-se de crime grave, como é o roubo, apesar da primariedade, demonstram os agentes conduta social afrontosa ao clamor público e personalidade distorcida»

Note-se ter havido casos nos quais, à vista de nenhuma motivação à imposição do regime mais severo que o admitido pela pena aplicada — ou, quando muito, de uma alusão genérica à gravidade do crime, a Turma apenas anulou no ponto a decisão, para que outra se proferisse com fundamentação (**v.g.**, HC 69.793, 15-12-92, Gallotti, RTJ 148/210; HC 70.784, 14-6-92, Pertence, RTJ 155/832).

Nos casos mais recentes, contudo, em que, aplicada a pena mínima, com a explicitação de serem favoráveis ao réu os critérios de individualização, não obstante, se impõe o regime fechado apenas porque se cuida de roubo a mão armada, o Tribunal tem de logo deferido o regime semi-aberto.

Nesses termos é que, embora indeferindo o **habeas-corpus**, concedo-o de ofício: é o meu voto.»

Requerido o HC 79.957, em favor do ora reclamente, co-réu do beneficiário da decisão anterior, a Turma o deferiu em 23-6-98, assim deduzido o voto que proferi:

«No acórdão impugnado, a imposição do regime inicial fechado tem fundamentação indistinta para os dois co-réus — fls. 130, 138:

«Correto o regime fechado para o início do cumprimento da pena, pois tratando-se de crime grave, como é o roubo, apesar da primariedade, demonstram os agentes conduta social afrontosa ao clamor público e personalidade distorcida».

Desse modo — além de corresponder à jurisprudência do Tribunal — a decisão do HC 76.424, por força do art. 580 C.Pr.Pen., é de estender-se ao paciente: nesse sentido, é o meu voto».

Aduz a reclamção — fl. 3:

«Apesar de decurso tão grande de tempo, o reclamante ainda permanece em regime fechado: Ainda mais, postulou-se perante o Juízo Executor da Pena fosse o referido reclamado colocado em regime semi-aberto. Mas, mesmo apesar de haver determinado essa Augusta Corte a transferência (remoção) para o regime semi-aberto, inacreditavelmente o reclamante ainda permanece em regime fechado, contrariando, desse modo, tanto o Tribunal Paulista como o Juízo Executor da pena descumprimento de ordem emanada dessa Augusta Corte.

Está, portanto ocorrendo erro quanto a execução da pena imposta ao reclamante assim como descumprimento de ordem legal emanada da mais Alta Corte de Justiça Brasileira».

Prestadas as informações pelo Juízo reclamado, opina o il. Subprocurador-Geral Wagner Batista — fl. 44:

«Cuida o presente de reclamação procedente de São Paulo, através do qual, pede o reclamante **Marcelo de Castro Rodrigues da Cruz** que se determine ao Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Guarulhos que cumpra a decisão tomada no HC nº 76.957.

Nos idos de 1998, o STF, pela sua Primeira Turma, julgando pedido do ora reclamante, decidiu:

«Execução penal. Regime de cumprimento: firme na jurisprudência do STF que — favoráveis ao condenado as chamadas circunstâncias judiciais da fixação da pena, por isso aplicada no mínimo legal — não é lícito negar-lhe o regime menos severo de execução, que a sua quantidade legalmente comporta, à base somente da gravidade da figura penal consumada, segundo a pauta de valoração subjetiva do magistrado: precedentes.»

O reclamante alega que apesar do tempo decorrido, não teria sido, ainda (isso, em 8-2-2000), cumprida a determinação, com sua manutenção no regime fechado, nas dependências da Penitenciária de Guarulhos.

Requisitadas informações ao reclamado, este não repeliu as assertivas, tão-somente explicando que:

«Outrossim, em virtude de falta grave cometida em 14-7-99, este Juízo, por decisão de 18-2-2000, sustou cautelarmente o regime semi-aberto, remetendo os autos ao Ministério Público para manifestação.»

Aparentemente, até a presente data, ainda não foi cumprido o comando emanado pelo STF.

Evidentemente, ao fixar o regime semi-aberto de cumprimento de pena, o STF não proibiu qualquer eventual e futura regressão de regime, na forma da lei, apenas determinou que, inicialmente, tinha o condenado tal direito.

Na forma do disposto no art. 118 da LEP (Lei 7.210/84), cometendo o preso fato definido como crime doloso ou falta grave, poderia sofrer regressão de regime, desde que fosse observado o procedimento jurisdiforme previsto, vale dizer: acusatório, contraditório e decisão passível de recurso.

Se em 8-2-2000, data do requerimento protocolado em 10-2-2000, reclama a parte do não-cumprimento da determinação do STF, vindo o Juiz justificá-la por despacho posterior (18-2-2000), fl. 21, referente a falta grave cometida em 14-7-99, ainda não apurada e nem mesmo objeto de processo, há indicação de que realmente o acórdão do STF não foi ainda cumprido.

Com essas considerações, opina o Ministério Público Federal pelo deferimento do pedido, para que se determine ao MM. Juiz reclamado o cumprimento imediato, sob as penas da lei, da respeitável decisão prolatada no HC 76.957, colocando o reclamante em regime semi-aberto, até o trânsito em julgado de eventual decisão de regressão de regime»

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): Acolho o parecer da Procuradoria-Geral.

A simples recordação das datas revela o chapado desrespeito à decisão do Tribunal.

Para justificar o não-cumprimento do **habeas-corpus** deferido em 23-6-98, e de logo comunicado, o Juiz reclamado invoca decisão de sustação cautelar da alteração de regime então determinado, que, no entanto, é de 18-2-2000 e estaria fundada em imputação de falta grave praticada pelo reclamante em 14-7-99.

Julgo procedente a reclamação e determino o imediato cumprimento do **habeas-corpus** .

Determino ainda seja a decisão comunicada imediatamente ao Juízo reclamado, com cópia do acórdão para o Conselho Superior da Magistratura Estadual de São Paulo.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

Rcl 1.370 — SP— Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. Reclte.: Marcelo de Castro Rodrigues da Cruz (Adv.: Frederico Cesar Chama). Recldo.: Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Guarulhos.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a reclamação, nos termos do voto do Senhor Ministro-Relator. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Moreira Alves e Nelson Jobim.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Maurício Corrêa. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília,14 de junho de 2000 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

PETIÇÃO Nº 1.859 (AgRg) — DF
(Segunda Turma)

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Agravante: EUCATUR — Empresa União Cascavel de Transportes e Turismo Ltda. — Agravadas: VIPU — Viação Ipu Ltda. e outras

***Recurso extraordinário* — *Outorga de efeito suspensivo* — Excepcionalidade — *Pressupostos legitimadores da medida cautelar* — Inocorrência — *Pedido indeferido* — *Agravo* improvido.**

— O recurso extraordinário *somente* dispõe de efeito devolutivo (*CPC*, art. 542, § 2º, na redação dada pela Lei nº 8.950/94). Por isso mesmo, *a outorga de efeito suspensivo* ao recurso extraordinário — *embora* processualmente viável em sede cautelar — *reveste-se* de excepcionalidade absoluta.

A *concessão* de eficácia suspensiva ao apelo extremo, *para legitimar-se*, supõe a *conjugação* necessária dos seguintes requisitos: (*a*) que *tenha* sido instaurada a jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal

(*existência* de juízo *positivo* de admissibilidade do recurso extraordinário, consubstanciado em decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de origem), (*b*) que o recurso extraordinário interposto *possua* viabilidade processual, caracterizada, dentre outras, pelas notas da tempestividade, do prequestionamento explícito da matéria constitucional e da ocorrência de ofensa direta e imediata ao texto da Constituição, (*c*) que a postulação de direito material deduzida pela parte recorrente tenha plausibilidade jurídica e (*d*) que se *demonstre,* objetivamente, a ocorrência de situação configuradora do *periculum in mora. Precedentes.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, «negar» provimento ao agravo regimental.

Brasília, 28 de março de 2000 — **Néri da Silveira**, Presidente — **Celso de Mello**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): O presente **recurso de agravo**, deduzido pela EUCATUR — Empresa União Cascavel de Transportes e Turismo Ltda., **insurge-se** contra decisão que **indeferiu** pedido formulado em sede de **medida cautelar inominada**, promovida com o objetivo de atribuir **efeito suspensivo** a recurso extraordinário, **já admitido**, interposto contra acórdão emanado do Superior Tribunal de Justiça.

O acórdão de que se recorre extraordinariamente está assim ementado (**fl. 472**):

«Mandado de segurança. Transporte coletivo. Exploração de linha de ônibus. Litispendência não configurada. Ato administrativo deferindo pedido de regularização da linha. Ilegalidade. Decreto 952/93. Precariedade da documentação. Interesse de agir e direito líquido e certo da impetrante. Segurança concedida. Votos vencidos.

Litigando partes diferentes e não sendo idêntica a causa de pedir no mandado de segurança e na ação ordinária, não se configura a litispendência.

Detectada a **ilegalidade** do ato, escorado que foi em premissa equivocada e ao amparo de documentação precária, a segurança é concedida, diante do evidente interesse de agir, restabelecendo-se o direito das empresas atingidas, de participação no processo licitatório.» (**grifei**)

Por entender processualmente **inviável** o recurso extraordinário interposto pela parte ora agravante e por vislumbrar a **ausência** da **cumulativa** satisfação dos requisitos legitimadores da medida cautelar postulada, **neguei** o pedido de concessão de efeito suspensivo ao apelo extremo em referência (**fls. 777/781**).

A ora recorrente sustenta, nesta sede recursal, em síntese, que (**fls. 785/790**):

«Não parece razoável, **rogata maxima venia**, a assertiva da vulneração reflexa ao Texto Constitucional no que pertine à demonstrada ausência de direito líquido e certo para a impetração, vez que o conceito de liquidez e certeza do direito é de natureza exclusivamente constitucional. A inteligência do dis-

posto no art. 5º, inciso LXIX, define-o como o direito que dispensa dilação probatória de qualquer espécie. É o direito demonstrável de plano. Tal conceito não está expresso em dispositivo infraconstitucional algum, daí a impertinência, **venia concessa**, do obstáculo erigido por V. Exa., no r. despacho atacado.

Assim, elucidada a natureza eminentemente constitucional do conceito de direito líquido e certo, cabe a formulação do seguinte questionamento: **por onde andou o respeito ao dispositivo inserto no art. 5º, LXIX, da CF**, vez que a conclusão do nobre Relator na Corte **a quo** sugere a necessidade de incidente de falsidade, na estreita sede eleita? A todo poder de clareza, malferido se encontra o mencionado dispositivo constitucional, que por si só é capaz de viabilizar o cabimento do apelo extremo.

Com efeito, não se pode anular um ato administrativo, que goza de presunção de veracidade quanto aos seus suportes fáticos, como no caso, simplesmente por se reputar 'estranhável' ou 'ilógico' determinado fato, daí a mácula à Carta Magna, direita e não reflexa, **data venia**.

.....

Assim, **concessa maxima venia**, é de todo descabido, inadequado, porque **malfere frontalmente, diretamente**, a norma constitucional que dá guarida ao remédio heróico (**Art. 5º, LXIX**), solver-se uma questão que **demanda profunda dilação** probatória, com base na existência de 'situação misteriosa' ou em 'situação estranha' ou 'ilógica'. Isso, mormente quando há elementos trazidos da esfera administrativa que atestam a autenticidade dos documentos em questão, atestado que, até prova em contrário (obviamente só produzível nas vias ordinárias), goza da presunção de veracidade! Por tais razões, não há falar-se em violação reflexa, mas frontal, do dispositivo constitucional acima referido.

Outro ponto fundamental de insurgência com o r. despacho de V. Exa. é que o mesmo restou silente quanto a um dos fundamentos do pedido, por si só capaz de dar guarida à pretensão de atribuir-se suspensividade ao recurso extraordinário interposto e já admitido na Corte de origem. A decisão não enfrentou o tópico da **desnecessidade de licitação** na hipótese em tela (exacerbação do disposto nos arts. 21, XII, **e**, 37, XXI, e 175 da CF/88).

Essa Excelsa Corte já examinou a questão da legalidade ou não da manutenção da prestação de serviços de transporte coletivo interestadual, ainda que não regularizados, ou seja, serviços informais, o que não é o caso dos autos, onde há uma autorização do poder concedente sendo discutida. Inclinou-se a Suprema Corte para a proteção do interesse público, ou seja, a supremacia do interesse público, que estaria estampada na necessidade de se manter a integridade dos serviços prestados, ainda que serviços não formalmente permitidos (regularizados). (**SS nº 516-2-DF, Rel. Ministro Sydney Sanches, DJU de 11-11-92**)

Em tais casos, como o que ora se apresenta, em que existe o risco real de os usuários ficarem sem a prestação do serviço, não se configura violação aos arts. 21, XII, **e**, 37, XXI, e 175 da CF/88 quando se decide pela continuidade do serviço, para que não haja solução de continuidade. Em outras palavras: não há ilegalidade, por ausência de licita-

ção, na prestação continuada do serviço, se a retirada da prestadora implicar em solução de continuidade.»

A parte ora agravante, buscando comprovar a ocorrência de situação caracterizadora do **periculum in mora**, referiu-se, em **nova** petição, a **fatos supervenientes** que por ela assim foram expostos (**fls. 793/794**):

«Que a empresa aviou Agravo Regimental com o fim de rediscutir despacho que teve por bem indeferir a cautelar perseguida, cujo objeto **era dar continuidade** à operação de transporte coletivo interestadual de passageiros, relativos à linha Fortaleza/CE — Porto Velho/RO, com secionamentos (paradas para embarque/desembarque de passageiros) em vários estados do país, que a peticionária vem prestando desde 1986.

Ocorre que **fatos supervenientes** à distribuição daquela cautelar estão pedindo urgente providência do Tribunal, senão vejamos.

A fiscalização do poder permitente, além de impedir a operação regular daqueles serviços que estão sendo prestados aos usuários destinatários daquele durante todos esses anos, adotou uma postura arbitrária e teratológica apreendendo os ônibus de propriedade da requerente (cópia em anexo dos termos de apreensão e fotografias dos veículos no pátio do DNER), causando prejuízos de difícil e incerta reparação.

Acrescente-se ainda a inexistência de outra empresa que preste os mesmos serviços que a peticionária, bem como a inexistência de instauração de qualquer processo licitatório em curso, que vise regularizar tais serviços.

Dessa forma, confia a requerente que V. Exa. determinará a continuidade da prestação dos serviços que a empresa presta, ao menos até que se julgue em definitivo a causa.»

Por **não** me haver convencido das razões apresentadas, **submeto** o presente recurso de agravo à apreciação desta Colenda Segunda Turma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Trata-se de **medida cautelar inominada** promovida com o objetivo de atribuir **efeito suspensivo** a recurso extraordinário interposto contra **acórdão concessivo** de mandado de segurança proferido pelo E. Superior Tribunal de Justiça.

O acórdão concessivo do **writ** mandamental possui o seguinte conteúdo (**fl. 518**):

«Mandado de segurança. Transporte coletivo. Exploração de linha de ônibus. Litispendência não configurada. Ato administrativo deferindo pedido de regularização da linha. Ilegalidade. Decreto 952/93. Precariedade da documentação. Interesse de agir e direito líquido e certo da impetrante. Segurança concedida. Votos vencidos.

Litigando partes diferentes e não sendo idêntica a causa de pedir no mandado de segurança e na ação ordinária, não se configura a litispendência.

Detectada a **ilegalidade** do ato, escorado que foi em premissa equivocada e ao amparo de documentação precária, a segurança é concedida, diante do evidente interesse de agir, restabelecendo-se o direito das empresas atingidas, de participação no processo licitatório.»

O recurso extraordinário interposto pela parte ora requerente sofreu, na ori-

gem, o pertinente juízo **positivo** de admissibilidade (**fl. 599**).

Deixei de atender a postulação de ordem cautelar deduzida pela parte ora agravante, **negando-lhe**, em conseqüência, a pretendida outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário que interpôs, por entender **cumulativamente** inocorrentes os pressupostos necessários ao deferimento dessa providência jurisdicional (**fls. 777/781**).

Por **ainda** persistir nesse entendimento, **especialmente** no que concerne à **aparente** ausência de viabilidade jurídico-processual do próprio recurso extraordinário interposto pela parte agravante, **não vejo** como acolher a pretensão ora deduzida nesta sede recursal.

Como se sabe, a outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário **reveste-se** de excepcionalidade absoluta, **notadamente** em face do que dispõe o art. 542, § 2º, do CPC, na redação que lhe deu a Lei nº 8.950/94.

Para viabilizar-se a concessão de eficácia suspensiva ao apelo extremo, impõe-se a **conjugação** de determinadas exigências, **uma** das quais — **ocorrente** na espécie em exame — **consiste** na formulação, pelo Presidente do Tribunal de origem, do pertinente juízo **positivo** de admissibilidade (**RTJ** 110/458 — **RTJ** 111/957 — **RTJ** 112/957 — **Pet nº 1.838-RS**, Rel. Min. **Celso de Mello**, *v.g.*).

Não basta, contudo, para efeito de outorga de suspensividade ao recurso extraordinário, que este tenha sido admitido pela Presidência do Tribunal de jurisdição inferior. **Mais do que isso**, torna-se **necessário** que **também** concorram os requisitos pertinentes à plausibilidade jurídica da postulação de direito material, à viabilidade processual do recurso extraordinário e à configuração do **periculum in mora** (**Pet nº 1.865-RS**, Rel. Min. **Celso de Mello**).

Na realidade, e tendo presente a orientação jurisprudencial firmada por esta Corte, **cabe assinalar** que a **concessão** de eficácia suspensiva ao apelo extremo, **para legitimar-se**, supõe a **conjugação** necessária dos seguintes requisitos: (**a**) que **tenha** sido instaurada a jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal (**existência** de juízo **positivo** de admissibilidade do recurso extraordinário, consubstanciado em decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de origem), (**b**) que o recurso extraordinário interposto **possua** viabilidade processual, caracterizada, dentre outras, pelas notas da tempestividade, do prequestionamento explícito da matéria constitucional e da ocorrência de ofensa direta e imediata ao texto da Constituição, (**c**) que a postulação de direito material deduzida pela parte recorrente tenha plausibilidade jurídica e (**d**) que se **demonstre**, objetivamente, a ocorrência de situação configuradora do **periculum in mora.**

É por essa razão que acentuei, na decisão ora agravada, que se **impunha** verificar, em face das peculiaridades da espécie ora em exame, se, **além** de instaurada a jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal, revelava-se **cabível** o próprio recurso extraordinário **já** admitido, **e** se se mostrava juridicamente viável, como ora postulado, a paralisação, ainda que temporária, da eficácia jurídica emergente de decisão **concessiva** do mandado de segurança.

Por entender **questionável** o cabimento do recurso extraordinário, **neguei**, à parte agravante, a medida cautelar por ela postulada.

Com efeito, mesmo que se pudesse reconhecer configurada a hipótese de prequestionamento explícito (o que se admite

apenas para argumentar), **ainda assim** as alegadas violações constitucionais — **notadamente** aquelas concernentes ao **princípio do contraditório** (fls. 484 e 488, itens nºs 14 e 20), ao **postulado da legalidade** (fls. 489 e 499, itens nºs 22 e 34) e ao **princípio da licitação** (fl. 499, item nº 33) — caracterizariam, **aparentemente**, situações de **ofensa reflexa** ao texto da Constituição, circunstância esta que **inviabiliza** o próprio conhecimento do apelo extremo.

Como se sabe, a alegação de ofensa ao princípio da legalidade administrativa **não basta**, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária. É que a interpretação judicial de normas legais — por situar-se e projetar-se no âmbito infraconstitucional — culmina por **exaurir-se** no plano estrito do contencioso de mera legalidade, **desautorizando**, em conseqüência, a utilização do apelo extremo, consoante **adverte** o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (**Ag 192.995-PE (AgRg)**, Rel. Min. **Carlos Velloso**).

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, **por mais de uma vez**, já acentuou que o procedimento hermenêutico do Tribunal inferior — que, ao examinar o quadro normativo positivado pelo Estado, dele extrai a **interpretação** dos diversos diplomas legais que o compõem, para, **em razão** da inteligência e do sentido exegético que lhes der, obter os elementos necessários à exata composição da lide — **não** transgride, **diretamente**, o princípio da legalidade (**Ag 161.396-SP (AgRg)**, Rel. Min. **Celso de Mello**).

É por essa razão — **ausência** de conflito **imediato** com o texto da Constituição — que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem **enfatizando** que «A boa ou má interpretação de norma infraconstitucional **não enseja** o recurso extraordinário, sob color de ofensa ao princípio da legalidade (**CF**, art. 5º, II)» (**RTJ 144/962**, Rel. Min. **Carlos Velloso — grifei**).

Sustenta-se, ainda, que o Tribunal **a quo** teria transgredido os postulados do **due process of law** e da garantia de defesa.

Cabe referir, neste ponto, a orientação jurisprudencial firmada por esta Suprema Corte, que, ao analisar tais argumentos, tem salientado, **na perspectiva dos princípios do devido processo legal e da amplitude de defesa**, que a suposta ofensa ao texto constitucional, **acaso existente**, apresentar-se-ia por via reflexa, eis que a sua constatação reclamaria — **para que se configurasse** — a formulação de **juízo prévio de legalidade**, fundado na vulneração e infringência de dispositivos de ordem meramente legal. **Não se tratando**, pois, de conflito direto e frontal com o texto da Constituição, como **exigido** pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 120/912**, Rel. Min. **Sydney Sanches — RTJ 132/455**, Rel. Min. **Celso de Mello**), torna-se **insuscetível** de conhecimento o recurso extraordinário.

Demais disso, cumpre ter presente — **sempre** na linha do entendimento jurisprudencial consagrado pelo Supremo Tribunal Federal — que «**O devido processo legal** — CF, art. 5º, LV — exerce-se de conformidade **com a lei**» (**Ag 192.995-PE (AgRg)**, Rel. Min. **Carlos Velloso — grifei**), de tal modo que **eventual** desvio do ato decisório, **quando muito**, poderá caracterizar situação tipificadora de conflito de mera legalidade, a **desautorizar** o uso do apelo extremo:

«**Agravo regimental.**

— O despacho agravado está correto, pois esta Corte **tem** o entendimento de que **não cabe** recurso extraordinário quando há alegação de **ofensa indireta** à

Constituição, por implicar ela o **exame prévio** da legislação infraconstitucional. A **Segunda Turma**, que chegou a decidir em contrário, retornou, recentemente, à sua posição anterior, ao julgar, em 17-4-98, o **RE 199.182.** No mesmo sentido, ainda mais recentemente, a Primeira Turma no AG (AgRg) 202.645, em 23-6-98.

Agravo a que se nega provimento.» (**Ag 215.885-SP (AgRg)**, Rel. Min. **Moreira Alves — grifei**)

«Recurso extraordinário trabalhista: discussão sobre o cabimento de embargos no TST, que se exaure no âmbito da legislação processual ordinária: inocorrência de violação ao artigo 5°, LIV e LV, CF.»
(**Ag 202.645-MG (AgRg)**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**)

Discute-se, ainda, em sede recursal extraordinária, a questão pertinente à alegada **desnecessidade** de licitação.

Como se sabe, a Constituição da República — tendo presentes os princípios da impessoalidade, da moralidade e da igualdade — **consagrou** diretriz fundamental **em tema** de contratações administrativas (**CF**, art. 37, XXI) **e** de delegação de serviços públicos (**CF**, art. 175, **caput**), inclusive na área de exploração dos serviços de transporte rodoviário interestadual (**CF**, art. 21, XII, **e**), **impondo**, como requisito condicionante da própria legitimidade jurídica da atividade estatal, a **necessidade** de prévia instauração do concernente procedimento licitatório.

A Carta Política, ao tornar **imprescindível** a utilização do processo de licitação pública, converteu essa exigência em regra geral (**CF**, art. 37, XXI), suscetível, no entanto, de derrogação, **desde** que ocorrentes as hipóteses especificadas **em lei.**

Vê-se, portanto, que **é na lei** — e nesta, apenas — que devem ser identificadas as hipóteses de **dispensa** ou de **inexigibilidade** da licitação, o que desloca, para o domínio do contencioso de mera legalidade, a discussão do **thema decidendum.**

Tratando-se das modalidades de delegação de serviço público (concessão, permissão e autorização), revela-se **categórico** o discurso normativo utilizado pelo legislador constituinte, pois este dispõe, nas hipóteses referidas, que a outorga de delegação será **sempre** precedida de licitação (**CF**, art. 175, **caput**). Estabeleceu-se, desse modo, nesse preceito, uma regra **a cuja incidência** a parte ora agravante **pretende** subtrair-se.

Ocorre, no entanto, que o acórdão impugnado em sede recursal extraordinária, ao **cassar** o ato do Ministro dos Transportes, **prestigiou** a diretriz consagrada na Lei n° 8.987/95 (art. 2°, IV) **e** no próprio Decreto n° 952/93 (art. 19) — **hoje revogado** pelo Decreto n° 2.521/98 (art. 103) —, **resolvendo**, desse modo, a controvérsia, com fundamento nos diplomas em questão, e **proclamando**, em função desse entendimento e num típico contexto de **estrita** legalidade, o caráter injurídico da deliberação ministerial (fls. 416/472).

Impende registrar, neste ponto, que o exame da controvérsia suscitada na causa principal **revela** que esta **foi decidida** no **estrito** âmbito do ordenamento normativo **infraconstitucional**, pois o acórdão emanado do Superior Tribunal de Justiça, para conceder o **writ** mandamental, **apoiou-se**, exclusivamente, na Lei n° 8.987/95 **e** no Decreto n° 952/93 (hoje **revogado** pelo Decreto n° 2.521/98), que dispõem sobre o regime de permissão e autorização para a exploração de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.

É por tal razão que eventual conflito do acórdão em questão, com o texto da Lei Fundamental, dar-se-ia **de forma reflexa** (e não direta), pois o confronto com as regras constitucionais alegadamente vulneradas **pressuporia** o exame **necessário** da legislação pertinente ao regime da delegação dos serviços públicos, sob cuja égide a causa principal foi **efetivamente** solucionada.

A circunstância ora apontada representa **mais uma** evidência da **inadmissibilidade**, no caso ora em análise, do recurso extraordinário interposto, a justificar, por isso mesmo, a decisão que lhe **negou** a pretendida (e excepcional) eficácia suspensiva.

O recurso extraordinário em questão **parece** não se revelar cabível, **seja** por ausência de prequestionamento explícito da matéria constitucional, **seja** por ocorrência de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, **seja**, ainda, pelo fato de a controvérsia haver sido resolvida sob o prisma exclusivo da Lei nº 8.987/95 e do Decreto nº 952/93.

Vê-se, assim, que emerge, desse quadro de clara litigiosidade infraconstitucional, a impossibilidade processual de outorgar-se eficácia suspensiva ao apelo extremo em referência.

A parte ora agravante **também** sustenta que o Superior Tribunal de Justiça, ao **conceder** mandado de segurança às empresas recorridas, **teria** ofendido o art. 5º, LXIX, da Constituição, pois resolveu controvérsia cuja apreciação **demandava** «profunda dilação probatória» (fl. 789), **de todo incabível** — consoante alega a empresa ora recorrente — no âmbito desse **writ** constitucional.

Também neste ponto **não** assiste razão à parte agravante, eis que — como se sabe — **inexiste** conceito **constitucional** de direito líquido e certo.

Na realidade, **não há** conceito normativo de direito líquido e certo. Trata-se, antes, de noção **elaborada** pela doutrina e **construída** pela jurisprudência dos Tribunais.

O conceito de liquidez e certeza — assinala **Hely Lopes Meirelles** (**«Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data»**, p. 35, 20ª ed., atualizada por Arnoldo Wald, 1998, Malheiros) — diz respeito à exigência de comprovação documental imediata dos **fatos** e **situações** que ensejam o exercício do direito amparável pela via do mandado de segurança, **impondo-se**, desse modo, ao impetrante, o **ônus processual** de produzir prova literal pré-constituída que confira **sentido inequívoco** às situações fáticas por ele invocadas (**RTJ 168/171**, Rel. Min. **Celso de Mello**).

Por essa razão, o **Plenário** do Supremo Tribunal Federal, ao examinar essa específica questão — e tendo em consideração autorizado magistério doutrinário (**Celso Agrícola Barbi, «Do Mandado de Segurança»**, p. 61, item nº 75, 7ª ed., 1993, Forense; **Carlos Coqueijo Costa, «Mandado de Segurança e Controle Jurisdicional»**, p. 31, item nº 1, 3ª ed., 1987, LTr; **Milton Flaks, «Mandado de Segurança — Pressupostos da Impetração»**, pp. 110/124, itens nºs 123-140, 1980, Forense; **J. M. Othon Sidou, «Do Mandado de Segurança»**, pp. 234/235, item nº 162, 3ª ed., 1969, RT; **Francisco Antônio de Oliveira, «Mandado de Segurança e Controle Jurisdicional»**, pp. 160-161, item nº 7.13, 2ª ed., 1996, RT, **v.g.**) —, **advertiu** que a formulação conceitual de **direito líquido e certo**, precisamente por qualificar-se

como requisito de **cognoscibilidade** da ação de mandado de segurança, encerra uma noção **de conteúdo eminentemente processual, desvestindo-se**, sob tal perspectiva, de **qualquer** conotação de índole constitucional (**RTJ 134/169**, Rel. p/ o acórdão Min. **Celso de Mello**).

Daí a incensurável observação de **Celso Ribeiro Bastos** (**«Do Mandado de Segurança»**, p. 15, 1978, Saraiva), cujo magistério enfatiza que «...direito líquido e certo **é conceito de ordem processual...»** (**grifei**).

Isso significa, portanto, que decisão concessiva do **writ** mandamental, eventualmente proferida **com inobservância** da exigência de liquidez dos fatos e de comprovação documental inequívoca (**RTJ** 83/130 — **RTJ** 83/855), qualificar-se-á como ato impregnado **de matiz processual**, não se originando, contudo, dessa particular situação de desarmonia, qualquer estado de **ofensa direta** ao texto da Constituição.

Cabe ter presente, **ainda**, no exame da medida cautelar requerida pela parte ora agravante, que a outorga (sempre excepcional) de efeito suspensivo ao recurso extraordinário **justificar-se-ia** — uma vez superados os óbices já previamente referidos — **se** o acórdão impugnado em sede de apelo extremo veiculasse decisão **evidentemente** divorciada do ordenamento positivo **ou**, então, consagrasse solução **distorcida** pela nota da extravagância (situações de todo **inocorrentes** na espécie destes autos), como tem **advertido** a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 168/772-773**, Rel. Min. **Marco Aurélio — Pet 1.618-MA (AgRg)**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *v.g.*):

> «**Recurso Extraordinário — Efeito.** O recurso extraordinário possui efeito devolutivo. O empréstimo da eficácia suspensiva há de ficar reservado a **situações excepcionais, teratológicas**, considerado o arcabouço normativo em vigor...»
> (**Pet 1.620-SP (AgRg)**, Rel. Min. **Marco Aurélio — grifei**)

A parte ora agravante também **alega**, no recurso extraordinário que interpôs, que «O Supremo Tribunal Federal já examinou a questão da legalidade, ou não, da manutenção da prestação de serviços de transporte coletivo interestadual, ainda que não regularizados...» (fl. 494, item nº 28), havendo, a Presidência desta Corte, quando do julgamento da **SS nº 516-DF**, se inclinado no sentido de preservar «a integridade dos serviços prestados, ainda que serviços não formalmente permitidos (regularizados)...» (fl. 494, item nº 28).

Cabe assinalar, neste ponto, **por necessário**, que o Presidente do Supremo Tribunal Federal, ao examinar o pedido de contracautela formulado em sede de Suspensão de Segurança (como ocorreu no julgamento acima referido), **não analisa** o fundo da controvérsia jurídica, **limitando-se**, em sua decisão, a apreciar, **tão-somente**, se a execução da decisão judicial questionada — **quer** aquela que deferiu a medida cautelar, **quer** a que concedeu o próprio mandado de segurança — **reveste-se**, ou não, de potencialidade danosa ao interesse público, conforme tem **advertido** a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 125/904,** Rel. Min. **Rafael Mayer — RTJ 143/23**, Rel. Min. **Néri da Silveira**):

> «Em processo de Suspensão de Segurança, **não se examinam** as questões da causa em que deferido o **writ** ou a liminar, **mas, apenas, se ocorre**, com tal deferimento, hipótese de risco de grave

lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (Art. 4° da Lei n° 4.348, de 26-6-1964, e art. 297 do RISTF).»
(**RTJ 140/366**, Rel. Min. **Sydney Sanches**)

E foi, precisamente, o que fez o eminente Presidente do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do pedido de contracautela formulado na **SS n° 516-DF**, ocasião em que S. Exa. — ao **acolher** o parecer da douta Procuradoria-Geral da República — **limitou-se** a reconhecer que, naquele caso, **não se achava** caracterizada «a ameaça de risco ou de grave lesão à ordem ou à segurança públicas» (fl. 497), motivo pelo qual, **e sem qualquer exame do mérito da controvérsia**, simplesmente indeferiu a medida excepcional então requerida (fl. 497).

Finalmente, cumpre reconhecer que a parte ora agravante objetiva, em última análise, com a presente medida cautelar inominada, **neutralizar** a própria eficácia jurídica emergente de um acórdão **concessivo** de mandado de segurança, **vale dizer**, de decisão consubstanciadora do **deferimento** de um **writ** constitucional.

Não se pode ignorar que **a execução da ordem mandamental**, consubstanciada em acórdão concessivo de mandado de segurança, **há de ser imediata.** Daí a **advertência** de **Hely Lopes Meirelles** (**«Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data»**, pp. 92/93, 20ª ed., atualizada por Arnoldo Wald, 1998, Malheiros), cujo magistério, ao versar o tema ora em análise, **assinala:**

«A decisão — liminar ou definitiva — é expressa no mandado **para que o coator cesse a ilegalidade.** Esse mandado judicial é transmitido por ofício ao impetrado, **valendo como ordem legal para o imediato cumprimento do que nele se determina,** e, ao mesmo tempo, marca o momento a partir do qual o impetrante, beneficiário da segurança, passa a auferir todas as vantagens decorrentes do **writ** (...).

.....

O mandado de segurança tem rito próprio e suas decisões são sempre de natureza mandamental, **que repele o efeito suspensivo** e protelatório **de qualquer de seus recursos.** Assim sendo, **cumprem-se imediatamente tanto a liminar como a sentença ou o acórdão concessivo da segurança**, diante da só notificação do juiz prolator da decisão, independentemente de caução ou de carta de sentença, **ainda que haja** apelação ou recurso extraordinário pendente.» **(Grifei)**

O Ministro **Alfredo Buzaid**, ao tratar da **execução** de ordem judicial **concessiva** de mandado de segurança (**«Do Mandado de Segurança»**, vol. I/273-274, itens n°s 178/179, 1989, Saraiva), tece considerações essenciais à compreensão da matéria **sub examine:**

«(...) **Essa execução é destituída de formalidades** e consiste no ofício expedido pelo órgão judiciário à autoridade coatora, contendo o inteiro teor da sentença ou do acórdão. **Execução por ofício? Sim.** A solução legal ajusta-se à **índole** do mandado de segurança, que é uma ação judiciária destinada a proteger direito líquido e certo ameaçado ou violado por ato (ou omissão) ilegal ou de abuso de poder. O processo do mandado de segurança, pela natureza do direito de tutela, não precisa de mais atos que o ofício para a execução, pois a ordem, sobre reconhecer a liquidez e cer-

teza do direito do impetrante, declara inválido o ato eivado de ilegalidade ou abuso de poder, determinando à autoridade coatora que cumpra a decisão. Não vem a pêlo considerar se o ofício é de sentido executório ou mandamental.

O ofício contém a um tempo a sentença e o mandado à autoridade coatora (...). **No processo do mandado de segurança, a ordem é expedida de ofício pelo órgão judiciário sob as sanções legais,** pois o seu descumprimento caracteriza o crime previsto no art. 330 do Código Penal.» **(Grifei)**

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, **nego** provimento ao presente recurso de agravo, **mantendo**, em conseqüência, a decisão proferida às fls. 777/781.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

Pet 1.859 (AgRg) — DF — Rel.: Min. Celso de Mello. Agte.: EUCATUR — Empresa União Cascavel de Transportes e Turismo Ltda. (Advs.: Alvimar Bertrand Duarte Guerra de Macedo e outros). Agdas.: VIPU — Viação Ipu Ltda. e outras (Advs.: Otonil Mesquita Carneiro e outro).

Decisão: Por unanimidade, a Turma negou provimento ao agravo regimental.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Subprocurador-Geral da República, Dr. João Batista de Almeida.

Brasília, 28 de março de 2000 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.122 — AL
(Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Ilmar Galvão

Requerente: Governador do Estado de Alagoas — Requeridos: Governador do Estado de Alagoas e Assembléia Legislativa do Estado de Alagoas

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 6.004, de 14-4-98, do Estado de Alagoas. Alegada violação aos arts. 150, § 6º; e 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal. Ausência de conflito direto com o texto constitucional.

Não cabe controle abstrato de constitucionalidade por violação de norma infraconstitucional interposta, sem ocorrência de ofensa direta à Constituição Federal.

Hipótese caracterizada nos autos, em que, para aferir a validade da lei alagoana sob enfoque frente aos dispositivos da Constituição Federal, seria necessário o exame do conteúdo da Lei Complementar nº 24/75 e do Convênio 134/97, inexistindo, no caso, conflito direto com o texto constitucional.

Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, não conhecer da ação direta de inconstitucionalidade. Vencido o Presidente.

Brasília, 4 de maio de 2000 — **Marco Aurélio**, Presidente — **Ilmar Galvão**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão (Relator): O Governador do Estado de Alagoas ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, tendo por objeto a Lei Estadual nº 6.004, de 14 de abril de 1998, que concede crédito presumido e isenção de ICMS, além de autorizar a transferência de saldo credor do ICMS.

Sustenta o requerente que a lei estadual em questão contraria os arts. 150, § 6º; e 155, § 2º, inc. XII, **g**, da Constituição Federal, uma vez que confere isenções e benefícios fiscais sem o respaldo de um convênio autorizativo, nos termos da Lei Complementar nº 24/75.

Ao pedido de declaração de inconstitucionalidade, ajuntou-se requerimento de medida cautelar de suspensão da lei atacada, que agora é submetido ao Plenário.

Em suas informações, a Assembléia Legislativa do Estado de Alagoas destaca que a lei impugnada resultou de projeto de iniciativa do próprio Governador, além de sustentar que foi editada em conformidade com o Convênio nº 134/97 (fls. 16/17), firmado entre a União, os Estados e o Distrito Federal, estando, portanto, em conformidade com a LC nº 24/75 e com a Constituição Federal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão (Relator): O art. 155, § 2º, inc. XII, **g**, da Constituição Federal, tratando do ICMS, determina que cabe à lei complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios serão concedidos e revogados.

Na inicial, o requerente afirma, referindo-se à Lei nº 6.004/98, que «o conteúdo da norma em destaque fere a Constituição Federal (arts. 150, § 6º, e 155, § 2º, inciso XII, alínea **g**), posto que concede benefícios fiscais sem observância ao que prescreve a Lei Complementar nº 24/75» (fl. 3), norma infraconstitucional que dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do ICMS.

A jurisprudência do STF é pacífica em considerar que não cabe o controle abstrato da argüição de inconstitucionalidade mediata de atos normativos por alegada violação de normas infraconstitucionais interpostas, como, no caso, a Lei Complementar nº 24/75.

Dessa forma, se, para aferir a validade da Lei nº 6.004, do Estado de Alagoas, frente aos arts. 150, § 6º, e 155, § 2º, XII, **g**, da Constituição Federal, o STF tem necessidade de examinar o conteúdo da Lei Complementar nº 24/75 e do Convênio 134/97, não se viabiliza a ação direta de inconstitucionalidade, por ausência de conflito direto com o texto constitucional. Nesse sentido, entre outros precedentes, ADI 1.428, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 10-5-96.

Ante o exposto, meu voto não conhece da ação, julgando prejudicado o pedido de medida cautelar.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Peço vênia aos Colegas para divergir e admitir, na espécie, a ação direta de inconstitucionalidade. E o faço até mesmo atento a uma política judiciária calcada na economia e celeridade: o máximo de eficácia da lei, do ordenamento jurídico, com o mínimo de atividade judicante.

Inadmitir-se esta ação direta de inconstitucionalidade implica fomentar o surgimento de centenas e centenas de processos versando sobre a matéria, a partir do momento em que o Estado de Alagoas delibere fazer prevalecente a própria Carta da República no que condiciona, no caso, qualquer subsídio, isenção ou concessão de crédito presumido, que é a hipótese, à Lei Complementar nº 24/75, que prevê a necessidade de convênio autorizativo e específico. O próprio Ministro-Relator reconheceu que não se tem, no convênio, a indispensável regência a revelar base para lei local. Esta teria substituído a lei complementar exigida constitucionalmente.

Não tenho levado às últimas conseqüências, não tenho alçado a dogma sacrossanto a jurisprudência segundo a qual toda vez que tivermos que proceder a cotejo, para dizer do respeito, ou não, ao texto constitucional, de uma norma atacada com outra norma, complementar, ou não, não cabe ação direta de inconstitucionalidade e, portanto, o controle concentrado.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.122 — AL — Rel.: Min. Ilmar Galvão. Reqte.: Governador do Estado de Alagoas (Advs.: PGE-AL — Paulo Luiz Neto Lôbo e outra). Reqdos.: Governador do Estado de Alagoas e Assembléia Legislativa do Estado de Alagoas.

Decisão : O Tribunal, por maioria, vencido o Presidente em exercício (Ministro Marco Aurélio), «não conheceu» da ação direta de inconstitucionalidade. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Carlos Velloso (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Marco Aurélio (Vice-Presidente).

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 4 de maio de 2000 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.170 — SP
(Medida Cautelar)
(Tribunal Pleno)

Relator : O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence

Requerente: Governador do Estado de São Paulo — Requerida: Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo

I — Ação direta de inconstitucionalidade: competência do STF por força da invocação de norma-padrão da Constituição.

À competência do Supremo Tribunal para conhecer da ação direta contra lei ou ato normativo estadual basta que a *causa petendi* da

argüição seja a sua incompatibilidade com a Constituição Federal: nada importa, para tanto, que às normas pertinentes da Lei Fundamental da República correspondam outras, do mesmo teor, da Constituição do Estado, seja ou não a última resultante da absorção compulsória da federal reproduzida.

II — Processo legislativo: iniciativa reservada ao Poder Executivo e vedação de emenda parlamentar que acarrete aumento de despesa: sua incidência quando a emenda amplia o universo dos beneficiários do acréscimo de remuneração ou qualquer outra vantagem de ordem patrimonial, objeto da proposta do Chefe de Governo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, «deferir» o pedido de medida liminar para suspender a eficácia da Lei nº 10.430, de 6 de dezembro de 1999, do Estado de São Paulo.

Brasília, 1º de junho de 2000 — **Carlos Velloso**, Presidente — **Sepúlveda Pertence**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O Senhor Governador do Estado de São Paulo propõe ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de suspensão cautelar, dos arts. 3º e s. da Lei Estadual 10.430/99.

As normas objeto da argüição e o histórico de sua edição são assim relatados pelo requerente:

«A Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo aprovou o Projeto de Lei nº 321, de 1995 (doc. 01), de origem do Poder Executivo, versando sobre promoção de Praças da Polícia Militar. O projeto foi objeto de emenda pela Assembléia Legislativa (doc. 02), tendo sido aprovado com significativa alteração (Autógrafo nº 23.826 — doc. 03). O Governador vetou totalmente o projeto em 15 de dezembro de 1997 (doc. 04), ao fundamento de sua inconstitucionalidade por ter sido extrapolado o chamado «poder de emendar», ferindo o princípio da separação dos poderes.

O projeto de lei nº 321/95 tinha o seguinte teor:

«Artigo 1º Fica assegurado às Praças da Polícia Militar, que se encontravam no serviço ativo em 9 de abril de 1970, integrando seus diversos quadros e especialidades, e que passaram à inatividade até 24 de outubro de 1985, promoção ao posto de 2º Tenente PM, desde que fossem Subtenentes ou 1ºs Sargentos PM.

Parágrafo único. Os efeitos pecuniários decorrentes da medida, de que trata o artigo anterior, são extensivos aos pensionistas.

Artigo 2º As despesas resultantes da execução desta lei correrão à conta das dotações próprias consignadas no orçamento.

Artigo 3º Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação».

A motivação dada pelo Governador para referida proposição foi a que segue (doc. 5):

«Tenho a honra de encaminhar, por intermédio de Vossa Excelência,

à elevada deliberação dessa nobre Assembléia, o incluso projeto de lei que assegura promoção ao Posto de 2° Tenente PM às Praças que, em 9 de abril de 1970, se encontravam no serviço ativo da Polícia Militar, integrando os seus diversos quadros e especialidades, na condição de Subtenentes ou 1°s Sargentos PM, e que vieram a passar à inatividade até 24 de outubro de 1985.

Reitero, dessa forma, a propositura consubstanciada no Projeto de lei n° 525, de 1994, apresentado por meu antecessor com o objetivo de reparar injustiças e distorções verificadas por ocasião da unificação das extintas Força Pública e Guarda Civil, relativamente às Praças em grau hierárquico superior, tendo em vista, especialmente, as promoções facultadas pelos artigos 1° e 9° da Lei n° 4.794, de 24 de outubro de 1985.

Conforme sabe Vossa Excelência, a mencionada propositura foi aprovada, em 15 de dezembro do ano findo, com uma emenda que deu nova redação ao tópico final do artigo 1° daquele projeto, modificando o tempo verbal que expunha a condição a ser preenchida pelos interessados. Dessa forma a cláusula 'desde que fossem Subtenentes ou 1°s Sargentos', que contemplava uma situação pretérita, foi substituída por outra, cuja dicção, referindo-se ao presente ('desde que sejam Subtenentes ou 1°s Sargentos'), aumentou sobremaneira o número de beneficiários da promoção excepcionalmente concedida.

(...)

Pelas razões ora expostas, reapresento a proposição original, que beneficia exclusivamente as Praças da Polícia Militar que se encontravam no serviço ativo em 9 de abril de 1970 e que foram reformadas até 24 de outubro de 1985, na condição de Subtenentes ou 1°s Sargentos.

(...)

A Assembléia Legislativa, como já mencionado, acolheu o projeto. Contudo, fez alteração na parte final do artigo 1°, gerando a mesma distorção que, em 1994, havia ensejado o veto governamental ao projeto aprovado quando da iniciativa anterior. No texto expedido pela Assembléia nesta nova proposição, a parte final do Artigo 1° recebeu a seguinte redação».

> «Artigo 1° Fica assegurado às Praças da Polícia Militar que se encontravam no serviço ativo em 9 de abril de 1970, integrando seus diversos quadros e especialidades, e que passaram à inatividade até 24 de outubro de 1985, promoção ao posto de 2° Tenente PM, desde que tivessem 30 (trinta) anos ou mais de serviço ou que passaram à inatividade compulsoriamente.»

O veto do Governador, de 15 de dezembro de 1997, foi assim justificado:

(...)

> «De minha iniciativa, a propositura objetivou reparar distorções verificadas por ocasião da unificação das extintas Força Pública e Guarda Civil, assegurando às Praças da Polícia Militar, que se encontravam em serviço na data de 9 de abril de 1970, e que passaram à inatividade até 24 de outubro de 1985, promoção ao posto de 2° Tenente PM, desde que fossem Subtenentes ou 1°s Sargentos PM.

Tratava-se, em verdade, de reiterar iniciativa de meu antecessor, consubstanciada no Projeto de lei nº 525, de 1994, que fui compelido a vetar totalmente, por força de alterações resultantes de emenda, que elevaram o contigente de beneficiários, aumentando a despesa, em flagrante violação ao preceito contido no § 5º, item 1, do artigo 24 da Constituição Federal.

Pretendi, como exposto na mensagem da novel propositura, solucionar o impasse decorrente da pendência da apreciação do veto nessa Casa Legislativa, mesmo porque, se ele fosse rejeitado, a questão haveria de ser levada ao Supremo Tribunal Federal.

O veto acabou sendo acolhido (DOE de 8-6-95, p. 11).

As mesmas razões me obrigam, agora, a impugnar o Projeto de lei nº 321, de 1995, aprovado com emenda que deu nova redação ao tópico final de seu artigo 1º, modificando a condição a ser preenchida pelos interessados.

A cláusula 'desde que fossem Subtenentes ou 1ºs Sargentos PM' foi substituída por outra — 'desde que tivessem 30 (trinta) anos ou mais de serviço ou que passaram à inatividade compulsoriamente' -, daí resultando substancial elevação do contingente de beneficiários da promoção, fato reconhecido na própria justificativa da referida emenda (DOE de 1º-6-95, p. 03).

Sobre ser impositivo o veto, já que a proposta original foi completamente desfigurada, a Secretaria da Segurança Pública informa que a modificação tem conseqüências muito mais graves que as já admitidas pelo próprio legislador, pois acarretará a promoção de cerca de seis mil, oitocentos e cinqüenta e dois Praças, quando a iniciativa contemplava cerca de seiscentos, com um aumento mensal de custo da ordem de R$ 5.904.202,40 (cinco milhões, novecentos e quatro mil, duzentos e dois reais e quarenta centavos), alçando o valor da folha de inativos para 49,35% da folha total (ativos e inativos), sem contar os prejuízos para o sistema hierárquico da Polícia Militar».

(...)

O veto, porém, veio a ser derrubado pela Assembléia Legislativa, do que o Governador foi comunicado em 30 de novembro de 1999 (doc. 06). A seguir, o projeto foi promulgado pelo Presidente da Assembléia Legislativa e publicado no Diário Oficial do Estado, passando a vigorar como a Lei nº 10.430, de 6 de dezembro de 1999 (doc. 07).

O objetivo da presente ação direta é, portanto, obter a declaração de inconstitucionalidade integral da Lei nº 10.430/99, a qual, embora nascida de iniciativa do Chefe do Executivo, acabou por ser aprovada na forma de emenda parlamentar que desfigurou completamente o projeto original».

Dos fundamentos da inconstitucionalidade argüida, extrai-se:

«Segundo o art. 63, I, da Constituição Federal (repetido no art. 24, § 5º, da Constituição do Estado) «não será admitido aumento da despesa prevista nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente». A emenda parlamentar autorizou a concessão de promoção a um nú-

mero muito maior de pessoas (Praças), gerando as correspondentes despesas.

Essas despesas não estavam previstas no projeto original (que limitava-se a conceder a promoção ao posto de 2° Tenente apenas às Praças que fossem Subtenentes ou 1°s Sargentos) nem decorriam de norma já em vigor.

O aumento de despesas gerado com a promulgação desta Lei é significativo. De um universo restrito de Subtenentes e 1°s Sargentos, a Lei passou a abarcar toda e qualquer Praça que estivesse na ativa em 9 de abril de 1970 e que reformou-se até 24 de outubro de 1985».

E adiante:

«Não bastasse o aumento de despesas gerado com esta ampliação do rol de beneficiados, a versão aprovada pela Assembléia Legislativa acarretará disparidade no tratamento de um mesmo grupo de categorias. Deveras: segundo a Lei 4.794/85, a promoção das outras Praças (isto é, as que não haviam sido abrangidas por seu art. 9° por não terem os postos de Subtenentes e Primeiros-Sargentos) seria feita por critérios próprios, previstos no art. 1°, **verbis**:

> «Art. 1° Fica assegurado às praças do serviço ativo da Polícia Militar que, em 9 de abril de 1970, integravam os diversos quadros e especialidades:
>
> I — promoção, a pedido, ao posto de Segundo-Tenente do Quadro Especial de Oficiais (QEOPM), mediante a comprovação dos seguintes requisitos, na data em que a requerer, desde que seja Subtenente PM:
>
> **a)** estar, no mínimo, no comportamento 'bom';
>
> **b)** ter completado, com aproveitamento, o 2° grau de ensino ou equivalente, de acordo com a legislação federal;
>
> **c)** ser considerado apto em inspeção de saúde;
>
> II — promoção, a pedido, à graduação de Terceiro-Sargento PM dentro da respectiva Qualificação Policial-Militar, mediante o preenchimento dos seguintes requisitos:
>
> **a)** contar mais de 5 (cinco) anos na graduação de Cabo PM;
>
> **b)** estar, no mínimo, no comportamento 'bom';
>
> **c)** ser considerado apto em inspeção de saúde;
>
> **d)** concluir, com aproveitamento, o estágio correspondente.
>
> III — promoção, a pedido, à graduação de Cabo PM da respectiva Qualificação Policial-Militar, mediante o preenchimento dos seguintes requisitos:
>
> **a)** estar, no mínimo no comportamento 'bom';
>
> **b)** ser considerado apto em inspeção de saúde;
>
> **c)** concluir, com aproveitamento, o estágio correspondente».

Assim, por exemplo, o Cabo poderia ser elevado à condição de Terceiro-Sargento, o Soldado à de Cabo, observados alguns requisitos (escolaridade, bom comportamento, conclusão de estágio, etc). Esse foi o regime instituído para as Praças que então se encontravam na ativa.

Pois bem. A lei cuja impugnação é objeto da presente ação acabou por conferir a Praças que, em 1985, já haviam passado para a inatividade, um benefí-

cio que os da ativa não tiveram, nem têm. Segundo a nova lei, os Soldados, Cabos, Terceiros e Segundos-Sargentos foram, todos, indistintamente e sem qualquer justificativa, guindados à condição de Segundo-Tenente.

Tal situação é inexplicável. Como justificar que os Soldados, Cabos e Terceiros e Segundos-Sargentos que passaram para a inatividade antes da Lei 4.794/85 recebam uma promoção especial a que os da ativa não fazem jus? Isso fez com que o projeto nascido para afastar distorções passadas terminasse por criar outras, ainda mais graves.

Mas não é só. A segunda razão da impropriedade da Lei 10.430/99 é o desrespeito ao critério hierárquico, minuciosamente observado pela Lei 4.794/85 e cuja diretriz o projeto governamental acolheu.

Da análise dos arts. 1° e 9° da Lei 4.794/85 nota-se que as promoções concedidas obedeciam à hierarquia existente dentro da Polícia Militar. Assim, para cada categoria lá disciplinada, desde que cumpridas as condições, a promoção concedida foi a postos imediatamente superiores. Assim é que, conforme seu art. 1°, os Subtenentes foram promovidos ao posto de Segundo-Tenente, os Cabos ao de Terceiro-Sargento, os Soldados ao de Cabo. Também em relação ao art. 9° a hierarquia foi respeitada: apenas os Subtenentes e Primeiros-Sargentos poderiam passar para o quadro de Oficiais, no posto de Segundos-Tenentes.

A Lei 10.430/99, na versão ora impugnada, não observa este critério. Como dito anteriormente, qualquer Praça passará para o quadro de Oficiais. O Soldado, por exemplo, estará automaticamente promovido ao posto de Segundo-Tenente, sem ter mesmo passado pelo posto de Cabo, Terceiro-Sargento, Segundo-Sargento, Primeiro-Sargento ou Subtenente.

Por todas essas razões, nota-se que a Lei aprovada afastou-se totalmente do projeto inicial apresentado pelo Governador, este sim norteado pelo objetivo de seguir a diretriz da Lei 4.794/85 e eliminar as distorções por ela geradas. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aplicável à espécie, é no sentido de que a emenda a projeto de lei de iniciativa exclusiva do Executivo incide em inconstitucionalidade formal em caso de «**absoluta impertinência, em face do texto do projeto**» (STF Pleno, RDA 197/229 e RTJ 152/43), bem como que «**o poder que tem o Legislativo de emendar projeto de lei de iniciativa privativa dos outros dois Poderes do Estado encontra outro limite, além daquele previsto no referido art. 63, I, da Constituição, qual seja, o da pertinência da emenda à matéria versada ao Projeto. Trata-se de princípio que, por imperativo lógico, se acha implícito no próprio significado da ação de emendar. Do contrário, estaria institucionalizada a possibilidade de burla ao postulado de iniciativa privativa de leis**». (ADIn 574-0, RDA 197/228-236, trecho extraído do voto do relator, p. 233).»

Para requerer a suspensão cautelar, aduz o Sr. Governador do Estado:

«Ante a plausibilidade da tese jurídica exposta e considerando que a demora no julgamento definitivo desta ação sujeitará a Administração Estadual, por longo período, à observância de lei inconstitucional, prejudicando de maneira eficaz a boa organização do aparato estatal, torna-se imperativa a

concessão de medida cautelar que suspenda imediata e integralmente a execução do texto normativo acoimado de inconstitucional, na forma do art. 102, inc. I, alín. **p** , da Constituição Federal, e dos arts. 10 e seguintes da Lei nº 9.868/99.

Demais disso, a legislação impugnada gera inegável aumento de despesa pública ao Estado. Com efeito, com o referido acima, o Estado deverá arcar, desde logo, com um acréscimo de cerca de R$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais) mensais, em razão da promulgação da Lei ora impugnada. Por mais essa razão, mostra-se necessária a imediata concessão de medida cautelar suspendendo a execução do texto legal, sem que se determine a prévia audiência da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, órgão que emanou o dispositivo impugnado, conforme autoriza o art. 10, § 3º, da Lei nº 9.898/99».

Não obstante, solicitei informações.

Prestou-as o Sr. Presidente da Assembléia Legislativa, que suscita preliminarmente a incompetência do Supremo Tribunal para a demanda.

Depois de recordar que, no Estado, a invocada iniciativa exclusiva do Governador deriva do art. 24, § 2º, 1 a 4, da Constituição local, aduz o informante:

«**Ad argumentandum**, se a lei atacada padece de vício de inconstitucionalidade, este se verifica em face da Carta Estadual, e não da Lei Magna Federal, de tal sorte que a competência para declarar a sua inconstitucionalidade é do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos termos do § 2º do art. 125 da Carta Federal, que dispõe caber aos Estados «a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão».

E o art. 74, inciso VI, da Constituição Bandeirante, assim estatui:

> Art. 74. Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente:
>
> .....
>
> VI — a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, contestados em face desta Constituição, o pedido de intervenção em Município e ação de inconstitucionalidade por omissão, em face de preceito desta Constituição;»

A propósito, reportando-nos às razões do veto do Sr. Governador ao Projeto de Lei nº 321, aprovado com emendas pela Assembléia Legislativa, verificamos que o seu principal fundamento é a sua suposta inconstitucionalidade por afronta ao disposto no § 5º, item 1, do art. 25 da Carta Estadual, que estabelece restrições ao poder de emendar.

De fato, não obstante sejam invocados, na exordial, dispositivos constitucionais federais, cinge-se, inequivocamente, a discussão, a suposta ofensa a norma constitucional estadual. Dessa forma, é de rigor o pronunciamento da Corte Estadual sobre matéria que lhe é afeita, nos moldes, aliás, do que dispõe a própria Carta Federal. O correto, portanto, para que não houvesse supressão de instância, seria o ajuizamento da ação perante o E. Tribunal de Justiça estadual, o que possibilitaria, ainda, em última análise, o judicioso pronunciamento dessa Corte Constitucional

acerca do tema, isto em sede de recurso extraordinário».

Contesta-se depois o **fumus boni juris** da alegação de inconstitucionalidade da lei questionada:

«Insurge-se o Requerente contra o fato de a lei atacada ter supostamente ampliado o rol de beneficiários constantes da proposição original, o que teria implicado em aumento de despesas, o que é vedado pela **Lex Fundamentalis** em se tratando de matéria de sua iniciativa exclusiva.

Entretanto, conforme assinalado pela ilustre Deputada Célia Artacho, Relatora Especial designada, no Parecer nº 187, de 1988 (cópia anexa), cuja fundamentação adotamos, «o contingente de beneficiários não é maior do que a proposta originária do Executivo. Trata-se, na verdade, do cômputo de pensionistas naquele universo, segundo informação prestada pelo Tenente Coronel Joel Alves Filho, Diretor Interino da Diretoria de Pessoal da Polícia Militar do Estado, em resposta a Requerimento de Informações nº 2.056, de 1996, de autoria do Deputado Campos Machado, o qual consta do referido processo. Assim sendo, consideramos que a proposta não infringe o disposto no item 1 do § 5º do artigo 24 da Constituição do Estado...»

Alega, ainda, o Requerente, que a lei em questão, tal como foi aprovada, também pelo fato de alargar o rol de Praças contempladas com a promoção para a patente de 2º Tenente PM, desrespeita o rígido sistema hierárquico da Polícia Militar.

Ainda que, por hipótese, se admita tal fato, não há que se falar em ofensa às Constituições Federal ou Estadual, uma vez que a hierarquia das Polícias Militares não é ditada por norma constitucional».

Submeto ao Plenário o requerimento liminar.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator):

I

À competência do Supremo Tribunal para conhecer da ação direta contra lei ou ato normativo estadual basta que a **causa petendi** da argüição seja a sua incompatibilidade com a Constituição Federal.

Nada importa, para tanto, que às normas pertinentes da Lei Fundamental da República correspondam outras, do mesmo teor, da Constituição do Estado.

Se essa for a hipótese, de duas, uma.

Ou a identidade de conteúdo é mera coincidência, resultante de livre opção do constituinte local ou, pelo contrário, a norma constitucional federal por ele reproduzida se imporia de qualquer modo à ordem jurídica do Estado-membro, reproduzida ou não no texto de sua lei constitucional.

No primeiro caso — identidade por coincidência livremente decidida pelo Estado — a ação direta é de ser julgada improcedente, pois a lei estadual que desrespeita norma autonomamente ditada pela Constituição local, por isso mesmo, só a essa ofende e não à Constituição Federal: não obstante, só o Supremo Tribunal pode declarar essa improcedência.

Se, ao contrário, a identidade de conteúdo entre os dois textos constitucionais resulta da vinculação do Estado, no ponto considerado, ao disposto na Constituição da República, esta será diretamente ofen-

dida pela lei local que a contrariar, pouco importando que simultaneamente se afronte a Constituição do Estado.

Nesse caso — porque compulsória a observância pelo Estado da Constituição Federal, independentemente de sua repetição na Carta local — sustentei, ao votar na Rcl 383 (RTJ 147/404, 478), a ociosidade da norma de reprodução inserta na Constituição do Estado, para extrair daí que a contradição entre a última e a lei local se resolvia na inconstitucionalidade dessa perante a Constituição Federal, a cuja declaração em abstrato é privativa a competência do Supremo Tribunal.

Certo, fiquei vencido, posto que na honrosa companhia dos ems. Ministros Velloso, Rezek e Celso de Mello (Rcl 383, 11-6-92, Moreira Alves, RTJ 147/404); e — embora não convencido — me tenho rendido à orientação então vitoriosa, no sentido — como consignado na ementa — da «**admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal, de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta**».

Daí não é lícito inferir, no entanto, a ilação das informações da Assembléia Legislativa, segundo a qual, dada a identidade de conteúdo, ainda quando compulsória, a competência originária para a ação direta tocaria sempre ao Tribunal local, sujeita a decisão a recurso extraordinário.

A premissa do entendimento dominante no Tribunal não é que, em tal contingência — como parece supor o ilustre informante — haja duas inconstitucionalidades superpostas, das quais a primeira, imediata, em face da Constituição do Estado, e a segunda, mediata, perante a Constituição Federal.

Definitivamente, não.

A partir da afirmação — contrária à ociosidade, que lhes atribuía eu — da eficácia jurídica própria das normas estaduais de reprodução de dispositivos constitucionais federais de absorção compulsória pelo Estado, o que me parece subjacente ao voto condutor do em. Ministro Moreira Alves é a admissão de uma duplicidade de inconstitucionalidades paralelas da mesma lei local, em face da Carta do Estado e da Constituição da República, ainda que, da supremacia desta e da identidade de conteúdo dos respectivos parâmetros normativos, resultasse, quando argüida no Tribunal de Justiça a invalidez provincial, da decisão pudesse caber o recurso extraordinário.

Quando, entretanto, repita-se, funde-se a ação direta na argüição de inconstitucionalidade da lei estadual perante a Constituição Federal, jamais se pôs em dúvida a competência originária do Supremo Tribunal.

Segue-se daí, é certo, a possibilidade da pendência simultânea de ações diretas contra a mesma lei estadual no Supremo Tribunal — por afronta à Constituição da República — e no Tribunal de Justiça — por contrariedade à do Estado, ainda que essa haja reproduzido, daquela, preceito vinculante diretamente da ordem local.

Nesse caso, entretanto, ao contrário do que supõe o raciocínio das informações, o concurso se resolve em favor da ação direta proposta perante o Supremo Tribunal.

É o que se extrai da minuciosa ementa do AgRgRcl 425(MC), 27-5-93, da lavra do em. Ministro Néri da Silveira, que consigna no ponto — RTJ 152/371, 372:

> «A circunstância de a ação de inconstitucionalidade sustentar ofensa a norma da Carta estadual, que constitua

repetição de norma da Constituição Federal, não é, em si, suficiente a autorizar, pela via da reclamação, interdite o STF o conhecimento e julgamento do litígio de constitucionalidade pela Corte local, que lhe foi presente com base na competência a ela originariamente conferida (CF, art. 125, § 2º). Admitir-se a reclamação, como aforada, implicaria entender que o STF possui poder avocatório de representação de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal, em face da Constituição estadual, tramitando no Tribunal de Justiça, para formular sobre a causa, previamente, um juízo de possibilidade jurídica do pedido. Em hipótese como a em exame, se a reclamação é improcedente, isso não significa que a causa impugnada não poderá vir a ser conhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Da decisão de Tribunal de Justiça, em representação de inconstitucionalidade, com base no art. 125, § 2º, da Constituição Federal, poderá caber recurso extraordinário, a teor do art. 102, III, da Lei Maior da República. Nada impede que, nessa ação do art. 125, § 2º, da Lei Magna, se impugne, como inconstitucional, perante a Constituição Federal, a interpretação dada ao preceito de reprodução existente na Constituição do Estado, por ser essa exegese violadora da norma federal reproduzida, que não pode ser desrespeitada, na Federação, pelos diversos níveis de Governo (Reclamação no 383-3-SP). Desprezada a impugnação, em princípio, poderá caber recurso extraordinário, submetendo-se, assim, ao STF, o debate da matéria, onde se assentará o exato entendimento da regra constitucional federal reproduzida. A natureza da norma da Constituição estadual, tida como vulnerada, há de ser objeto da decisão de mérito da representação, pelo Tribunal de Justiça. A eficácia **erga omnes** da decisão da Corte local, na representação de inconstitucionalidade (CF, art. 125, § 2º).

(...)

Em se tratando, no caso, de lei estadual, essa poderá, também, ser, simultaneamente, impugnada no STF, em ação direta de inconstitucionalidade, com base no art. 102, I, letra **a**, da Lei Magna federal. Se isso ocorrer, dar-se-á a suspensão do processo de representação no Tribunal de Justiça, até a decisão final do STF. A interpretação pelo STF da norma constitucional federal reproduzida na Carta estadual vincula, **erga omnes**, restando, no Tribunal local, prejudicada a representação de inconstitucionalidade nele ajuizada, por ofensa a regra constitucional estadual que reproduza dispositivo constitucional federal. Julgada procedente a ação de inconstitucionalidade, **ut** art. 102, I, letra **a**, da Constituição Federal, por ofensa a regra reproduzida no âmbito estadual, prejudicada ficará a representação no Tribunal de Justiça, por esse fundamento. Se, entretanto, a representação de inconstitucionalidade, no âmbito do Tribunal local, estiver baseada em outros fundamentos, além da alegação de ofensa de norma reproduzida, e a decisão do STF, na ação perante ele ajuizada, simultaneamente, por ofensa à regra constitucional reproduzida, der pela improcedência da demanda, a ação, no Tribunal de Justiça, prosseguirá por esses outros fundamentos».

Na mesma linha, na ADInMC 1.423, 20-6-96, relator o Ministro Moreira Alves, assentou-se, conforme a ementa (reproduzida na RTJ 163/547):

«Rejeição das preliminares de litispendência e de continência, porquanto, quando tramitam paralelamente duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma no Tribunal de Justiça local e outra no Supremo Tribunal Federal, contra a mesma lei estadual impugnada em face de princípios constitucionais estaduais que são reprodução de princípios da Constituição Federal, suspende-se o curso da ação direta proposta perante o Tribunal estadual até o julgamento final da ação direta proposta perante o Supremo Tribunal Federal, conforme sustentou o relator da presente ação direta de inconstitucionalidade em voto que proferiu, em pedido de vista, na Reclamação nº 425».

Se assim é quando correm, ao mesmo tempo, as duas ações diretas, **a fortiori**, proposta unicamente e que se funda na contrariedade à Constituição Federal, é manifesto que não é óbice à sua admissão, nem à afirmação da competência do Supremo Tribunal Federal, que os parâmetros federais — de resto, de absorção compulsória pelos Estados — hajam sido imitados na Constituição local.

De tudo, rejeito a preliminar de incompetência e conheço da ação direta.

II

A plausibilidade da argüição de inconstitucionalidade formal é manifesta, à luz do art. 63, I, da Constituição, do qual resulta a vedação de emenda parlamentar que acarrete aumento da despesa, nos projetos de iniciativa reservada ao Poder Executivo.

A vedação — porque inserida no modelo positivo de separação e independência dos Poderes — é de observância compulsória pelos Estados, como iterativamente tem decidido o Tribunal (**v.g.**, ADIn 805, 17-12-98, Pertence, RTJ 168/391, com indicação de precedentes).

De sua vez, dispensa demonstração o aumento de despesas resultantes da ampliação do número de servidores beneficiários de acréscimo de remuneração ou qualquer outro benefício funcional de ordem patrimonial (**v.g.**, ADIn 822, 25-4-96, Gallotti, RTJ 163/882; ADInMC 816, 23-4-93, Galvão, RTJ 149/417).

Que esse seja o caso, demonstrou-o suficiente a petição inicial: ao passo que a proposição visava a beneficiar, com a promoção a 2º Tenente, os que, atendidos os registros temporais especificados, fossem, ao passar para a inatividade, subtenentes ou 1ºs Sargentos, a lei questionada, nas mesmas condições, estendeu o favor a todos os Praças da Polícia Militar, que contassem «**trinta anos ou mais de serviço ou que passaram à inatividade compulsória**».

A essa evidência lógica, não logrou opor desmentido convincente a tímida e obscura contestação das informações.

De outro lado, o número de beneficiários da ampliação do universo das promoções, assim como a despesa conseqüente — segundo as informações do Sr. Governador — permitem antever risco de danos financeiros ao Estado, de difícil recuperação, se persistir a eficácia da lei impugnada.

Esse o quadro, defiro a cautelar: é o meu voto.

VOTO

O Senhor Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, o projeto do Poder Executivo visou à promoção das praças, que passaram à inatividade até 24 de outubro de 1985, ao posto de Segundo-Tenente da Polícia Militar, considerados os postos

de Subtenente e Primeiro-Sargento da Polícia Militar. Na Assembléia Legislativa, como ressaltado pelo Senhor Ministro-Relator, ocorreu modificação substancial que, depois, veio a ser glosada pelo Governador do Estado de São Paulo, mediante veto derrubado pela Assembléia, importando tal alteração no elastecimento da clientela, a ponto de ter-se seis mil ao invés de cerca de seiscentos beneficiados com a norma. Houve, portanto, a inobservância do disposto na Constituição Federal, no que veda a emenda em projeto de iniciativa exclusiva do Poder Executivo quando implique aumento de despesa.

Acompanho Sua Excelência e defiro a liminar.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.170 (Medida cautelar) — SP — Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. Reqte.: Governador do Estado de São Paulo (Adv.: PGE-SP — Márcio Sotelo Felipe). Reqda.: Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

Decisão : O Tribunal, por unanimidade, deferiu o pedido de medida liminar para suspender a eficácia da Lei nº 10.430, de 6 de dezembro de 1999, do Estado de São Paulo, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Néri da Silveira, Sydney Sanches e Ilmar Galvão.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 1º de junho de 2000 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.183 (AgRg) — AM (Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Octavio Gallotti

Agravante: ABETS — Associação Brasileira das Empresas de Telecomunicações por Satélite — Agravados: Governador do Estado do Amazonas e Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas

Não é parte legítima para a proposição de ação direta a entidade que congrega mero seguimento do ramo das entidades das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações ou dedicadas à indústria e ao comércio nessa área.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, «negar provimento» ao agravo regimental.

Brasília, 4 de maio de 2000 — **Marco Aurélio**, Presidente — **Octavio Gallotti**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Octavio Gallotti: Trata-se de ação direta proposta pela ABETS — **Associação Brasileira das Empresas**

de Telecomunicações por Satélites contra dispositivos da Lei Complementar nº 19/67 — Código Tributário do Estado do Amazonas — no ponto (artigos 6º, § 1º, III e 7º, I e XIV) onde impõe a incidência do ICMS em referência às operações com ativos fixos e de transferência de mercadorias e bens entre estabelecimentos do mesmo titular.

Por meio do seguinte despacho, neguei seguimento ao pedido:

«Representando simples parcela setorizada de atividade econômica, não satisfaz a Requerente ao pressuposto da caracterização de entidade de classe, capaz de ajuizar ação direta de inconstitucionalidade, segundo o disposto no art. 103, IX, parte final, da Constituição (cfr. ADI 1.365, DJ de 23-2-96, ADI 1.486, DJ de 13-12-96 e ADI 90, sessão de 2-10-97).

Por falta de legitimidade ativa, nego seguimento ao pedido.

Publique-se.» (Fl. 115)

Invocando, a **contrario sensu**, o magistério do Supremo Tribunal na ADI 108 (QO), relator o eminente Ministro **Celso de Mello,** em que se decretou a ilegitimidade ativa da ABTI — Associação Brasileira de Teleprodutores Independentes, sustenta a Agravante:

«6) Logo, a Agravante é entidade de âmbito nacional **porque abriga interesses homogêneos, comuns a todos os seus associados e que caracterizam efetiva representação de classe.** Seus membros **não** estão vinculados a «estratos sociais, profissionais ou econômicos diversificados» e seus interesses **não** são contrastantes, o que legalmente a habilita a propor a **Ação Direta de Inconstitucionalidade,** na qualidade de parte legítima, **ex vi** do artigo 103, IX, parte final da Magna Carta, e da jurisprudência desta Corte:

Supremo Tribunal Federal

Descrição: Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Número: 42

Julgamento: 24-9-1992

Ementa

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Legitimidade ativa. Entidade de classe de âmbito nacional. Caracterização. Art. 103, IX, CF.

Associação que reúne empresas, sociedades de companhias abertas, pessoas jurídicas de direito privado, não caracteriza entidade de classe de âmbito nacional legitimada para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade. **Necessidade de unidade, em caráter permanente, de interesse daqueles que empreendem atividade profissional idênticas.** Ação não conhecida. Ilegitimidade ativa **ad causam**.» (fls. 124/5)

.....

«7) No mundo moderno, as telecomunicações por satélite constituem mais do que simples parcela setorizada da atividade econômica de comunicações, singelamente considerada, porque representam a grande totalidade das comunicações realizadas dentro e fora do País, cuja relevância não pode ser desconsiderada.

8) A propósito, não se está a discutir a validade dos estatutos para fins de se caracterizar a Agravante como entidade de âmbito nacional, mas a realidade da atividade exercida e sua legítima representação nacional. Na realidade, a Agravante congrega empresas que prestam serviços de telecomunicações

em satélites, produzem ou comercializam equipamentos de telecomunicações por satélite e sua representação abrange todo o território nacional.

9) Outrossim, esta Colenda Corte considerou na ADIn 831-DF, RTJ 150/707 que «a razão de ser da legitimidade prevista no art. 103 da Constituição Federal está na representatividade de uma certa categoria», o que também legitima a Agravante a propor a competente Ação Direta de Inconstitucionalidade, posto que representa o interesse das empresas de telecomunicações em satélites, qualquer que seja a atividade econômica a final desenvolvida — prestação de serviços, produção ou comercialização de produtos» (fls. 125/6).

A Agravante assevera a relação de pertinência entre o tema abordado e os objetivos da entidade requerente, de modo a concluir:

«14) Logo, também no que concerne à pertinência do tema, está legitimada a Agravante a figurar no pólo ativo da ação como parte legítima a propor Ação Direta de Inconstitucionalidade nos exatos termos do artigo 103, IX, parte final da Constituição Federal, eis que age como entidade de âmbito nacional que é, representando interesses coesos, afins e que traduzem, mais do que uma atividade econômica, a existência de uma categoria profissional definida.

15) Do exposto, é a presente para requerer a reconsideração do r. despacho de fl., ou assim não entendendo o Ilmo. Sr. Ministro-Relator, a remessa dos autos ao Tribunal Pleno, na forma do Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal, para a final, dar-se provimento ao presente **Agravo Regimental,** declarando-se a legitimidade ativa da Agravante e o processamento e tramitação regular da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta perante legislação do Estado do Amazonas.» (Fl. 129)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Octavio Gallotti (Relator): Não se nega a coesão de interesses existente entre as empresas filiadas à autora, nem o seu vulto econômico, ou mesmo o grau de representatividade da autora no âmbito do setor de sua atuação. O que se lhe faz ressentir de legitimidade é a condição de mero segmento ou porção do ramo de atividades das prestadoras de serviço de telecomunicações (ou dedicadas à indústria e ao comércio nessa área).

Afigura-se precedente bem ilustrativo, para essa hipótese, o assentado no julgamento do agravo regimental na Ação Direta nº 90, citado no despacho ora agravado e que fora, sem êxito, interposto pela Associação Técnica Brasileira das Indústrias Automáticas de Vidro, não representativa da atividade industrial, em geral, nem do ramo, por inteiro, da fabricação de vidros (sessão de 2-10-97).

Esclareço não se haver recusado, no despacho agravado, a ocorrência do pressuposto da pertinência, embora não seja demais ressaltar o interesse genérico residente na constitucionalidade das normas impugnadas, que compreende os contribuintes em geral, não se achando ele adstrito ao seguimento da subcategoria representada pela autora.

Nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.183 (AgRg) — AM — Rel.: Min. Octavio Gallotti. Agte.: ABETS —

Associação Brasileira das Empresas de Telecomunicações por Satélite (Advs.: Claudia Cristina Nunes Nóbrega, Rogério Pires da Silva e outros). Agdos.: Governador do Estado do Amazonas e Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, «negou provimento» ao agravo regimental. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Nelson Jobim, Sydney Sanches e Carlos Velloso (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Marco Aurélio (Vice-Presidente).

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 4 de maio de 2000 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

CARTA ROGATÓRIA Nº 8.279 (AgRg) — REPÚBLICA ARGENTINA (Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Agravante: Coagulantes Argentinos S/A

Mercosul — *Carta rogatória passiva* — *Denegação de* Exequatur — Protocolo de medidas cautelares *(Ouro Preto/MG)* — *Inaplicabilidade,* por razões *de ordem circunstancial* — *Ato internacional cujo* ciclo de incorporação, *ao direito interno do Brasil,* ainda não se achava *concluído* à data *da decisão denegatória do* exequatur, *proferida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal* — Relações *entre o* direito internacional, *o* direito comunitário *e o* direito nacional *do Brasil* — Princípios *do efeito direto* e *da aplicabilidade imediata* — Ausência *de sua previsão no sistema constitucional brasileiro* — Inexistência *de cláusula geral de recepção plena e automática de atos internacionais,* mesmo *daqueles fundados em tratados de integração* — *Recurso de agravo* improvido.

A *recepção* dos tratados ou convenções internacionais em geral *e* dos acordos celebrados no âmbito do Mercosul *está sujeita* à disciplina fixada *na Constituição da República.*

— A *recepção* de acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do *Mercosul está sujeita* à mesma *disciplina constitucional* que rege o processo de *incorporação,* à ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral. *É,* pois, *na Constituição da República,* e não em instrumentos normativos de caráter internacional, que reside a definição do *iter* procedimental pertinente à *transposição,* para o plano do direito positivo interno do Brasil, dos tratados, convenções ou acordos — *inclusive* daqueles celebrados no contexto regional do *Mercosul* — concluídos pelo Estado brasileiro. *Precedente: ADI 1.480-DF,* Rel. Min. *Celso de Mello.*

— Embora *desejável* a adoção de mecanismos constitucionais *diferenciados,* cuja instituição *privilegie* o processo de *recepção* dos atos, acordos, protocolos ou tratados celebrados pelo Brasil no âmbito do *Mercosul,* esse é um tema que *depende,* essencialmente, quanto à sua solução, de *reforma* do texto da Constituição brasileira, *reclamando,* em conseqüência, modificações *de jure constituendo.* Enquanto *não* sobrevier essa *necessária* reforma constitucional, a questão da *vigência doméstica* dos acordos celebrados sob a égide do *Mercosul continuará* sujeita ao *mesmo* tratamento normativo que a Constituição brasileira dispensa aos tratados internacionais em geral.

Procedimento constitucional de *incorporação* de convenções internacionais em geral *e* de tratados de integração (Mercosul).

— A *recepção* dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do *Mercosul depende,* para efeito de sua ulterior *execução no plano interno,* de uma *sucessão* causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: *(a) aprovação,* pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; *(b) ratificação* desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; *(c) promulgação* de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, *essenciais* à sua vigência doméstica: *(1) publicação* oficial do texto do tratado e *(2) executoriedade* do ato de direito internacional público, que passa, então — *e somente então* — a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. *Precedentes.*

O Sistema Constitucional Brasileiro *não consagra* o princípio do efeito direto *e nem* o postulado da aplicabilidade imediata dos tratados ou convenções internacionais.

— A Constituição brasileira *não consagrou,* em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, *nem* o princípio do efeito direto, *nem* o postulado da aplicabilidade imediata.

Isso significa, *de jure constituto,* que, *enquanto não se concluir* o ciclo de sua transposição, *para o direito interno,* os tratados internacionais *e* os acordos de integração, *além de não poderem* ser invocados, *desde logo,* pelos particulares, *no que se refere* aos direitos e obrigações neles fundados (*princípio* do efeito direto), *também não poderão ser aplicados,* imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (*postulado* da aplicabilidade imediata).

— O *princípio do efeito direto* (aptidão de a norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares) e o *postulado da aplicabilidade imediata* (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna) *traduzem* diretrizes que *não se acham* consagradas *e nem positivadas* no texto da Constituição da República, motivo pelo

qual tais princípios *não podem ser* invocados para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de *qualquer* convenção internacional, ainda que se cuide de tratado de integração, *enquanto* não se concluírem os *diversos* ciclos que compõem o seu processo de incorporação ao sistema de direito interno do Brasil. Magistério da *doutrina*.

— *Sob a égide* do modelo constitucional brasileiro, *mesmo* cuidando-se de tratados de integração, *ainda* subsistem os *clássicos* mecanismos institucionais de *recepção* das convenções internacionais em geral, *não bastando*, para afastá-los, a existência da norma inscrita *no art. 4º, parágrafo único*, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático *e* cujo sentido *não torna dispensável* a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição, *para a ordem jurídica doméstica*, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do *Mercosul*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, «em Sessão Plenária», na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, «por unanimidade de votos», «negar» provimento ao recurso de agravo.

Brasília, 17 de junho de 1998 — **Celso de Mello**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Trata-se de **recurso de agravo**, tempestivamente interposto, contra ato decisório que negou **exequatur** a carta rogatória encaminhada pela Justiça Federal da República Argentina.

Essa decisão, que por mim foi proferida na Presidência do Supremo Tribunal Federal, está assim ementada (**fl. 55**):

«**Mercosul. Protocolo de Medidas Cautelares** (Ouro Preto/MG). **Ato de direito internacional público.** Convenção ainda **não** incorporada ao direito interno brasileiro. **Procedimento constitucional** de incorporação dos atos internacionais que ainda **não** se concluiu. O **Protocolo de Medidas Cautelares** adotado pelo Conselho do Mercado Comum (**Mercosul**), por ocasião de sua VII Reunião, realizada em Ouro Preto/MG, em dezembro de 1994, **embora aprovado pelo Congresso Nacional** (Decreto Legislativo nº 192/95), **não** se acha formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, pois, **a despeito de já ratificado** (instrumento de ratificação depositado em 18-3-97), ainda **não** foi promulgado, mediante decreto, pelo Presidente da República. **Considerações doutrinárias e jurisprudenciais** em torno da questão da **executoriedade** das convenções ou tratados internacionais no âmbito do direito interno brasileiro. **Precedentes: RTJ 58/70**, Rel. Min. **Oswaldo Trigueiro — ADI nº 1.480-DF**, Rel. Min. **Celso de Mello**.»

O ora agravante, inconformado com esse pronunciamento, **interpôs** o presente recurso, **sustentando**, em suas razões recursais, em síntese, o que se segue (**fls. 71/80**):

«O panorama normativo regulador do Mercosul compreende os seus trata-

dos constitutivos — o Tratado de Assunção, que institui o mercado comum, o Protocolo de Ouro Preto, que dá ao Mercosul uma estrutura institucional, e o Protocolo de Brasília, que cria mecanismos para soluções de controvérsias entre os Estados-Membros — e uma variada gama de tratados temáticos, dentre os quais se destacam os tratados destinados a possibilitar a mais ampla e frutífera cooperação jurisdicional entre os Estados-Membros.

Releva notar, aqui, o **Protocolo de Las Leñas**, de 27-7-92, sobre a cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 55, de 19-4-95 e promulgado pelo Decreto nº 2.067, de 12-11-96, e o já citado **Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto**, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 192/95, de 18-12-95, e ratificado pelo Governo brasileiro, através do depósito do instrumento respectivo, em 18-3-97.

.....

Todos esses tratados, celebrados em um intervalo de menos de vinte anos, refletem uma única e mesma realidade normativa, evidente e eloqüente: as relações interjurisdicionais entre os países irmãos do Cone Sul da América Latina, e especialmente entre Brasil e Argentina, **não podem mais se pautar pelas mesmas regras jurídicas de 150 anos atrás**. Ou melhor: de vinte anos para cá, pode-se dizer que o conceito de soberania cedeu mais e mais espaço para o princípio da cooperação e o reconhecimento mútuo da atuação legítima e não ofensiva da autoridade jurisdicional estrangeira.

E, em matéria de medidas cautelares, não poderia ser diferente.

.....

O Protocolo de Medidas Cautelares celebrado entre os Estados-Membros do Mercosul visa a suprir uma **marcante e intolerável deficiência** nos mecanismos de cooperação jurisdicional tradicionalmente conhecidos e aceitos pelo direito consuetudinário. Na realidade, embora não exista qualquer norma expressa proibindo a concessão de cautelares com efeitos transnacionais, a construção jurisprudencial e doutrinária não costumava permitir a execução, no Brasil, por via de rogatória, de decisões de conteúdo constritivo determinadas por juízo estrangeiro.

.....

(...) Como imperativo de justiça e segurança jurídica, pressupostos necessários à constituição de um mercado comum estável e confiável, celebraram os governos dos países integrantes do Mercosul o Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto, autorizando e tornando obrigatória a outorga da proteção cautelar a todos os cidadãos e empresas que fazem negócios no espaço territorial do Mercado Comum.

.....

Uma vez aprovado pelo Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo nº 192/95, de 15-12-95, o Protocolo ganhou juridicidade, transformou-se em norma cogente, ingressou no ordenamento jurídico, cumpriu a previsão constitucional do referendo, pelo Poder Legislativo, de ato praticado em nome do Estado brasileiro pelo Poder Executivo (Constituição Federal, artigo 84, inciso VIII).

Ratificado o Protocolo, através do depósito do correspondente instrumento, o Estado brasileiro obrigou-se na esfera

internacional, assumindo um compromisso com as Altas Partes Contratantes, não podendo voltar atrás na vontade manifestada senão pelos processos ordinários de denúncia dos tratados.

Tal compromisso internacional assume maior relevo por se dar na esfera do Mercosul, pois não se trata de um acordo isolado com um país longínquo, mas um acordo dinâmico e interativo com países vizinhos e amigos, inserido em uma vastíssima teia normativa, que visa a dar efetividade jurídica a um projeto político-institucional muito maior: em um primeiro momento, a constituição de um mercado comum (para o qual a segurança jurídica é fundamental); em um segundo momento, a construção de uma comunidade latino-americana de Estados (aliás, em cumprimento a expresso mandamento constitucional já acima transcrito — parágrafo único do artigo 4º).

É sabido que o processo de entrada em vigor de um tratado é complexo e envolve pelo menos três etapas, com três pontos culminantes.

Na primeira etapa, o tratado é negociado na esfera diplomática, culminando com sua assinatura pelos chefes de Estado ou ministros plenipotenciários dos países envolvidos.

Em uma segunda etapa, o texto acordado é submetido à discrição política do Poder Legislativo, que é o único competente para aprovar ou rejeitar os atos internacionais praticados pelo Governo do país. Culmina tal etapa, no Brasil, com a publicação de Decreto Legislativo que aprova o tratado pelo Presidente do Senado Federal.

Aprovado o tratado, sem modificações, ingressa-se na terceira etapa do longo e reflexivo processo de criação do diploma legislativo internacional. Nessa etapa, cabe ao Poder Executivo avaliar a conveniência e a oportunidade de fazer entrar em vigor o tratado, dando-lhe eficácia, o que é feito pelo ato formal de ratificação.

.....

A promulgação do tratado, para efeitos publicitários internos, através de decreto presidencial, é simples formalidade não atributiva de juridicidade ou de eficácia às normas pactuadas no tratado. A juridicidade de suas normas decorre da aprovação congressual, enquanto a respectiva eficácia decorre da ratificação. Sequer os efeitos publicitários são indispensáveis, uma vez que, a rigor, o Decreto Legislativo que aprova o tratado é publicado oficialmente no Diário Oficial da União, **sendo publicado o texto aprovado, em caráter oficial, no Diário do Senado Federal.** A publicação do Decreto Legislativo nº 192/95, que aprovou o Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto, deu-se no dia 18-12-95, no Diário Oficial da União, **tendo sido publicado o texto do Protocolo no dia 16-12-95, no Diário do Senado Federal, oferecendo-se, desse modo, ao conhecimento geral o seu teor.**

Não assiste ao Poder Executivo, após o depósito do instrumento de ratificação, por outro lado, a alternativa de promulgar ou não o tratado; a promulgação por decreto é imperiosa e deve ser feita sem demora, e, se não se faz em tempo hábil, é por incúria do Governo.

.....

O Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto é um tratado de cooperação interjurisdicional. Suas normas são de direito processual internacional e se

dirigem às autoridades judiciais dos Estados contratantes. No Brasil, os destinatários de suas normas são exclusivamente o egrégio Supremo Tribunal Federal, corte competente para conceder o exequatur às cartas rogatórias passivas, e a Justiça Federal, competente para a execução das rogatórias cujo exequatur seja concedido pela Suprema Corte.

.....

Tudo o que foi dito acima acerca da recepção dos tratados internacionais está em perfeita consonância com o disposto no próprio Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto. Confira-se o teor de seu artigo 29, **in verbis**:

> 'Artigo 29. O presente Protocolo, parte integrante do Tratado de Assunção, será submetido aos procedimentos constitucionais de aprovação de cada Estado-Parte e entrará em vigor trinta (30) dias depois do depósito do segundo instrumento de ratificação, com relação aos dois primeiros Estados-Partes que o ratifiquem.
>
> Para os demais signatários, entrará em vigor no trigésimo dia posterior ao depósito do respectivo instrumento de ratificação.'

A redação do Protocolo não poderia ser mais clara: 'entrará em vigor no trigésimo dia posterior ao depósito do respectivo instrumento de ratificação', uma vez transcorridos os procedimentos constitucionais de aprovação de tratados (ou seja, no caso do Brasil, uma vez referendado o tratado pelo Congresso Nacional, como previsto no inciso VIII do artigo 84 da Carta de 1988, o que foi feito pelo Decreto Legislativo nº 192/95).

A Argentina foi a primeira a ratificá-lo. O Brasil o fez, pelo seu Poder Executivo, ao depositar o instrumento de ratificação em 18-3-97. Portanto, nos termos expressos do Protocolo e da Convenção de Havana sobre Tratados Internacionais, o mesmo está em vigor no Brasil desde 17-4-97, sendo mandatória, assim, sua aplicação à presente rogatória.

.....

Ainda que se entenda, contrariando o texto expresso chancelado pelos Poderes Executivo e Legislativo da República, e contrariando, ainda, o disposto na Convenção de Havana sobre Tratados Internacionais — o que se admite apenas para argumentar — que o Protocolo de Ouro Preto não está em vigor, não se podendo fundamentar nele a concessão do exequatur à presente carta rogatória, seria o caso de aplicar subsidiariamente o disposto no Protocolo de Las Leñas, que, como visto acima, encontra-se em vigor e foi promulgado e publicado.

.....

Ora, **data maxima venia**, pode-se afirmar que a negativa do exequatur a medidas cautelares oriundas do Mercosul, em desconformidade com o pactuado pelo Estado brasileiro na esfera internacional, é que constitui uma verdadeira ofensa à ordem pública interna e internacional do país.»

Por não me convencer das razões expostas pela parte ora agravante, **submeto** ao julgamento deste **Plenário** o presente recurso de agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Trata-se de recurso de agravo interposto contra ato decisório que negou **exequatur** a carta rogatória expedida pela Justiça Federal da República Argentina, com a finalidade de viabilizar, **em território brasileiro**, a efetivação de atos de caráter executório.

Proferi decisão a fls. 55/63, entendendo **incabível** a concessão de **exequatur** na espécie, eis que as diligências rogadas pela Justiça argentina revestem-se de **nítido caráter executório**.

Essa particular característica da medida judicial solicitada na carta rogatória **bastaria,** por si só, para **inviabilizar** a pretendida concessão de **exequatur**, no que concerne à efetivação dos atos de índole executória.

É que a **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, **em tema de cartas rogatórias passivas**, tem, invariavelmente, repelido a possibilidade jurídica de concessão do **exequatur** para efeito de realização, **em território brasileiro**, de diligências de **natureza executória**:

> **«Sempre se entendeu que as cartas rogatórias executórias são insuscetíveis de cumprimento no Brasil.** É preciso notar, porém, que o caráter executório de uma rogatória se há de aferir não pela natureza da demanda que lhe dá origem, mas pela finalidade que a anima, traduzida na realização, no Brasil, de atos de constrição judicial inerentes à execução forçada.»
> (**RTJ** 72/659-667, **664**, Rel. Min. **Oswaldo Trigueiro — trecho** do voto do Min. **Xavier de Albuquerque — grifei)**

> «(...) constitui **princípio fundamental** do direito brasileiro sobre **rogatórias** o de que nestas **não se pode pleitear medida executória** de sentença estrangeira que não haja sido homologada pela Justiça do Brasil.»
> (**RTJ** 93/517, **519**, Rel. Min. **Antonio Neder — grifei)**

> «A Carta Rogatória é a solicitação de autoridade judiciária estrangeira para autoridade judiciária brasileira, ou vice-versa, tendo por objeto a realização de um ato processual relativo a um pleito. A carta pode ter por escopo a citação, intimação, notificação, inquirição, exames, etc. Na tradição do direito brasileiro, inspirada no princípio da cooperação judiciária internacional, sempre se acolheu a Carta Rogatória com a finalidade de citação ou inquirição. Isso já vem do Aviso nº 1, de 1º de outubro de 1847, **contanto que fosse desprovida de caráter executivo** (...).

.....

> (...) Ora, a jurisprudência desta Corte é pacífica em conceder **exequatur** à Carta Rogatória de intimação, **porque ela não requer a prática de qualquer ato de execução.»**
> (**RTJ** 103/536, **541**, Rel. p/ o acórdão Min. **Alfredo Buzaid — grifei**)

Essa orientação jurisprudencial — **reiterada** em outros julgamentos do Supremo Tribunal Federal (**CR 5.715 — CR 6.958**) — **encontra** apoio em autorizado magistério doutrinário, que, na análise do tema, e na perspectiva do sistema jurídico brasileiro, adverte que **as cartas rogatórias passivas não podem revestir-se de eficácia executória** (**Hermes Marcelo Huck, «Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria»**, pp. 35/39, item nº 6, 1994, Saraiva; **Wilson de Souza Campos Bata-**

lha, «Tratado de Direito Internacional Privado», vol. II/408-409, 2ª ed., 1977, RT; **Amilcar de Castro, «Direito Internacional Privado»**, pp. 585-586, item nº 334, 4ª ed., 1987, Forense; **Agustinho Fernandes Dias da Silva, «Direito Processual Internacional»**, p. 170, item n. 179, 1971, Rio de Janeiro; **Haroldo Valladão, «Direito Internacional Privado»**, vol. III/176, 1978, Freitas Bastos; **Oscar Tenório, «Direito Internacional Privado»**, vol. II/370, item n. 1.216, 11ª ed., 1976, Freitas Bastos; **Maria Helena Diniz, «Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada»**, p. 304, item nº 6, 1994, Saraiva, **v.g.**).

Vê-se, *portanto*, que constitui nota característica, peculiar ao sistema normativo brasileiro, a **pré-exclusão** de **qualquer** atividade de índole executória, **em sede de cartas rogatórias passivas** (vale dizer, aquelas expedidas por Tribunais estrangeiros e dirigidas ao Supremo Tribunal Federal), pois, **em tal hipótese**, impor-se-á a necessária e prévia **homologação** da respectiva decisão estrangeira, a efetivar-se em procedimento específico a ser instaurado, no âmbito desta Corte, nos termos do **Código de Processo Civil** (arts. 483 e 484) e do **RISTF** (arts. 215 a 224).

Cabe relembrar, neste ponto, que, **em princípio** — e ressalvado o que dispuserem, em sentido contrário, tratados ou convenções internacionais —, as cartas rogatórias encaminhadas à Justiça brasileira **somente** deverão ter por objeto a prática de simples atos de **informação** ou de **comunicação processual**, ausente, desse procedimento, por isso mesmo, qualquer conotação de índole executória.

Daí a **plena** admissibilidade, **em sede de rogatórias passivas**, da realização, **no Brasil**, de medidas cientificatórias em geral (intimação, notificação ou citação), consoante expressamente enfatizado pelo magistério jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Suprema Corte (**RTJ** 52/299 — **RTJ** 87/402 — **RTJ** 95/38 — **RTJ** 95/518 — **RTJ** 98/47 — **RTJ** 103/536 — **RTJ** 110/55).

Desse modo, não constitui demasia ressaltar que a **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **firmou** orientação no sentido de considerar **insuscetíveis** de cumprimento, **no Brasil**, as cartas rogatórias passivas revestidas de caráter executório, **ressalvadas**, unicamente, como precedentemente destacado, aquelas expedidas com fundamento em atos ou em convenções internacionais de cooperação interjurisdicional (**CR 7.618-República Argentina (AgRg)**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence — CR 7.899-República Argentina**, Rel. Min. **Celso de Mello — CR 7.914-República do Peru**, Rel. Min **Celso de Mello - CR 8.168-República Francesa**, Rel. Min. **Celso de Mello, *v.g.***).

No caso ora em análise, impende observar que as diligências solicitadas pela Justiça rogante **revestem-se** de caráter executório.

Sendo **insuscetível** de cumprimento, em nosso País, **mediante simples procedimento rogatório**, a diligência em questão, **revela-se inviável**, no caso, a concessão do pretendido **exequatur.**

Nem se alegue, para justificar a pretendida concessão de **exequatur**, que as diligências rogadas — embora de caráter executório — **encontrariam** fundamento em convenção internacional consubstanciada no **Protocolo de Medidas Cautelares** aprovado pelo Conselho do Mercado Comum (**Mercosul**), por ocasião de sua VII Reunião, realizada em Ouro Preto/MG, nos dias 16 e 17 de dezembro de 1994.

É que esse ato de direito internacional público, **muito embora aprovado** pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 192/95), **não se achava formalmente incorporado** ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, quando da recusa da concessão de **exequatur** pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, pois, **a despeito de já ratificado** (instrumento de ratificação depositado em 18-3-97), o **Protocolo** em questão, em **4-5-98** (data da decisão **ora** agravada — fls. 55/63), **ainda não** havia sido **promulgado**, mediante decreto, pelo Presidente da República.

Na realidade, o **Protocolo de Medidas Cautelares (Mercosul)** — que se qualifica como típica convenção internacional de âmbito multilateral — **não havia sido incorporado**, definitivamente, à ordem jurídica doméstica do Estado brasileiro, **quando** da prolação da decisão ora agravada, eis que, nesse momento, ainda **não se achava concluído** o procedimento constitucional de sua recepção pelo sistema normativo nacional.

A questão da **executoriedade** dos tratados internacionais no âmbito do direito interno — analisado esse tema **na perspectiva do sistema constitucional brasileiro**, tal como resultou debatido no julgamento da **ADI nº 1.480-DF**, Rel. Min. **Celso de Mello — supõe** a **prévia** incorporação desses atos de direito internacional público ao plano da ordem normativa doméstica.

Não obstante a controvérsia doutrinária em torno do **monismo** e do **dualismo**, no plano do direito internacional público, tenha sido qualificada por **Charles Rousseau** (**«Droit International Public Approfondi»**, pp. 3/16, 1958, Dalloz, Paris), como mera **discussion d'école**, torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de **recepção**, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloqüente atestação de que a norma internacional **não dispõe**, por autoridade própria, de exeqüibilidade e de operatividade **imediatas** no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro, **depende**, essencialmente, de um processo de integração normativa **que se acha delineado**, em seus aspectos básicos, **na própria Constituição da República.**

Daí a **precisa** observação de **João Grandino Rodas** (**«Tratados Internacionais»**, p. 17, item nº 8, 1991, RT):

> «É corolário da teoria dualista a necessidade de, **através de alguma formalidade**, transportar o conteúdo normativo dos tratados para o Direito interno, para que estes, **embora já existentes no plano internacional**, possam ter validade e executoriedade no território nacional. **Consoante o monismo**, não será necessária a realização de **qualquer** ato pertinente ao Direito interno após a ratificação.
>
> Grande parte dos Estados, **seguindo a concepção dualista nesse pormenor**, prescreve sejam os tratados já ratificados incorporados à legislação interna através da promulgação ou simples publicação.» (**Grifei**)

Não obstante tais considerações, impende destacar que o tema concernente à **definição do momento** a partir do qual as normas internacionais tornam-se vinculantes no plano interno **excede**, em nosso sistema jurídico, à mera discussão acadêmica em torno dos princípios que regem o monismo e o dualismo, pois **cabe** à Constituição da República — **e a esta, somente** — disciplinar a questão pertinente à **vigência doméstica** dos tratados internacionais.

Sob tal perspectiva, o sistema constitucional brasileiro — que **não exige** a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (**visão dualista extremada**) — satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de **iter** procedimental que **compreende** a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (**visão dualista moderada**).

Uma coisa, porém, é absolutamente inquestionável, sob a égide de **nosso** modelo constitucional: a **ratificação** — que se qualifica como típico ato de direito internacional público — **não basta,** por si só, para promover a **automática** incorporação do tratado ao sistema de direito positivo interno. **É que,** para esse específico efeito, **impõe-se** a coalescência das vontades autônomas do Congresso Nacional e do Presidente da República, cujas deliberações individuais — embora necessárias — não se revelam suficientes, para, isoladamente, gerarem a integração do texto convencional à ordem interna, tal como adverte **José Francisco Rezek** (**«Direito Internacional Público»**, p. 69, item nº 34, 5ª ed., 1995, Saraiva).

Desse modo, e para além da controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas, impõe-se reconhecer que, em **nosso** sistema normativo, **é na Constituição da República** — e nesta, apenas — que se deve buscar a **solução normativa** para a questão da incorporação dos atos internacionais ao ordenamento doméstico brasileiro. Para esse efeito, a Lei Fundamental da República qualifica-se como a **sedes materiae** que se mostra essencial à **identificação** do procedimento estatal concernente à **definição** do momento a partir do qual as normas constantes de tratados internacionais **passam a vigorar**, com força executória, no plano do sistema jurídico **nacional.**

O exame da Carta Política promulgada em 1988 permite constatar que a **execução** dos tratados internacionais e a sua **incorporação** à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da **conjugação** de duas vontades homogêneas: **a do Congresso Nacional**, que resolve, definitivamente, **mediante decreto legislativo**, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (**CF**, art. 49, I), **e a do Presidente da República**, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (**CF**, art. 84, VIII), **também** dispõe — **enquanto Chefe de Estado que é** — da competência para promulgá-los **mediante decreto.**

A própria **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão pertinente à **inserção** dos atos internacionais no âmbito do direito positivo interno brasileiro, **destacou** — na perspectiva da **disciplina constitucional** que rege esse processo de recepção — que, «**Aprovada** essa Convenção pelo Congresso Nacional, **e regularmente promulgada**, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna» (**RTJ 58/70**, Rel. Min. **Oswaldo Trigueiro — grifei**).

Esse entendimento jurisprudencial veio a ser **confirmado e reiterado** no julgamento da **ADI nº 1.480-DF**, Rel. Min. **Celso de Mello**, ocasião em que o **Plenário** do Supremo Tribunal Federal enfatizou, **uma vez mais**, que o decreto presidencial, que **sucede** à aprovação congressual do ato internacional e à troca dos respectivos instrumentos de ratificação, revela-se — enquanto momento culminante do processo de incorporação desse ato internacional ao sistema

jurídico doméstico — manifestação essencial e insuprimível, **especialmente** se considerados os **três efeitos básicos** que lhe são pertinentes: **(a)** a **promulgação** do tratado internacional; **(b)** a **publicação** oficial de seu texto; e **(c)** a **executoriedade** do ato internacional, que passa, então, **e somente então**, a vincular **e** a obrigar no plano do direito positivo interno.

Lapidar, **sob essa perspectiva**, a decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, **bem apreciando** a questão da **integração** dos tratados internacionais ao nosso direito interno — e **refletindo** o próprio magistério da doutrina (**Manoel Gonçalves Ferreira Filho, «Comentários à Constituição Brasileira de 1988»**, vol. 2/21, 1992, Saraiva) —, acentuou:

> «...No direito brasileiro, dá a Constituição Federal competência privativa ao Presidente da República para celebrar tratados e convenções internacionais **ad referendum** do Congresso Nacional (...). Por outro lado, tem o Congresso Nacional competência exclusiva para resolver definitivamente sobre tratados e convenções celebrados com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República (...). Assim, **celebrado** o tratado ou convenção por representante do Poder Executivo, **aprovado** pelo Congresso Nacional e **promulgado** pelo Presidente da República, com a publicação do texto em português no órgão de imprensa oficial, **tem-se como integrada** a norma da convenção internacional no direito interno.» (**grifei**)
> (**Revista de Jurisprudência do TJRS**, vol. 4/193, Rel. Des. **Paulo Boeckel Velloso**)

O eminente Ministro **Francisco Rezek**, **hoje** Juiz da Corte Internacional de Justiça, em Haia, ao discorrer sobre esse tema em valiosíssima obra monográfica (**«Direito dos Tratados»**, pp. 384/386, itens nºs 321 e 322, 1984, Forense), ressalta a **imprescindibilidade** da promulgação **e** da publicação, **por ordem presidencial**, dos tratados celebrados pelo Brasil (**desde que** já definitivamente aprovados pelo Congresso Nacional), **sob pena** de absoluta ineficácia jurídica desses atos internacionais, **no plano doméstico:**

> «O ordenamento jurídico, nesta república, é integralmente ostensivo. Tudo quanto o compõe — resulte de produção legislativa internacional ou doméstica — presume publicidade oficial e vestibular. Um tratado regularmente concluído **depende** dessa publicidade para integrar o acervo normativo nacional, habilitando-se ao cumprimento por particulares e governantes, e à garantia de vigência pelo Judiciário.
>
> .....
>
> No Brasil se **promulgam**, por decreto do Presidente da República, todos os tratados que tenham feito objeto de aprovação congressional.
>
> .....
>
> Cuida-se de um **decreto**, unicamente porque os atos do Chefe de Estado costumam ter esse nome. (...). Vale aquele como ato de **publicidade** da existência do tratado, norma jurídica de vigência atual ou iminente. Publica-os, pois, o órgão oficial, **para que o tratado** — cujo texto completo vai em anexo — **se introduza na ordem legal**, e opere desde o momento próprio.» (**Grifei**)

Vê-se, portanto, que a **aprovação** congressual, de um lado, **e** a **promulgação** executiva, de outro, atuam, **nessa condição**, como pressupostos indispensáveis da própria aplicabilidade, **no plano normativo**

interno, da convenção internacional celebrada pelo Brasil (**Celso D. de Albuquerque Mello**, **«Curso de Direito Internacional Público»**, vol. I/125, itens 89 e 90, 4ª ed., 1974, Freitas Bastos; **Hildebrando Accioly**, **«Tratado de Direito Internacional Público»**, vol. I/577 e 601-603, itens 904 e 933-935, 2ª ed., 1956, RJ).

Desse modo, torna-se evidente que o **Protocolo de Medidas Cautelares**, celebrado no âmbito do **Mercosul**, ainda **não se achava** incorporado, formal e definitivamente, ao sistema de direito positivo interno do Brasil, quando, **em 4-5-98** (data da decisão **ora** agravada), foi por mim **legitimamente** recusada, na condição de Presidente do Supremo Tribunal Federal, a pretendida concessão de **exequatur** solicitada pela Justiça Federal da República Argentina.

Por essa **específica** razão, **nada** podia justificar a aplicação, **no plano doméstico**, do Protocolo de Medidas Cautelares em questão.

Nem se alegue, finalmente, que o procedimento de incorporação de atos internacionais **não se aplicaria** às convenções, tratados ou acordos **de integração** celebrados no âmbito do **Mercosul.**

A questão da aplicabilidade das normas internacionais, no âmbito do direito interno brasileiro, está necessariamente sujeita aos condicionamentos estabelecidos no texto da Constituição da República.

Não se pode perder de perspectiva, **neste ponto**, que a Constituição brasileira — **ao contrário** do que prescreve, **por exemplo**, a Carta Política de **Portugal** (art. 8º, nº 3) — **não consagrou**, em tema de convenções internacionais **ou** de tratados de integração, de âmbito comunitário, **nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata.**

Isso significa, **de jure constituto,** que, **enquanto não se concluir** o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais **e** os acordos comunitários, **além** de **não** poderem ser invocados, **desde logo**, pelos particulares, **no que se refere** aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), **também não poderão ser aplicados,** imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata).

Especialmente no que concerne ao princípio da aplicabilidade imediata, cabe insistir, por necessário, na asserção de que o ordenamento constitucional brasileiro **não acolheu** esse postulado, segundo o qual as normas de direito internacional **passam** a aplicar-se, **desde logo**, no território do Estado-membro que as subscreveu, **sem** necessidade de sua **prévia** incorporação, ao ordenamento positivo interno, mediante processos constitucionais específicos, **como ocorre** com os tratados internacionais **de feição clássica.**

Esse princípio — peculiar aos sistemas de integração comunitária — **viabiliza** a aplicabilidade **imediata** das normas de direito internacional, tornando **prescindível**, para esse efeito, a adoção de **qualquer** mecanismo formal destinado a promover a incorporação, ao ordenamento positivo de cada Estado nacional, das cláusulas constantes dos tratados internacionais.

Impende esclarecer, neste ponto, que o postulado da aplicabilidade imediata **não se confunde** com o princípio do efeito direto. **É que tais princípios** possuem conteúdo próprio e encerram noções conceituais autônomas. Por tal razão, **adverte João Mota de Campos** (**«Direito Comunitário»**, vol. II/173, item nº 751, 3ª ed., 1990, Fundação Calouste Gulbenkian), **«a apli-**

cabilidade directa ou o **efeito directo** de uma norma não implica, necessariamente, a sua **aplicabilidade imediata».**

É certo que há autores, como o próprio Professor **João Mota de Campos** (**«As Relações da Ordem Jurídica Portuguesa com o Direito Internacional e o Direito Comunitário à luz da Revisão Constitucional de 1982»**, pp. 277 e 283, 1985, Lisboa, ISCSP), que, embora reconhecendo essa distinção conceitual, **culminam por aceitar** que a noção de **aplicabilidade direta** — tal como consagrada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (Acórdão **Van Gend en Loos** — Acórdão Simmenthal II) — **possa ser assimilada** ao conceito de **efeito direto.**

De qualquer maneira, no entanto, **e mesmo** que se possa reconhecer autonomia conceitual ao **princípio do efeito direto** (aptidão de a norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares) e ao **postulado da aplicabilidade imediata** (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna), **o fato irrecusável** é que tais diretrizes **não se acham** consagradas **e nem positivadas** no texto da Constituição da República, motivo pelo qual — tal como enfatizei na decisão ora agravada — **não podem ser** invocadas para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de qualquer convenção internacional, ainda que se cuide de tratado de integração, **enquanto** não se concluírem os **diversos** ciclos que compõem o seu processo de incorporação ao sistema de direito interno do Brasil.

Reconheço que, tratando-se de **princípios** que compõem o direito de integração, e que regem as **relações** entre o direito nacional dos Estados-membros e a ordem jurídica comunitária, **qualificam-se ambos** — o princípio do efeito direto **e** o princípio da aplicabilidade imediata — como diretrizes essenciais à própria configuração institucional do espaço comunitário, pois tais postulados, em última análise, visam a tornar as regras comunitárias **imediatamente** invocáveis, em matéria de direitos e obrigações, pelos particulares, além de aplicáveis, **desde logo**, sem **qualquer** intermediação formal, no âmbito doméstico dos Estados nacionais, tornando-as parte integrante de um sistema normativo que deverá incidir, **notadamente** pela atuação do juiz nacional (**que é o juiz comunitário de direito comum**), no território de cada um dos Estados-membros.

Essa percepção — que **reconhece**, nas normas de direito comunitário, **aptidão** para, **desde logo**, atribuírem direitos ou imporem obrigações a particulares, que poderão invocá-las, **diretamente**, perante os Tribunais nacionais, **independentemente** de qualquer procedimento estatal de incorporação prévia (**Fausto de Quadros, «Direito das Comunidades Européias e Direito Internacional Público»**, p. 415, item nº 11, **b**, 1991, Lisboa) — **reflete-se** em autorizado magistério doutrinário, cuja análise do tema **ressalta** que o sentido inerente ao princípio do efeito direto **representa** um claro e radical afastamento dos padrões clássicos segundo os quais as regras de direito internacional público, além de destinadas, exclusivamente, às soberanias estatais, somente seriam aplicáveis aos particulares «através da mediação do Estado» (**Maria Teresa Cárcomo Lobo, «Ordenamento Jurídico Comunitário»**, p. 50, item nº 3.3, 1997, Del Rey; **Roberto Luiz Silva, «Direito Econômico Internacional e Direito Comunitário»**, p. 190, item nº 2.3, 1995, Del Rey; **Miguel Ángel Ekmekdjian,**

«Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano», pp. 68/70, 1994, Depalma, Buenos Aires; **João Mota de Campos, «Direito Comunitário»**, vol. II/171-178 e 225-246, 3ª ed., 1990, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa; **P. S. F. R. Mathijsen, «Introdução ao Direito Comunitário»**, pp. 410-414, 1991, Coimbra Editora, **v.g.**).

Isso significa, portanto, em tema de **aplicabilidade** dos atos internacionais, que, **sob a égide do modelo constitucional brasileiro, e mesmo** cuidando-se de pactos de índole comunitária **ou** de tratados de integração, **ainda** subsistem os **clássicos** mecanismos institucionais de **recepção** dos tratados internacionais em geral, **não bastando**, para afastá-los, a existência da norma inscrita **no art. 4º, parágrafo único**, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático e cujo sentido **não torna dispensável** a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição, **para a ordem jurídica doméstica**, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do **Mercosul.**

Embora altamente desejável a modificação do sistema de direito constitucional positivo brasileiro, para **ajustá-lo** às novas exigências que emergem da experiência comunitária, **não se pode desconhecer** que, **enquanto** não sobrevier a **reforma** de nossa Carta Política, **no ponto em exame**, tornar-se-á **inviável** pretender que as convenções celebradas pelo Brasil no âmbito do **Mercosul revistam-se** de eficácia direta e de aplicabilidade imediata, **prescindindo**, em conseqüência, do mecanismo tradicional de incorporação.

Impõe-se considerar, ainda, um outro aspecto, de inquestionável relevo jurídico, que diz respeito à própria **natureza** das regras consubstanciadas nos instrumentos e nos atos celebrados no âmbito do **Mercosul.**

É que há autores — como **José Francisco Rezek (Conferência, *in* «Direito Comunitário do Mercosul»**, pp. 55-56, 1997, Livraria do Advogado Editora) — que sustentam, na perspectiva de uma análise de caráter estritamente técnico-jurídico, que, no **Mercosul, ainda não existe** um **verdadeiro** direito comunitário, posto que as convenções celebradas sob a égide do Mercado Comum do Sul qualificam-se, no **presente** estágio de seu desenvolvimento institucional, como instrumentos regionais **de direito internacional público**, sujeitos, por tal **específica** razão, ao procedimento formal da **prévia** recepção estatal:

> «A mecânica, entretanto, de incorporação do direito do Mercosul aos direitos nacionais, **foi sempre e continua sendo** hoje a mecânica clássica. **São tratados internacionais** que os governos negociam, **os Congressos nacionais** examinam e aprovam. **Mediante** aprovação parlamentar, os governos **ratificam**, ocupando-se, em seguida, **de promulgar**, com o que se **incorpora** a norma do Mercosul ao direito nacional de cada um de seus integrantes. **É o típico e clássico e conhecido fenômeno da recepção.**
>
> (...) A marca do direito comunitário **seria** a **desnecessidade** da recepção, como ponderou o professor Barav, para o caso europeu. Por ser comunitário, de elaboração comunitária, e congenitamente incorporado aos direitos nacionais, este direito prescinde do mecanismo tradicional de incorporação.

Quando não há ainda, **e tal é o nosso caso**, de estrito ponto de vista técnico, **tal como sucede no Mercosul**, um direito comunitário, **mas há direito internacional público, regional, integracionista, há necessidade da recepção** e esta recepção se passa ainda nos quatro países fundadores, **à luz do figurino clássico.» (grifei)**

Em suma: resulta claro, do exame da controvérsia suscitada na presente causa, que a **institucionalização** das bases jurídicas **essenciais** à positivação de um verdadeiro **direito da integração**, de índole comunitária, supõe, **na perspectiva** do ordenamento positivo brasileiro, a instauração de um **necessário** processo de reforma constitucional. **Enquanto tal não se verificar**, revelar-se-á constitucionalmente **inviável**, entre nós, e no que concerne aos acordos e tratados de integração celebrados pelo Brasil no âmbito do **Mercosul**, a aplicação do princípio do efeito direto e do postulado da aplicabilidade imediata.

O fato irrecusável é um só: o ordenamento constitucional brasileiro ainda **não consagra** qualquer solução que permita a **recepção plena e automática** das normas de direito internacional, **mesmo daquelas** que, elaboradas no contexto da experiência de integração regional, representam a expressão formal de um verdadeiro direito comunitário.

A **inexistência** de uma cláusula geral de recepção plena **torna inviável**, no sistema de direito constitucional positivo vigente no Brasil, a **aplicabilidade imediata** das normas convencionais, **inclusive** daquelas consubstanciadas em atos, acordos, protocolos ou tratados celebrados no âmbito do **Mercosul**, razão pela qual — como precedentemente enfatizado — **não se revelam** invocáveis, na prática jurídica brasileira, **nem** o princípio do efeito direto, **nem** o postulado da aplicabilidade imediata dos pactos internacionais.

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, **nego provimento** ao presente recurso de agravo, eis que, **na data** em que proferida a decisão ora recorrida (**4-5-98** — fl. 63), ainda **não** se achavam concluídos os **diversos** ciclos que compõem o procedimento de incorporação, ao sistema normativo brasileiro, dos atos de direito internacional público em geral.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

CR 8.279 (AgRg) — República Argentina — Rel.: Min. Celso de Mello. Agte.: Coagulantes Argentinos S/A (Advs.: Daniela Rocha Bessone Corrêa e outros).

Decisão: O Tribunal, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo. Ausentes, justificadamente, os Ministros Sepúlveda Pertence e Maurício Corrêa.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 17 de junho de 1998 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.907 — RS
(Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Nelson Jobim

Impetrante: Marcia Cristina dos Santos — Impetrado: Presidente da República

Administrativo. Comissão investigatória de fraudes junto ao INSS. Conclusão pelo envolvimento da impetrante. Processo administrativo por faltas disciplinares. Instauração de ação penal contra a mesma. Sentença que declara a interdição da impetrante por motivo de insanidade mental. Decreto presidencial que a demite meses após a sentença de interdição. Impossibilidade da pena de demissão. Anulação do decreto demissionário. Concessão de aposentadoria por invalidez.

Mandado de segurança deferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, deferir o mandado de segurança.

Brasília, 17 de maio de 2000 — **Carlos Velloso**, Presidente — **Nelson Jobim**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Relator):

1. Os Fatos.

1.1. Inquérito Administrativo.

A Impetrante foi admitida como Agente Administrativo no INSS em 16-1-81 (fl. 10).

Em 5 de outubro de 1987, relatório de equipe especializada detectou a ocorrência de fraudes no Setor de Prestações Pecuniárias de Acidentes do Trabalho, do INPS de Canoas/RS (fl. 52).

Em 21 de agosto de 1987, foi instaurada Comissão de Inquérito (fl. 12).

A Impetrante e outros foram indiciados.

A Comissão ouviu a Impetrante em 20-10-87.

Confessou a prática de delito[1].

A Impetrante, na fase final de defesa junto à Comissão, suscitou «... a questão de sua saúde mental» (fl. 148).

1.2. Aposentadoria — Interdição.

Paralelamente aos trabalhos da Comissão, iniciaram-se os procedimentos de aposentadoria por invalidez.

Atestado médico, de 28-12-87, afirmou que a Impetrante «... apresenta um quadro clínico psicopatológico crônico, com sintomatologia característica e manifesta, compatível com esquizofrenia paranóide de origem psicogenético...» (fl. 29 e verso).

Em 20 de maio de 1991, Junta Médica respondeu, em formulário de «**Proposta para aposentadoria por invalidez**», que:

a) a servidora está inválida para o exercício das suas funções;

b) deverá ser exigida a nomeação de Curador para o recebimento dos proventos de aposentadoria;

c) a servidora deverá ser aposentada por invalidez (fl. 12-A e verso).

A Impetrante estava afastada do serviço, para fins de auxílio-doença, desde 9 de fevereiro de 1989 (fl. 12-A).

Em 6 de março de 1991, o pai da Impetrante foi cientificado da necessidade de providenciar a Curatela em face da conclusão da Junta Médica Pericial realizada em 28-2-91 (fl. 13).

Em 30-4-93, foi decretada a Interdição.

Em 31-5-93, transitou em julgado a sentença — DJ 6-7-93 (fl. 14).

1.3. A ação penal.

Como decorrência das fraudes, foi instaurada, em 19 de janeiro de 1989, ação penal contra a Impetrante e Outros.

Nesse feito, a Impetrante foi submetida a exame médico.

Laudo do Instituto Psiquiátrico Forense do Estado do Rio Grande do Sul, de 7 de maio de 1993, concluiu que a Impetrante, «... por paranóia, retardo mental leve a moderado, ... ao tempo da ação era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito dos fatos e de se determinar de acordo com esse entendimento» (fls. 24/25).

1.4. A Demissão.

Decreto Presidencial de 13 de outubro de 1993 demitiu a Impetrante, «... por improbidade administrativa» (fl. 31).

2. As Informações.

Foram prestadas informações.

O Ministério da Previdência Social insiste na legalidade da demissão (fl. 49).

3. A Ação.

O pai e curador da Impetrante ajuizou este mandado de segurança (fl. 31).

Alega:

(1) a Comissão de Inquérito do INPS «... tinha pleno conhecimento do estado de saúde da Impetrante...» (fl. 6);

(2) a Impetrante achava-se «... pendente de sentença que será prolatada ...» quando foi demitida do INSS, órgão em que se encontrava lotada (fl. 6);

(3) «Respondia... a Processo Penal com incidente de insanidade sob exame do MM. Juiz Federal, quando demitida por conclusão de Processo Administrativo» (fl. 7);

(4) cabível sua aposentadoria «... por invalidez, declarada sua inimputabilidade, permitindo a continuidade de um tratamento especializado...» (fl. 7).

Requer a «... reimplantação da Suplicante na folha de pagamento do [INSS]» (fl. 8).

5. A AGU e PGR.

A AGU afirma que, quanto à sanidade mental da Impetrante, «... a comissão processante desenvolve considerações tendentes a demonstrar que à época da prática das infrações disciplinares (em 1987) a Impetrante possuía higidez mental, realçando, inclusive, decisão de junta médica oficial denegatória de licença médica...» (fls. 41 e 146).

A autoridade coatora sustenta a validade do ato impugnado, ao argumento de que a «... insanidade mental somente pode isentar a impetrante de uma suposta condenação criminal, não a eximindo de qualquer punição administrativa, devendo ressarcir ao erário...» (fl. 49).

O PGR opinou pela concessão da ordem, para que seja anulado o decreto de demissão, convertido em aposentadoria por invalidez (fl. 181).

É o relatório.

1 «... que no início, em novembro/86, fazendo a CAT, PDA, FCPA e a FRA, e que, decorrido algum tempo, achou melhor não confeccionar mais o processo, pois 'estava tão apavorada, que ... achei que quanto menos documento fosse feito seria melhor', passou então a emitir apenas as OPB's, não sabendo precisar exatamente o número de OPB's emitidas e o seu montante;» (fl. 80).

VOTO

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Relator): Resumo.

A Impetrante respondeu a processo administrativo disciplinar por faltas cometidas no período de **novembro de 1986 a julho de 1987** (fls. 60 e 150).

Recebeu sua primeira **convocação** para comparecer ao **Serviço Médico Psiquiátrico**, em 28-12-87 (fl. 11).

Em 31-5-93, transitou em julgado a sentença que declarou sua interdição.

O laudo médico-psiquiátrico afirma:

«... ao tempo da ação era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito dos fatos e de se determinar de acordo com este entendimento» (fls. 24/25).

Sua demissão ocorreu em 13-10-93, quase 5 (cinco) meses após sua interdição (fl. 31).

O Poder Judiciário, ao promover o controle jurisdicional dos atos administrativos, deve-se ater à sua legalidade.

A questão da insanidade, à época dos fatos, é afirmada pelos laudos médicos.

A autoridade coatora reconhece a insanidade.

Sustenta que ela não exime a servidora das sanções administrativas.

Sentença da 2ª Vara Federal Criminal de Porto Alegre absolveu a Impetrante.

Impôs medida de segurança a ser cumprida na forma de tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de dois anos.

A Impetrante não agiu com culpabilidade, «... condição indeclinável para a imposição da pena» (**Mirabete**, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Vol. I, ed. Atlas, 1986, p. 196).

Não poderia receber a pena de demissão, por enquadrar-se dentre os inimputáveis.

Leio:

«Pressupõe o art. 159 do Código Civil o elemento imputabilidade, ou seja, a existência, no agente, da livre-determinação de vontade. Para que alguém pratique um ato ilícito e seja obrigado a reparar o dano causado, é necessário que tenha capacidade de discernimento. Em outras palavras, aquele que não pode querer e entender, não incorre em culpa e, **ipso facto**, não pratica o ato ilícito» (Carlos R. Gonçalves. Responsabilidade Civil. Ed. Saraiva, 1995, 6ª ed., p. 10).

Há precedentes:

RE 81.198, **Antônio Neder** — RTJ 83/452

«1. Decretada a interdição, é indiscutível que a partir desse pronunciamento surge a suspeita de que a doença mental existia anteriormente, e este pormenor pode ser provado por qualquer meio, inclusive pela perícia feita no processo da interdição. O laudo em que se fundar a sentença de interdição pode esclarecer o ponto, isto é, afirmar que a incapacidade mental do interdito já existia em período anterior, e o juiz do mérito da questão pode basear-se nisso para o fim de anular o ato jurídico praticado nesse período pelo interdito. Trata-se de interpretação de um laudo, peça de prova, a respeito de cuja valorização o juiz forma livre convencimento. Portanto, não ofende o art. 452 do Código Civil, nem o art. 1.184 do C.

Pr. Civil, a conclusão, a que chegou o juiz de fundo, de que o laudo médico produzido no processo da interdição autoriza seu juízo de que a doença do interdito preexistia ao exame descrito em tal peça.»

RE 81.625, **Cordeiro Guerra**:

«Desertor excluído das fileiras da polícia militar. Insubsistência da exclusão, em face da doença mental do excluído, anterior à deserção. Reintegração para fins de reforma.»

RE 95.366, **Cordeiro Guerra** (no mesmo sentido, RE 82.311):

«São nulos os atos praticados pelo alienado anteriormente à interdição, desde que demonstrada a contemporaneidade do ato com a doença mental geradora da incapacidade»

REsp 7.646, **Ilmar Galvão**:

«... a decisão rescindenda, ao negar o direito de reintegração do militar que já padecia de insanidade mental ao tempo das faltas disciplinares que deram causa ao licenciamento, violou o princípio de que os incapazes da espécie são criminal e administrativamente inimputáveis e incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil.»

Concedo a segurança.

Anulo o decreto de demissão.

A Impetrante faz jus à aposentadoria por invalidez.

EXTRATO DA ATA

MS 21.907 — RS — Rel.: Min. Nelson Jobim. Impte.: Marcia Cristina dos Santos (Adva.: Horacy Rosa da Silva). Impdo.: Presidente da República.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, «deferiu» o mandado de segurança. Votou o Presidente.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Brasília, 17 de maio de 2000 — Gisele Menegale, p/ Coordenador.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 22.780 — DF
(Primeira Turma)

Relator: O Sr. Ministro Ilmar Galvão

Recorrente: Sindicato dos Fiscais de Contribuições Previdenciárias do Estado do Paraná — SINFISPAR — Recorridos: União Federal e Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Mandado de segurança. Impetração contra ato de Ministro de Estado. Reajuste salarial. Pretensão a parcela maior. Segurança não conhecida pelo Superior Tribunal de Justiça por ilegitimidade passiva* ad causam. *Recurso ordinário denegado.

Revela-se incensurável o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que, ao fundamento de que o ato questionado não fora praticado por Ministro de Estado, embora tenha ele editado a Portaria Inter-

ministerial nº 26/95 orientadora do pagamento do reajuste, mas sim por órgão de hierarquia inferior, extinguiu a ação mandamental diante da incompetência da Corte.

Improcedência do pedido alternativo de remessa dos autos à Justiça Federal de primeiro grau, por haver sido indicado como autoridade coatora o Presidente do INSS. O pólo passivo na relação processual, em se tratando de mandado de segurança, deve ser ocupado pela autoridade competente para a prática do ato que se quer desfazer, não cabendo ao órgão julgador «substituir a autoridade situada pelo impetrante no pólo passivo da relação processual» (RMS 21.444, Rel. Min. Octavio Gallotti).

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

Brasília, 2 de outubro de 1998 — **Moreira Alves**, Presidente — **Ilmar Galvão**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão (Relator): Transcrevo o parecer da Procuradoria-Geral da República, de autoria da ilustre Subprocuradora Helenita Caiado de Acioli (fls. 210/217):

«Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança coletivo, fulcrado no art. 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal, interposto pelo **Sindicato dos Fiscais de Contribuições Previdenciárias do Estado do Paraná — SINFISPAR** contra v. acórdão proferido pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça, que julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito.

Consoante se extrai dos autos, o **Sinfispar** impetrou mandado de segurança coletivo, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Sr. **Ministro de Estado da Fazenda** e pelo Sr. **Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado**, que divulgaram, por meio da Portaria Interministerial nº 26, de 20-1-95, os valores de vencimentos, proventos, representação mensal, salário-família e gratificações dos servidores civis da União, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1995, reajustando os mesmos em 22,07%, correspondente ao IPC-r. Ato que foi acolhido pelo INSS, através de seu Presidente, apontado também como autoridade coatora.

Alega o impetrante que a correção deveria ser de 25,94%, de acordo com o disposto nos arts. 28 e 29, § 5º, da Lei nº 8.880/94, e art. 37, inciso X, da Lei Maior, e que a fixação de índice de reajustamento inferior ao legalmente ajustado fere direito líquido e certo coletivo da categoria. Aduz que o Supremo Tribunal Federal, por decisão administrativa, concedeu o reajuste mencionado aos servidores do Poder Judiciário. E requer, liminarmente, o pagamento

imediato da diferença de 3,17% para alcançar o percentual de 25,94%, tendo em vista a natureza alimentar do crédito, nos termos do art. 100 da Carta Magna.

A liminar foi indeferida, nos termos do despacho exarado à fl. 94.

As autoridades apontadas como coatoras apresentaram informações às fls. 98/100, 102/116 e 135/137, respectivamente.

O Ministério Público, oficiando nos autos, manifestou-se pela denegação do **writ**, em face da incidência das Súmulas 266, 339 e 512 do Excelso Pretório e da Súmula 105 do Colendo Superior Tribunal de Justiça (fls. 158/162).

O v. acórdão restou assim ementado:

> ***«MS. Constitucional — Ministro de Estado — Mandado de Segurança — Legitimidade Passiva* — Não se conhece de Mandado de Segurança, no STJ, por ilegitimidade passiva *ad causam*, não evidenciado haver a conduta impugnada sido praticada por Ministro de Estado.»(fl. 170).**

Sobreveio o presente recurso ordinário, no qual reitera os argumentos do **mandamus**, sustentando, em preliminar, a legitimidade passiva dos Ministros de Estado, sob o fundamento de que somente estas autoridades poderiam efetuar o pagamento, mediante a criação de rubrica própria, conforme Portaria nº 978/96 do **Mare**, e que o **writ** não buscou atacar lei em tese, haja vista tratar-se a Portaria Interministerial impugnada de mero ato administrativo.

Ressalta, ainda, que o processo não pode ser extinto, mesmo que admitida a ilegitimidade passiva **ad causam**, visto que remanesce uma terceira autoridade coatora, o **Presidente do INSS**, cujo julgamento compete à Justiça Federal de primeira instância no Distrito Federal.

O apelo subiu a essa Excelsa Corte, nos termos do despacho de fl. 193.

Contra-razões às fls. 195/200 e 202/205.

In casu, é incensurável o v. acórdão recorrido.

Com efeito, não se pode imputar a prática do ato impugnado às autoridades apontadas como coatoras.

Conforme ensinamentos do saudoso **Hely Lopes Meirelles**, «considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas conseqüências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. Exemplificando: numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que cientifica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe as sanções fiscais respectivas, usando do seu poder de decisão.» (**in** Mandado de Segurança, 15ª edição atualizada por Arnoldo Wald, 1994, SP, Malheiros Editores Ltda., pp. 42/43).

Observa-se, na hipótese, que os eminentes Ministros de Estado impetrados limitaram-se a **divulgar**, através da Portaria Interministerial nº 26/95, o índice de reajuste dos servidores civis da União, determinado por força de expressa disposição legal, no caso, os arts. 22 e 28 da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994, conforme assinalou o próprio recorrente (fl. 177). Como se vê, as referidas autoridades não praticaram qualquer conduta comissiva ou omissiva quanto ao pagamento dos reajustes aos servidores civis pertencentes à categoria dos Fiscais de Contribuições Previdenciárias do INSS do Estado do Paraná.

Nesse sentido, bem destacou o acórdão recorrido ao decidir, à fl. 168: «em conclusão, se afronta houve ao direito dos sindicalizados foi, sem dúvida, provocada pelo ordenador de despesa, não obstante seguir o comando genérico do Ministro de Estado.»

A propósito do tema, confira-se, ainda, o seguinte precedente desse Excelso Pretório, **in verbis:**

> «Legitimidade — Mandado de Segurança — Autoridade Coatora — Ministro de Estado. O mandado de segurança há de estar dirigido contra a autoridade responsável pela prática do ato. Tratando-se de pensão militar da Marinha, cumpre ao diretor de finanças formalizar o respectivo reconhecimento. A autoridade maior do Ministro de Estado não atrai a qualificação de autoridade coatora — artigo 34 da Lei nº 3.765/60 combinado com os artigos 21, alíneas **a**, **b** e **c**, 54 e 77 do Decreto nº 49.096, de 10 de outubro de 1960.» (RMS nº 22.203-DF, 2ª Turma, Rel. emin. Min. **Marco Aurélio, *in*** DJ de 20-10-95, p. 35262).

Destarte, é manifesta a ilegitimidade dos Ministros de Estado para figurar no pólo passivo da impetração.

Por outro lado, embora remanesça a competência da Justiça Federal de 1º Grau para julgamento do **writ**, o caso não é de remessa dos autos à Seção Judiciária competente, como equivocamente pretende o recorrente, pois, não cabe a esse Excelso Tribunal, no esteio de sua jurisprudência, «ordenar a mutação subjetiva do pólo passivo da relação processual, uma vez que a inocorrência de uma das condições da ação acarreta a extinção do processo sem julgamento do mérito, a teor do art. 267, VI, do CPC» (RMS 21.362-DF, Rel. Min. Celso de Mello, **in** DJ de 26-6-92, p. 10104).

Isto posto, opino pelo improvimento do recurso ordinário.»

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão (Relator): O Superior Tribunal de Justiça, ao fundamento de que o ato questionado fora praticado por órgão de hierarquia inferior, extinguiu a ação mandamental diante da incompetência da Corte.

Revela-se incensurável o acórdão recorrido.

Não há dúvida de que o Ministro de Estado, embora tenha editado a Portaria Interministerial nº 26/95 orientadora do pagamento do reajuste, não dispõe de legitimidade para praticar o ato reclamado, posto não lhe competir corrigir a alegada lesão ao direito invocado pelo autor da ação mandamental.

Fácil verificar que não era mesmo do Superior Tribunal de Justiça a competência originária para processar e julgar o **writ.**

O entendimento sufragado pela decisão recorrida ajusta-se à orientação desta Corte sobre a matéria, como se pode verificar do acórdão a que se refere o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, transcrito no relatório, cabendo ainda destacar a decisão a seguir:

«Constitucional. Militar. Pensão. Inocorrência de ato concreto praticado pela autoridade apontada coatora.

I — Pensão militar: reajuste: inexistência de ato concreto praticado pela autoridade apontada coatora, certo que a esta não compete, de ofício, mandar alterar o valor da pensão.

II — Mandado de segurança não conhecido.

III — Recurso não provido.» (RMS 22.223, Rel. Min. Carlos Velloso).

Cumpre, de outro lado, afastar o pedido alternativo de remessa dos autos à Justiça Federal de primeiro grau, por haver sido indicado como autoridade coatora o Presidente do INSS. É que, ressalvado o ponto de vista deste Relator, a jurisprudência do STF se firmou no sentido de que o pólo passivo na relação processual, em se tratando de mandado de segurança, deve ser ocupado pela autoridade competente para a prática do ato que se quer desfazer, não cabendo ao órgão julgador «substituir a autoridade situada pelo impetrante no pólo passivo da relação processual» (RMS 21.444, Rel. Min. Octavio Gallotti).

Em precedente da lavra do ilustre Ministro Celso de Mello (RMS 21.362, RTJ 141/478), disse S. Exa.:

«Se o juiz entender ausente, no caso submetido à sua apreciação, a pertinência subjetiva da lide quanto à autoridade indicada como coatora, deverá julgar extinto o processo, sem julgamento de mérito, por inocorrência de uma das condições da ação (CPC, art. 267, VI), que constitui matéria de direito passível de cognição de ofício pelo magistrado (CPC, art. 301, § 4º).»

Sendo assim, pelas razões expostas, caracterizada hipótese de extinção do processo, sem exame do mérito, por ilegitimidade passiva **ad causam**, nego provimento ao presente recurso.

EXTRATO DA ATA

RMS 22.780 — DF — Rel.: Min. Ilmar Galvão. Recte.: Sindicato dos Fiscais de Contribuições Previdenciárias do Estado do Paraná — SINFISPAR (Advs.: Josilma Batista Saraiva e outros). Recda.: União Federal (Adv.: Advogado-Geral da União). Recdo.: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS (Adv.: Rosana Teixeira de Carvalho).

Decisão: A Turma negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança. Unânime. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Octavio Gallotti.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministros Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Sydney Sanches. Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Frauzino Pereira.

Brasília, 2 de outubro de 1998 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 23.099—DF
(Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence

Impetrantes: Sandro Araújo e outros — Impetrada: Mesa Diretora da Câmara dos Deputados

Secretários Parlamentares da Câmara dos Deputados: empregos de confiança, que, transformados em cargos em comissão (L. 8.112/90, art. 243, § 2º), portanto, de livre exonerabilidade *ad nutum*, ilide as pretensões de efetividade e estabilidade e o pedido de reintegração de seus antigos ocupantes.

O contrato de trabalho por prazo indeterminado era o instrumento adequado para o provimento de empregos públicos de confiança, pois o caráter temporário da investidura do seu ocupante não equivale à temporariedade da função.

A identificação do predicado *«de confiança»* do cargo ou emprego público independe de que como tal seja expressamente denominado, mas resulta, ao contrário, do regime normativo aplicável ao provimento e desprovimento dele.

Era de confiança o emprego de Secretário Parlamentar da Câmara dos Deputados, contratado por indicação do Deputado a cujo gabinete se destinasse, para o exercício de funções de assessoramento direto e pessoal e cuja dispensa se daria, ao final do mandato do titular proponente ou, a qualquer tempo, por vontade deste: conseqüentemente, ainda que transformado em cargo em comissão, por força do art. 243, § 2º, L. 8.112/90, não invalida a dispensa do antigo ocupante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o mandado de segurança, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 31 de maio de 2000 — **Carlos Velloso**, Presidente — **Sepúlveda Pertence**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence : Os impetrantes foram contratados por tempo indeterminado, sob o regime da CLT, na vigência da Resolução 66/78, da Câmara dos Deputados, para exercer funções de Secretário Parlamentar.

Insurge-se a impetração contra o ato da Mesa da Câmara que, depois de dispensá-los sem justa causa, indeferiu o seu enquadramento como servidores efetivos da Casa, por força do art. 243 da L. 8.112/90.

Argumenta a petição inicial:

«Ocupavam, os Impetrantes, emprego de assistente de gabinete, motorista ou secretário, que, a exemplo do contracheque em anexo, auferiam salário/CLT e não vencimentos, distinguin-

do-os assim, dos detentores de cargos de confiança. (Doc. 41/47).

Como visto, os Secretários, os Assistentes e os Motoristas ou Auxiliares de Gabinete Parlamentar, contratados para servirem nos gabinetes dos Deputados que os indicaram, regidos pela CLT e normas do FGTS, não se incluem entre os cargos de confiança existentes na Câmara dos Deputados, nem mesmo podem ser considerados como tal, haja vista que a Resolução 66/78 e o Contrato de Trabalho acima referido, não deixam a menor dúvida, serem os empregos exercidos pelos Requerentes, indiscutivelmente, de caráter permanente.

Como já referido acima, os Impetrantes foram despedidos sem justa causa, — ao invés de se aplicar a norma do art. 243 da Lei 8.112/90, que determina o enquadramento —, receberam a liberação do saldo do FGTS mais os 40% e aviso prévio trabalhado, não podendo ser confundida com funções de confiança, como alega a Impetrada, por não existir dúvidas de que não foram contratados nem nomeados para exercerem cargo em comissão ou funções de confiança.

Conseqüentemente, aos Impetrantes foram dadas novas inscrições funcionais e suspenso o recolhimento das contribuições para o FGTS, ferindo direito pessoal, segundo se constata dos contracheques anexos, referentes ao mês de março de 1991 e seguintes. (Docs. 48/51)

Somente através de Resolução nº 30, de 15 de novembro 1990, a teor do disposto nos artigos 18 e seguintes e art. 61, é que a Câmara dos Deputados criou as funções de confiança e cargos em comissão, comprovando-se, assim, que os ocupantes do quadro do Secretariado Parlamentar, até 1991, quando então foram os Impetrantes demitidos sem justa causa, não exerciam qualquer cargo de comissão ou função de confiança.

Destaca-se, que a Resolução nº 30, de 15 de novembro de 1990, — que altera ilegalmente a Consolidação das Leis do Trabalho, ferindo o princípio da hierarquia das leis — ao transformar os contratos de trabalho dos ocupantes do Secretariado Parlamentar em cargo em comissão, foi aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados em 15 de novembro de 1990, após o texto da Lei nº 8.112/90 já ter sido aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados.

Evidencia-se, assim, a nítida intenção da Mesa da Câmara dos Deputados em burlar as normas da CLT, sonegar o direito dos Impetrantes e, num passe de mágica, através de uma Resolução de nº 30/90, pretender alterar a Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho), afrontando ainda o disposto no art. 243 da Lei 8.112/90 e o preceituado no art. 19 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal.»

Indeferi a liminar — fl. 74:

«Indefiro a liminar, que visa a inverter situação criada há mais de sete anos, com a dispensa dos impetrantes, e, no mérito, não parece encontrar respaldo nos precedentes do Tribunal sobre questões similares (**v.g.**, MS 21.680, Pertence, Lex 194/119; MS 20.933, Sanches, RTJ 131/554).»

Prestou informações o il. Vice-Presidente na Câmara, Deputado Heráclito Fortes, das quais extraio:

«Cinge-se a questão colocada no presente processo, na possibilidade le-

gal de os interessados serem automaticamente efetivados em Quadro Permanente da Câmara dos Deputados, sem a prévia realização de concurso público, ao abrigo da norma prescrita no art. 19 do ADCT da Constituição de 1988, **verbis**:

«Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1° O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2° O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do **caput** deste artigo, exceto se tratar de servidor.

§ 3° O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.»

Desde logo, importa mencionar que o § 2° do mencionado dispositivo constitucional excepciona da regra constante do **caput** do artigo os ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, e os que a lei declare de livre exoneração, **o que é o caso dos pleiteantes**. (...) Leve-se em conta a forma de investidura dos pleiteantes: ela se fez e se faz por mera indicação do parlamentar; não existe concurso público, não existe qualquer outra formalidade para o provimento do cargo ou função. Trata-se, inegavelmente, de cargo de confiança.»

Invoca-se a decisão do STF no MS 20.933, relator o Ministro Sydney Sanches, para prosseguir:

«Ratificando a argumentação já desenvolvida, a própria afirmativa de que a Douta Mesa da Câmara, por meio da Resolução 30, de 15-11-90, pretendeu modificar direitos consagrados na Lei n° 5.452/43 (CLT), demonstra o caráter temerário do pedido. Dita Resolução, especificamente em seu art. 20, apenas define que os cargos ocupados pelos impetrantes são de recrutamento amplo, de livre escolha dos titulares dos Gabinetes Parlamentares. Trata-se do exercício da competência atinente a esta Casa Legislativa. Não merece ser acolhida a tese de que os impetrantes «auferiam salário/CLT e não vencimentos, distinguindo-os, assim, dos detentores de cargos de confiança. (Doc. 41/47)» **sic**

O fato de os impetrantes haverem sido inicialmente contratados pelo Regime da CLT, não frustra o caráter precário das funções de confiança até então ocupadas.

Ato contínuo, ante o caráter da confiança que o Parlamentar deposita nos ocupantes dos ditos encargos, é que a Câmara dos Deputados editou legislação **interna corporis**, com o intuito de atender a rotatividade na indicação dos eventuais ocupantes das vagas disponíveis.

Não é por demais reprisar que até o advento da Lei 8.112/90, os contratos eram celebrados por prazo indeterminado, cujas rescisões eram realizadas conforme as regras da CLT, após deter-

minação do Parlamentar responsável pela indicação à vaga ocupada.

Imperioso se reafirmar que as rescisões ocorreram no intuito de se adequar a situação jurídica anteriormente vivenciada, ao novo Regime Jurídico instituído, tendo esta Casa, após finalizar os contratos celetistas, firmado novos pactos com fundamento no art. 9°, inciso II, da citada legislação federal.

Tal atitude não demonstra a imprópria e vã afirmativa dos impetrantes, os quais sugeriram que esta Casa teve a intenção de burlar a lei. O que efetivamente ocorreu foi a adequação a uma nova situação jurídica vivenciada.

Portanto, as verbas trabalhistas recebidas decorreram de imperativo legal, ínsito às rescisões de contratos celetistas, não repercutindo de forma prejudicial ao caráter temporário da contratação, cuja dispensa ocorreria segundo o interesse desta Administração, representado pela iniciativa de cada parlamentar.

No parecer do Ministério Público Federal, a il. Subprocuradora-Geral Anadyr Rodrigues, depois de transcrever o núcleo de impetração e das informações, conclui:

«4. Tudo posto, é de se reconhecer que, efetivamente, como sustentam as informações, o Mandado de Segurança contém pretensão que já foi rechaçada por essa Excelsa Corte:

«Secretário Parlamentar. Estabilidade prevista no art. 19, *caput*, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988. Inexistência do direito. Sendo o Secretário Parlamentar contratado para emprego de confiança, não tem direito à estabilidade prevista no *caput* do art. 19 do ADCT da CF de 1988, aplicando-se-lhe a norma excepcionante do parágrafo 2° do mesmo dispositivo. Mandado de Segurança indeferido.»

(MS 20.933/DF— Mandado de Segurança. Relator Ministro Sydney Sanches. Publicação DJ, data: 8-9-89, p. 14232, ement. vol-01554-01, p. 00039, julgamento 9-8-1989 — Tribunal Pleno, *in* internet/STF/Jurisprudência)

5. Outra solução não resta, pois, nestes autos, senão concluir-se pela inviabilidade da concessão da ordem pretendida, visto como a petição inicial está, em sua essência, assentada, unicamente, no argumento — desprestigiado por essa Suprema Corte — de que:

«Como visto, os Secretários, os Assistentes e os Motoristas ou Auxiliares de Gabinete Parlamentar, contratados para servirem nos Gabinetes dos Deputados que os indicaram, regidos pela CLT e normas do FGTS, não se incluem entre os cargos de confiança existentes na Câmara dos Deputados, nem mesmo podem ser considerados como tal, haja vista a Resolução 66/78 e o Contrato de Trabalho acima referido, não deixam a menor dúvida, serem os empregos exercidos pelos Requerentes, indiscutivelmente de caráter permanente.» (fl. 8)

O parecer é, por conseguinte, de que o Mandado de Segurança não comporta deferimento.»

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): Questões idênticas ou similares

têm sido enfrentadas pelo Tribunal, e sempre decididas no sentido da improcedência da pretensão de estabilidade, conforme o art. 19 do ADCT, e enquadramento, por força da Lei do Regime Único (L. 8.112/90, art. 243), de servidores que, como os impetrantes, sob o texto constitucional pretérito, foram contratados por tempo indeterminado e regime da CLT, pelo Senado Federal ou a Câmara dos Deputados, para o exercício das funções de confiança por indicação dos parlamentares em cujos gabinetes serviam, que poderiam igualmente determinar a sua dispensa (além do referido MS 20.933, 9-8-89, Sanches, RTJ 131/554, **v.g.**, MS 21.680, 10-8-94, Pertence, Lex 194/118; MS 22.170, 6-9-1995, Galvão, DJ 6-10-95; MS 22.979, 10-6-98, Galvão; MS 23.081, 14-4-99, Moreira, DJ 25-6-99; MS 23.061, 2-6-99, Pertence).

No primeiro caso que relatei — MS 21.680 — atinente à contratada pelo Senado para o emprego de confiança de Assessor Técnico, analisei minuciosamente a questão e resumi na ementa a conclusão, então prestigiada pela unanimidade do Plenário:

> «Assessor Técnico do Senado Federal: emprego de confiança, que, transformado em cargo em comissão (L. 8.112/90, art. 243, § 2°), portanto, de livre exonerabilidade **ad nutum**, ilide as pretensões de efetividade e estabilidade e o pedido de reintegração de seu antigo ocupante.
>
> 1. O contrato de trabalho por prazo indeterminado era o instrumento adequado para o provimento de empregos públicos de confiança, pois o caráter temporário da investidura do seu ocupante não equivale à temporariedade da função.
>
> 2. A identificação do predicado «de confiança» do cargo ou emprego público independente de que como tal seja expressamente denominado, mas resulta, ao contrário, do regime normativo aplicável ao provimento e desprovimento dele.
>
> 3. Era de confiança o emprego de Assessor Técnico do Senado Federal, contratado por indicação do Senador a cujo gabinete se destinasse, para o exercício de funções de assessoramento direto e pessoal e cuja dispensa se daria, ao final do mandato do titular proponente ou, a qualquer tempo, por vontade deste: conseqüentemente, ainda que transformado em cargo em comissão, por força do art. 243, § 2°, L. 8.112/90, não invalida a dispensa do antigo ocupante.»

A situação não se altera na Câmara dos Deputados, como se decidiu no MS 23.061, de que fui relator:

> «Empregados da Câmara dos Deputados (Secretários Parlamentares e outros) ocupantes de empregos de confiança que, transformados em cargos em comissão (L. 8.112/90, art. 243, § 2°), portanto de livre exonerabilidade **ad nutum**, ilide as pretensões de efetividade e estabilidade e o pedido de reintegração de seus antigos ocupantes.»

Certo, nesse último caso, fiz expressa ressalva das vias ordinárias para um dos impetrantes, não identificado, porque **«contratado como motorista, emprego cuja denominação não evidencia, por si só, o caráter de confiança»**.

A dúvida não se apresenta na espécie.

Embora aqui também se aluda à existência de motorista entre os impetrantes, da própria inicial se colhe que foram todos contratados na conformidade da Resolução 66/78, da Câmara dos Deputados, que

«dispõe sobre o exercício das funções de confiança de Secretário Parlamentar».

De sua vez, a impetração e as informações são conformes em que a contratação de todos os requerentes se fez por livre indicação dos parlamentares a cujos gabinetes foram destinados, noticiando mais a autoridade coatora que também a dispensa se dava por determinação do respectivo congressista.

Contra a orientação da Casa, invoca-se a decisão do Ministro Nelson Jobim, que negou seguimento ao RE 183.373: como observei no MS 23.061, a decisão individual recordada, «para negar seguimento ao recurso extraordinário contra o acórdão que lhes deferira a segurança, fundou-se em que a verificação da alegada contrariedade ao art. 19, § 2°, ADCT, pendia de caracterizar-se como de confiança os empregos exercidos, mediante interpretação de regras internas do Senado Federal: a circunstância pode impedir o conhecimento do RE — que não se presta à verificação da chamada ofensa reflexa à Constituição — mas não inibe, no julgamento do mandado de segurança, o exame amplo da questão jurídica».

Assim, também na espécie estou convencido de que os impetrantes ocupavam empregos de confiança — e não cargos de confiança — os quais, por força do § 2° do art. 243 da L. 8.112/90, se converteram em cargos de provimento em comissão.

Mas ambos — os empregos de confiança, que eram, e os cargos em comissão, que passaram a ser — excluem a pretensão de estabilidade.

Indefiro a ordem: é o meu voto.

EXTRATO DA ATA

MS 23.099 — DF — Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. Imptes.: Sandro Araújo e Outros (Advs.: Wagner Sales e outros). Impda.: Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, indeferiu o mandado de segurança, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Ilmar Galvão, Sydney Sanches, Néri da Silveira, e, neste julgamento, os Senhores Ministros Nelson Jobim e Moreira Alves.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 31 de maio de 2000 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

HABEAS CORPUS N° 72.588 — PB
(Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Maurício Corrêa

Paciente: Paulstein Aureliano de Almeida — Impetrante: Antônio Pereira de Almeida Filho — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus. ***Crime qualificado de exploração de prestígio (CP, art. 357, parágrafo único) cometido contra magistrado. Prova ilícita: conjunto probatório originado, exclusivamente, de*** **interceptação telefô-**

nica, *por ordem judicial, porém, para apurar outros fatos (tráfico de entorpecentes). Violação do art. 5º, XII e LVI, da Constituição.*

1. O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as *hipóteses* e a *forma* que permitam a autorização judicial. Precedentes.

***a*) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI).**

***b*) O art. 57, II, *a*, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das *hipóteses* e *formas* pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas.**

2. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos.

3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são *exclusivamente* delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente.

4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo.

5. *Habeas corpus* conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, deferir o pedido de «habeas corpus».

Brasília, 12 de junho de 1996 — **Sepúlveda Pertence**, Presidente — **Maurício Corrêa**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Atualizo o relatório, em face da diligência proposta pelo Min. Moreira Alves, na Sessão do dia 11 de novembro próximo passado, no sentido de que fossem requisitados os autos da ação penal, em tramitação na 5ª Vara Criminal da Comarca de Campina Grande, no Estado da Paraíba.

O Advogado Antônio Pereira de Almeida Filho impetra ordem de **habeas corpus**

em favor de Paulstein Aureliano de Almeida, também advogado, afirmando que o paciente está sofrendo coação ilegal a partir de 9-2-94, data em que o Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal de Campina Grande, no Estado da Paraíba, recebeu a denúncia contra ele formulada, como incurso nas penas previstas no art. 357, parágrafo único, do Código Penal (exploração de prestígio); alega a nulidade da denúncia porque lastreada exclusivamente em escuta telefônica, com violação do que dispõe o art. 5º, XII, da Constituição; pede o trancamento da ação penal, ou a declaração da sua nulidade em virtude da utilização de prova ilícita (fls. 2/10). Junta documentos (fls. 11/69).

2. Este é o terceiro **habeas corpus** impetrado com base no mesmo fato: o primeiro foi perante o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, contra o recebimento da denúncia pelo Juiz; o segundo perante o Superior Tribunal de Justiça, contra a decisão denegatória do Tribunal de Justiça, que, na verdade, era recurso em **habeas corpus**; e, finalmente, este **habeas corpus** originário contra a decisão denegatória do Superior Tribunal de Justiça.

O acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba tem a seguinte ementa:

«**Habeas Corpus** — Trancamento da Ação Penal — Existência de crime em tese — Impossibilidade do pleito.

— Denúncia e Sindicância — Nulidade — Inexistência das eivas apontadas — Denegação do **writ.**

— Se há crime em tese a ser apurado em sumário de culpa, em razão de sindicância e denúncia regulares, não há que falar-se em trancamento da Ação Penal, nem na nulidade de providências legalmente encetadas.» (Fl. 56)

Desse acórdão interpôs o paciente embargos declaratórios porque a decisão teria sido omissa quanto à alegação da coleta da prova ilícita constante do pedido.

Do julgado extraiu-se a seguinte ementa:

«**Embargos de Declaração** — Escuta telefônica tida como ilícita — Decisão omissa a esse respeito.

— Recurso acolhido em parte.

— Se a escuta telefônica se fundou em dispositivo constitucional de aplicação imediata, tem-se-na como legal, denegando-se, também, por esse aspecto, o **writ**.

— Interpretação do art. 5º, inciso LXVIII, e seu parágrafo 1º, de nossa Carta Magna.» (fl. 65)

3. Vieram aos autos as informações prestadas pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça, encaminhando cópia do acórdão que indeferiu o **habeas corpus**, aqui atacado e que tem a seguinte ementa, **in verbis** (fl. 78):

«**Penal. Processual penal. Escuta telefônica. Trancamento.** ***Habeas corpus.*** **Substitutivo de recurso.**

1. Controversos os fatos, não se tranca a ação penal. Inviável, no caso, o **habeas corpus.**

2. **Habeas corpus** conhecido: pedido indeferido.»

4. Manifesta-se o Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem em parecer do Subprocurador-Geral da República Cláudio Lemos Fonteles assim fundamentado:

«11. Tivemos a oportunidade de elaborar parecer no RE nº 173.694-1, cuja ementa diz:

«**Ementa:**

1. Impugnação à interceptação telefônica que não está correta porque, neste caso, o magistrado expressamente arrolou como dados a seu convencimento **inúmeras provas, autonomamente vistas**, e, dentre elas, **em ordenação de conjunto e formação de quadro probatório**, a interceptação telefônica, **não sendo**, pois as outras provas: **Fruits of the poisonous tree**. O julgado do HC nº 69.209 aqui **não** se aplica.

2. **Não-conhecimento do recurso.»**

12. No caso acima mencionado, o magistrado baseou-se em inúmeras provas para a condenação do réu e não **exclusivamente** na escuta telefônica, daí porque, opinamos pela aplicação do precedente — HC nº 69.209.

13. No presente **writ** não houve sequer condenação e a instrução, ao que parece, ainda não foi concluída.

14. Durante o regular processamento do feito poderão surgir provas outras que embasem o decreto condenatório do réu, não sendo tais provas consideradas **fruits of the poisonous tree.**

15. Correta, portanto, a decisão do STJ.

16. Pela denegação da ordem.»

Com relação aos autos da ação penal, não trazem nenhuma novidade, quanto aos fatos. Estão eles paralisados no Cartório da 5ª Vara Criminal, aguardando o cumprimento de precatória de intimação para o depoimento do Juiz que representou contra o paciente. Aliás o Juiz, no depoimento prestado junto ao Juiz-Corregedor da Paraíba, retificou os termos da representação endereçada àquele órgão em que confirma que o objeto da mencionada representação é a gravação contida na fita cassete (fl. 128 dos autos da ação penal).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Relator): Senhor Presidente, começo por dizer que embora contenha parte do voto do Des. Romero Pedro Moreira Coutinho (fls. 56/58), Relator do **habeas corpus** no Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, que a sindicância levada a efeito pela Corregedoria do Tribunal de Justiça daquele Estado, tenha se baseado em outros elementos fora da gravação magnética para a instauração da ação penal contra o paciente, e que, em face desta passagem, tenha o e. Representante do **Parquet** federal, nesta mesma linha de direção, opinado perante esta Corte pelo indeferimento da ordem, todos os elementos dos autos conduzem à indisfarçável certeza de que o conjunto probatório originariamente nasceu da escuta telefônica ordenada através de autorização judicial.

Os autos da ação penal ora requisitados, confirmam que todas as provas existentes vieram das mesmas fontes do objeto da gravação, além dos depoimentos do delegado da Polícia Federal que solicitara o «grampo», e de seu escrivão.

A ação penal a que responde o paciente, como infrator do artigo 357, parágrafo único do Código Penal, decorreu de afirmações criminosas que ele teria mantido em conversa telefônica com detento do presídio local, depois de sindicância procedida pela Corregedoria de Justiça do Estado, provocada pelo magistrado em exercício em Vara Criminal, vítima de tais afirmações.

De fato, em depoimento prestado pelo Delegado da Polícia Federal em Campina Grande, Dr. Anísio Soares Vieira, perante o

Juiz-Corregedor da Justiça do Estado da Paraíba, encarregado da sindicância, ficou claro que tendo chegado ao seu conhecimento que alguns presidiários recolhidos ao Presídio do Monte Santo, estariam comandando o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, e que tais contatos eram feitos através do telefone instalado no interior do estabelecimento penal, pediu autorização ao Juiz das Execuções Penais, Dr. José Gomes Varela, para que fosse feita a escuta.

Deferido o pedido, foi expedido ofício à Telpa — Telecomunicações da Paraíba —, passando-se a seguir às gravações.

Prossegue o depoimento, com as próprias palavras do delegado-depoente: «que numa dessas ligações o referido causídico (o paciente) relatou com um presidiário fatos que comprometem o Poder Judiciário bem como o exercício da advocacia; que nesse relato o advogado **Paulstein** citou os nomes do Dr. **José Gomes Varela** e do advogado **Paulo Agra**; que naquela ocasião o Dr. **José Gomes Varela** era o titular da 3ª Vara Criminal desta Comarca». (fl. 35)

Foi, pois, com o que tomou conhecimento o Dr. Varela, através desta gravação, é que ele mesmo oficiou ao Corregedor-Geral de Justiça para o procedimento da sindicância. A partir daí é que surgiram as provas, todas elas, em cadeia, originárias dos desdobramentos do conteúdo da gravação.

Ouvido o cliente do paciente, de nome Mário Martins de Souza, também conhecido por «Mário Fofoca», este, ao final de seu depoimento de fls. 33/34, perguntado pelo Corregedor respondeu que «confirma a conversa que teve com o Dr. Paulstein, por telefone; que a fita passada neste instante, revela uma conversa do declarante com o Dr. Paulstein».

Não é outro o teor da denúncia, cuja cópia está acostada às fls. 07/08, e que sobre o fato, diz textualmente:

> «Relata o Magistrado, que o denunciado havia em conversa telefônica gravada (fita anexa), procurado extorquir do detento Mário Martins, vulgo **Mário Fofoca**, certa importância em dinheiro, para a «compra» de sua liberdade junto ao mesmo, e em cuja transação, seria intermediário o advogado Paulo Agra. Há de se salientar que a escuta telefônica instalada no telefone público localizado no Pátio do Presídio de Monte Santo, nesta Cidade, foi requerida pelo Delegado de Polícia Federal desta cidade e autorizado pelo Juiz das Execuções Penais desta Comarca, o Dr. José Varela. A Corregedoria da Justiça instaurou a competente sindicância, onde ouviu-se em termo de declaração, várias pessoas.»

Nas informações prestadas pelo Dr. Carlos Martins Beltrão Filho, Juiz Substituto da 5ª Vara Criminal de Campina Grande, anotou o informante (fls. 26/27):

> «Indiscutivelmente, a exordial acusatória lastreou-se na prova material representada pela fita k-7, que rendeu ensejo a sindicância apurada pela Corregedoria-Geral da Justiça, aonde restou acenada, pelo menos em tese, a ofensa ao dispositivo retromencionado. Imperioso destacar, todavia, que o denunciado por ocasião do interrogatório em juízo, negou peremptoriamente tivesse assumido como sua a voz existente na gravação e, por inteiro, a prática delituosa a si irrogada. De enfatizar, por oportuno, que as declarações colhidas na decantada fita k-7, fruto da escuta telefônica autorizada pelo eminente Juiz das Execuções Criminais desta Vara visava objetivo diverso, qual seja o con-

tato de presidiários com pessoas ligadas ao submundo do crime comandadas possivelmente, por recolhidos àquela Casa de Detenção.»

E o curioso é que o próprio magistrado ofendido na conversa gravada, ao representar ao Corregedor, expressamente fez consignar que remetia «uma fita cassete, onde encontra-se gravada uma conversa telefônica entre o Bel. Paulstein A. de Almeida e o Detento Mário Martins, vulgo «Mário Fofoca», na qual o aludido causídico procura extorquir dinheiro do cliente, sob o argumento de que prometera pagar determinada importância ao Juiz da 3ª Vara Criminal, para que ele, detento, fosse liberado. Na mesma fita o causídico afirma ter falado com este magistrado, dizendo que concordávamos com ele no sentido de que o infrator deveria ser liberado ...».

Para espancar qualquer dúvida, leio as partes fundamentais elaboradas pelo Dr. João Alves da Silva, Juiz-Corregedor, e que serviu de base à denúncia:

«Como providência inicial, solicitei autorização para deslocar-me às cidades de Itamaracá, Estado de Pernambuco, com a finalidade de colher o depoimento do detento Mário Martins, recambiado para o Presídio de Segurança Máxima, situado naquele Município, por determinação do Magistrado José Gomes Varela, e Campina Grande, onde seriam ouvidas diversas pessoas, inclusive as mencionadas no pedido de sindicância. Em audiência pública, realizada no fórum da Comarca de Itamaracá-PE, com a presença do MM. Juiz daquela Unidade Judiciária e da Advogada, Dra. Maria Cristina Coutinho, o detento Mário Martins, após ouvir detidamente a fita cassete acostada aos autos e atestar a sua autenticidade, declarou, em resumo, que: 1. Na verdade, foi procurado pessoalmente e por telefone por seu advogado, que lhe pediu a importância de Cr$ 50.000.000,00 (cinqüenta milhões de cruzeiros), de cuja quantia Cr$ 20.000.000,00 (vinte milhões de cruzeiros) seriam para o Dr. Varela, Juiz da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campina Grande e Cr$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros) para o Dr. Paulo Agra, Advogado, amigo íntimo do Juiz, que iria intermediar a transação visando a soltura dele (detento); 2. «... que conhecia o Dr. Paulstein como enrolão e mentiroso; que os detentos do Presídio Monte Santo informaram que o Dr. Varela era um Juiz muito rígido; que o Dr. Varela no ato do interrogatório chamou o declarante de mentiroso porque este havia informado que não era fugitivo da Penitenciária Agrícola de Itamaracá; que o tratamento do Magistrado para com o declarante foi formal, educado ...»

Dando prosseguimento aos trabalhos, na cidade de Campina Grande, foram colhidos os depoimentos do Dr. Anísio Soares Vieira, Delegado de Polícia Federal naquela Cidade e do Escrivão de Polícia Federal, João Ramos de Queiroz.

Informou o Dr. Anísio Soares que havendo chegado ao seu conhecimento de que alguns presidiários estavam comandando o tráfico de drogas no interior do Presídio Monte Santo, solicitou ao MM. Juiz das Execuções Penais, à época o Dr. José Gomes Varela, autorização para realizar escuta no telefone público instalado no pátio do presídio, no qual foi atendido. Após algumas diligências de natureza técnica passou a fazer a escuta permanente e, em razão disso chegou a ouvir o diálogo do Dr. Paulstein e o preso Mário Martins, que

compromete o Poder Judiciário e o próprio exercício da Advocacia. Adiantou o Dr. Anísio que o comportamento do Advogado não é bastante ético, pois certa feita chegou a fazer proposta escusa do seu escrivão João Gomes de Queiroz e noutra oportunidade criticou a atuação da PF em Campina Grande.

O escrivão da Polícia Federal, João Ramos, disse que sua voz na fita cassete representa uma estratégia policial, devidamente autorizada por seu chefe imediato. Adiante, que o Dr. Paulstein lhe fez uma proposta de suborno que consistia em conseguir distribuir um inquérito para o Juiz José Varela, considerado por Paulstein como «beleza». Nada mais trouxe de importância na presente denúncia.

Ouvido, o Dr. Paulstein Aureliano de Almeida (fls. 15/18), em síntese, disse que «1. A fita acostada aos autos é autêntica; 2. Temendo «levar um calote» do seu constituinte Mário Martins, conhecido por Mário Fofoca, pediu-lhe adiantada a quantia de Cr$ 20.000.000,00 (vinte milhões de cruzeiros) da qual «daria uma parte para o Juiz». 3. Nunca teve contato pessoal ou por telefone com o Dr. Varela sobre esse assunto, muito menos com o Dr. Paulo Agra; 4. Se viu forçado a «usar do expediente confessado», tudo com o intuito de receber o que lhe era devido. A seguir o Dr. José Gomes Varela, em depoimento espontâneo, ratificou o expediente de fls. 02/04, realçando que o advogado cometeu o crime do artigo 158 do Código Penal vigente. O Dr. Paulo Roberto Agra Ramos (depoimento de fls. 21/22), disse que durante 23 anos de vida forense jamais praticou qualquer ato desabonador à sua conduta e que a menção ao seu nome na fita anexada aos autos é caluniosa e não corresponde à verdade. Destacou a integridade, a imparcialidade e admiração de todos à pessoa do bel. José Gomes Varela.»

E a partir deste ponto, sugere ao Des. Corregedor da Justiça as providências, que a seu ver deveriam ser tomadas.

Como se depreende dos fatos claramente expostos nos autos, parece-me ter havido equívoco por parte do Des. Relator do **habeas corpus** no Tribunal de Justiça da Paraíba, e que, presumo, deve ter conduzido o Procurador Cláudio Fonteles também a entender, que além da prova oriunda da interceptação telefônica, outras foram produzidas ao longo da apuração dos fatos no procedimento da sindicância. Como se viu, não houve outras provas na sindicância, além daquelas nascidas exatamente em função da própria escuta telefônica, e com os mesmos personagens envolvidos nas citações da transcrição da fita gravada e que prestaram depoimentos perante o Juiz-Corregedor, **ipsis litteris** confirmados em juízo. Quanto a isso não remanescem dúvidas, pois como se observou, o próprio Juiz, vítima das contumélias do paciente, foi quem se encarregou de dizê-lo.

Com estas considerações e na certeza de que os fatos apontados como delituosos teriam originado da gravação telefônica, e exclusivamente dela, porque já formado o meu convencimento anteriormente, e agora a quem tivesse dúvida, evidencia-se com absoluta e indisfarçável segurança, à vista do teor contido dos autos da ação penal, que todos os elementos do conjunto probatório, tiveram como única base o fato tido como delituoso decorrente da interceptação telefônica, passo a examinar o pedido.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se consolidado no sentido de reconhecer como ilícita prova produzida

por meio de «grampeamentos» telefônicos, mesmo no regime da Constituição de 1969, como se vê dos julgamentos dos Recursos Extraordinários nºs 85.439, de 11-11-77, Rel. o Min. Xavier de Albuquerque, in RTJ 84/609 e 100.094, Rel. o Min. Rafael Mayer, in RTJ 100/798 e no HC nº 63.834, Rel. o Min. Célio Borja, in RTJ, 122/47.

Nesse **habeas corpus**, o Min. Célio Borja anotou que «os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito ou à ação penal» (RTJ, 122/47).

Essa orientação foi reiterada no julgamento do HC nº 69.912, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, realizado no dia 30-6-93, portanto já em plena vigência do atual texto constitucional, consoante se verifica no 2º acórdão desse julgamento, cuja ementa assim sintetiza a matéria:

> «Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, «nas hipóteses e na forma» por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal.» (Ementário do STF, in DJ de 25-3-94, p. 6012)

A previsão constitucional inserida no artigo 5º, inciso XII, não é, de resto, uma novidade, tendo em vista o direito comparado, pois já o previa as Constituições da Itália, no artigo 15, a da Alemanha, no artigo 10 e em lei esparsa de 13 de agosto de 1968, a da Dinamarca no artigo 72, assim como em outros ordenamentos constitucionais, como se vê das Constituições dos Estados Unidos, Canadá, Países Baixos, Suécia, Portugal, Uruguai, Japão, Israel e Grécia, bem como as recomendações da ONU e as decisões sobre o tema oriundas da Corte Européia dos Direitos do Homem.

Já pelo magistério de Frederico Marques se anotava que «inadmissível é, na Justiça Penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória». (In Elementos de Direito Processual Penal, vol. II, pp. 293/4).

Não é diferente a lição de Ada Peregrini Grinover de que «a inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consiste na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros». Que «é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou particular, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade». «Toda vez que uma prova for colhida em desrespeito aos princípios constitucionais, expressos ou implícitos, ao que concerne à tutela do direito à intimidade e de seus desdobramentos, a referida prova não poderá ser admitida no processo, por subsumir-se no conceito de inconstitucionalidade». (Das Liberdades Públicas e Processo Penal — As Interceptações Telefônicas, 2ª ed., pp. 151 e 166).

E novamente acrescenta:

> «Evidente que enquanto não vier a lei estabelecer as hipóteses e a forma em que as interceptações poderão ser permitidas, não haverá, por enquanto, como ordená-las, pois o Código de Telecomunicações nada especifica, não suprindo a ausência de lei específica.» (Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas no Processo Penal, em Novas Tendências do Direito Processual, Forense Universitária, 1990, pp. 60 e 80).

Ora, Sr. presidente, a clareza do enunciado no inciso XII, do artigo 5º, da Carta

Política, não deixa nenhuma sombra de dúvida ao estabelecer que «é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal».

Claro está, pois, que é possível a interceptação telefônica mediante autorização judicial, «na forma que a lei estabelecer», mas para tanto torna-se indispensável a **interpositio legislatoris**, sem o que, toda e qualquer prova obtida, enquanto não haja lei que regulamente o dispositivo, é ilícita, e a meu ver, nenhum efeito pode produzir, por ser além de ilícita, inteiramente inidônea. Daí porque quem nessa situação se coloca, não pode sequer ser objeto de investigação criminal, e com muito mais razão, não pode ser denunciado, julgado ou condenado.

Não havendo ato legislativo que discipline o mecanismo do inciso XII, do artigo 5°, da Constituição Federal, é de aplicar-se o comando constitucional do inciso LVI, deste mesmo artigo, que prescreve serem «inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos».

De igual forma, não há que se argumentar com o Código Brasileiro de Telecomunicações, cujo artigo 57, inciso II, alínea **a**, não foi recepcionado pela Carta Política atual, em face da natureza do conceito emitido pelo inciso XII, do artigo 5°, a exigir, **numerus clausus**, definição das «hipóteses e formas» para a outorga da autorização judicial.

Limitando-me a estas rápidas considerações, deixo de aprofundar no exame dessa temática, tendo em vista que esta Corte já teve oportunidade de fazê-lo, abrangente e substanciosamente, sobretudo quando do julgamento do HC n° 69.912, em 30-6-93.

Por outro lado, **com a devida vênia**, não me impressiona a argumentação desenvolvida pelo voto condutor, lavrado pelo e. Min. Edson Vidigal, no Superior Tribunal de Justiça, seguido de seus pares, que o acompanharam, de que o «telefone interceptado foi o da Penitenciária, portanto do poder público; não foi telefone particular». Ora, a garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não poderá distinguir entre o telefone público e o particular, pois o bem que visa a proteger é o da privacidade das pessoas. Imagine-se se essa construção prevalecesse; geraria incontornável constrangimento para os funcionários públicos, transformando as suas vidas em verdadeiro pandemônio, além do maléfico incentivo da indústria da delação que ganharia total permissividade para a proliferação generalizada dos «grampos» oficiais.

Ademais, ainda que se admitisse tal extravagância, restaria o direito à privacidade do uso do telefone que a Constituição erigiu como prerrogativa dogmática do cidadão, do interlocutor de quem a escuta verdadeiramente se destina.

Fosse a prova para a abertura dessa ação penal também alicerçada em outros indícios ou elementos estranhos à interceptação telefônica, estaria disposto a dar outro rumo a minha conclusão.

Todavia, como os autos levam à uma única prova, caracteriza-se iniludivelmente a encampação daquela regra insculpida na jurisprudência e na doutrina americanas, e neste Plenário tantas vezes reproduzida, dos **fruits of poisonous tree**, ou seja, da contaminação de todo o conjunto probatório, por vício em sua formação.

E neste caso, como mencionei antes, a prova foi extraída exclusivamente da escuta telefônica que o próprio Juiz, vítima da agressão verbal, determinou se fizesse, tenho-na como ilícita, e pois imprestável

como meio de busca para a realização processual e penal.

Além da clareza do enunciado no inciso constitucional prescritivo, e antes que haja lei que o discipline, a prudência aponta para que se ponha um paradeiro nesse despautério de interceptações telefônicas, muitas delas, ou na sua maioria, com o intuito subalterno de bisbilhotar a vida das pessoas e bastante por vingança, e tantas muitas outras, sobretudo no campo político, por inspirações alheias e distantes do cenário que se alvitra visualizar.

Na minha vida de homem público, quer no Legislativo, no Executivo, quer na advocacia, conheci os «grampeamentos telefônicos». Durante o regime militar, fui vítima uma dezena de vezes de suas artimanhas. E aqui neste caso, a Polícia Federal mesmo antes de ter a autorização judicial para a interceptação, já o havia feito descarada e deslavadamente, como registra o depoimento do escrivão da Polícia Federal, e o confirma o seu delegado em Campina Grande. E como sempre acontece, toda a vez que Polícia Federal quer fazer a escuta, por algo que não seja exatamente o objeto de algum crime, aqui nestes autos, como na interceptação telefônica que atingiu o primeiro escalão do Executivo, inclusive, como confessa o próprio Palácio do Planalto, no caso **Sivan**, gravando conversas do próprio Presidente da República, o motivo é sempre o mesmo: **denúncias anônimas**.

Enquanto não houver lei que nas hipóteses e na forma da lei autorize essas gravações, creio não dever o Supremo Tribunal Federal emprestar a sua interpretação para que continue a perpetuar esse achincalhe e ultraje em que se tem transformado a escuta telefônica para objetivos tão baixos, pérfidos e soezes, em prejuízo da privacidade que a Constituição Federal garante aos cidadãos.

Ante o exposto, conheço do presente **Writ**, e o defiro para trancar a ação penal instaurada, declarando nulos todos os atos praticados que tiverem como base a gravação telefônica, determinando o desentranhamento do material ilícita e inconstitucionalmente gravado, e que serviu de prova para a respectiva ação penal, bem como todas as peças instrumentais dele oriundas e constantes dos respectivos autos, procedendo-se à sua incineração.

VOTO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão: Senhor Presidente, integro a corrente que, nesta Corte, defende a posição ora sustentada pelo eminente Ministro Relator.

Apenas para documentar, transcrevo decisão por mim proferida no dia 12 de novembro de 1992 nesse sentido, **verbis**:

> «A Constituição da República consagrou em seu art. 5°, inc. XII, o princípio da tutela constitucional do sigilo, que se estende, de modo específico, às comunicações telefônicas.
>
> A vedação constitucional consubstanciada no preceito em causa, absoluta desde a Carta de 1946, sofreu abrandamentos com a superveniência, em 1988, da nova Lei Fundamental, que admite, ainda que limitadamente, a possibilidade jurídica de o Estado romper o sigilo das comunicações telefônicas, desde que observados, **estritamente**, os seguintes pressupostos:
>
> **a**) existência de ordem judicial subscrita por autoridade competente;
>
> **b**) edição de lei ordinária, definidora das hipóteses e da forma com que se deverá romper a incolumidade desse sigilo;
>
> **c**) relação de causalidade entre a ruptura do sigilo das comunicações te-

lefônicas e a necessidade dessa providência excepcional, para fim, **exclusivamente**, de investigação criminal ou de instrução processual penal.

Não sobreveio, até o presente momento, a lei ordinária reclamada pelo texto constitucional, que requer, até mesmo para preservação da própria esfera da intimidade das pessoas, a discriminação, em sede legal, das hipóteses, **necessariamente taxativas**, que possam justificar a adoção de providência revestida de excepcionalidade absoluta.

Sem a ocorrência de **todos** os pressupostos exigidos pela norma inscrita no art. 5°, XII, da Constituição Federal, tornar-se-á inviável, sob pena de caracterização da ilicitude dos elementos probatórios eventualmente coligidos, o atendimento da pretensão à **disclosure** das conversações telefônicas.

Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que a norma consubstanciada no art. 57, II, **e**, do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n° 4.117, de 27-8-62), precisamente por não cumprir as exigências impostas pelo novo ordenamento constitucional, não foi por este recebida, cabendo registrar que, mesmo sob a égide das Cartas anteriores, a sua própria constitucionalidade já se mostrava questionável.

O preceito inscrito no art. 5°, XII, da Carta Federal, consagra uma garantia individual, plenamente oponível ao Poder Público, e impõe uma inquestionável função tutelar, somente derrogável, em face da supremacia do interesse público, nos casos que, com fundamento no ordenamento constitucional, vierem a ser autorizados por lei, ainda inexistente em nosso sistema de direito positivo.»

Acompanho o Ministro Relator, conhecendo do pedido e deferindo a ordem.

VOTO (S/Diligência)

O Sr. Ministro Moreira Alves: Sr. Presidente, proponho uma diligência: a de solicitar os autos da ação penal originária para se verificar o que existe no inquérito.

VOTO (S/Diligência)

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Relator): Sr. Presidente, inicialmente estive propenso a me manifestar contrário à diligência. Não via a necessidade de se coletar mais informações na instância originária para o exame dessa questão.

Depreendo, no entanto, que o Plenário adota o critério segundo o qual, havendo solicitação de um dos Ministros, a regra é conceder a diligência.

Nessa circunstância, valendo como um precedente para mim altamente importante, concordo com a diligência proposta pelo eminente Ministro Moreira Alves.

VOTO (S/Diligência)

O Sr. Ministro Francisco Rezek: Embora perfeitamente habilitado a votar, como já votei, e entendendo que os autos do **habeas corpus** conduzem a um entendimento integral daquilo que está em causa, prefiro honrar a tradição que prevaleceu no Tribunal durante muitos anos, e votar pela diligência sempre que um dentre os membros do Plenário entenda que isso pode esclarecer melhor a espécie.

No caso, embora não protegido por uma liminar do relator, o paciente tem em seu prol a circunstância de que a requisição dos autos originários, de si mesma, bloqueia o andamento do processo e suspende o constrangimento — a meu ver ilegal — a

que ele está sendo submetido. Não há, portanto, esse efeito colateral a prevenir.

Assim, voto pela diligência.

EXTRATO DA ATA

HC 72.588 — PB— Rel.: Min. Maurício Corrêa. Pacte.: Paulstein Aureliano de Almeida. Impte.: Antonio Pereira de Almeida Filho. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por unanimidade, o Tribunal deliberou afetar ao Plenário o julgamento do «habeas corpus». 2ª Turma, 31-10-95.

Decisão: Por votação unânime, o Tribunal deferiu o pedido de diligência, proposto pelo Ministro Moreira Alves, para requisitar os autos do processo condenatório. Votou o Presidente.

Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Francisco Rezek e Maurício Corrêa. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Brasília, 8 de novembro de 1995 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

EXTRATO DA ATA

HC 72.588 — PB — Rel.: Min. Maurício Corrêa. Pacte.: Paulstein Aureliano de Almeida. Impte.: Antonio Pereira de Almeida Filho. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Adiado o julgamento pelo pedido de vista do Ministro Carlos Velloso, depois dos votos dos Ministros Maurício Corrêa (Relator), Francisco Rezek, Ilmar Galvão e Marco Aurélio, deferindo o pedido de «habeas corpus».

Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Francisco Rezek e Maurício Corrêa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Octavio Gallotti. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 19 de dezembro de 1995 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO (Vista)

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Paulstein de Almeida Filho está sendo processado, no Juízo da 5ª Vara Criminal de Campina Grande, Paraíba, por isso que o Ministério Público contra ele ofereceu denúncia, em 2-2-94, por infração ao art. 357, parágrafo único, do Código Penal. A denúncia, às fls. 2/3, dos autos da ação penal, em apenso, assim historia os fatos delituosos:

«(...)

Consta dos autos, que Dr. José Gomes Varela, Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campina Grande, requereu providências à Corregedoria-Geral da Justiça (Órgão do TJ), no sentido de apurar fatos tidos como delituosos.

Relata o Magistrado, que o denunciado havia em conversa telefônica gravada (fita anexa), procurado extorquir do detento Mário Martins, vulgo «**Mário Fofoca**», certa importância em dinheiro, para a «compra» de sua liberdade junto do mesmo, e em cuja transação, seria intermediário o advogado Paulo Agra Ramos.

Há de se salientar que a escuta telefônica instalada no telefone Público localizado no Pátio do Presídio de Monte Santo, nesta cidade, foi requerida pelo

Delegado de Polícia Federal desta cidade e autorizada pelo Juiz das Execuções Penais desta Comarca, à época, o Dr. José Varela.

A Corregedoria da Justiça instaurou a competente sindicância, onde ouviu-se em termo de declarações, várias pessoas.

O detento Mário Martins, em termo de declarações, afirmou:

Que foi procurado pessoalmente e por telefone por seu advogado, Dr. Paulstein, que lhe pediu a importância de cinqüenta milhões de cruzeiros, de cuja quantia, vinte milhões de cruzeiros seriam para o Dr. Varela e dez milhões de cruzeiros para o Dr. Paulo Agra, advogado, amigo íntimo do Juiz, que iria intermediar a transação visando a sua soltura.

Afirmou ainda, que já conhecia o Dr. Paulstein como enrolão e mentiroso e que os detentos do Presídio Monte Santo informaram que o Dr. Varela era um Juiz muito rígido.

O denunciado Paulstein Aureliano em termo de declarações, afirmou, entre outras coisas, que a fita acostada aos autos é autêntica.

Que temendo «levar um calote» do seu constituinte Mário Martins, pediu-lhe adiantado a quantia de vinte milhões de cruzeiros, da qual daria uma parte ao Juiz.

Que nunca teve contato pessoal ou pelo telefone com o Dr. Varela sobre esse assunto, muito menos com o Dr. Paulo Agra.

Que se viu forçado a «usar do expediente confessado» tudo com intuito de receber o que lhe era devido.

Diante do exposto, observa-se que a Administração da Justiça, foi peremptoriamente atingida pela conduta do denunciado, conforme se depreende à luz dos informativos.

Assim sendo, o denunciado infringiu o Art. 357, parágrafo único, do Código Penal Pátrio. (fls. 2/3, do apenso)

Daí o presente pedido de **habeas corpus**, em que se alega a nulidade da denúncia, porque baseada em escuta telefônica, prova ilícita. Pede-se o trancamento da ação penal. Aponta-se como coator o Eg. Superior Tribunal de Justiça, que denegou pedido de **habeas corpus** impetrado em favor do ora paciente, em acórdão que porta a seguinte ementa:

«Controversos os fatos, não se tranca ação penal. Inviável, no caso, o **habeas corpus**.» (fl. 78)

O eminente Ministro Relator, em longo e minucioso voto, conheceu do Pedido e o deferiu, para o fim de trancar a ação penal, «declarando nulos todos os atos praticados que tiveram como base a gravação telefônica». O eminente Ministro Relator reconheceu a ilicitude da Prova obtida mediante escuta telefônica e foi além: «... como os autos levam a uma única prova, caracteriza-se iniludivelmente a encapação daquela regra insculpida na jurisprudência e na doutrina americana, e neste Plenário tantas vezes reproduzida, dos **fruits of poisonous tree**, ou seja, da contaminação de todo o conjunto probatório, por vício em sua formação».

Pedi vistas dos autos e os trago, a fim de retomarmos o julgamento do **writ**.

Passo a votar.

Quando do julgamento do HC 69.912-RS, proferi voto, neste Plenário, sustentando a tese no sentido de que o sigilo das comunicações telefônicas poderá ser quebrado, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução

processual penal (CF, art. 5°, XII). Todavia, acrescentei que não existe, ainda, a lei que tornará viável a quebra do sigilo, dado que o inciso XII do Art. 5° não recebeu o art. 57, II, e, da Lei 4.117, de 1962, a dizer que não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. É que a Constituição, no inciso XII do art. 5°, subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em lei. Concluí o meu voto, entretanto, por indeferir o **writ**, dado que a sentença condenatória e o acórdão que a confirmou não se basearam apenas na degravação das escutas telefônicas, conforme neles afirmado, e não seria possível, em sede de **habeas corpus**, descer ao exame da prova.

Assim o voto que proferi e que contém o debate que travei com o eminente Relator, Ministro Pertence, e que transcrevo, para documentar:

> «Sr. Presidente, começo por dizer que, em termos de interpretação do que está posto na Constituição, no inciso XII, do art. 5°, que consagra o direito à privacidade, estou inteiramente de acordo com o eminente Ministro **Sepúlveda Pertence**.
>
> Penso que o art. 57, II, e, da Lei n° 4.117, de 1962, que estabelece que não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste, não é a lei que o referido inciso XII do art. 5° exige para viabilizar a ressalva posta no mesmo inciso, ou seja, para admitir a quebra da inviolabilidade das comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A Constituição, como vimos, subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em lei. A lei deverá estabelecer, portanto, a forma e as hipóteses; o art. 57, II, e, da mencionada Lei n° 4.117, de 1962, não fixa a forma e tampouco as hipóteses; conseqüentemente, não houve a recepção do citado dispositivo legal pelo inciso XII do art. 5° da Constituição.

No particular, estou inteiramente de acordo com o Sr. Ministro **Sepúlveda Pertence** que, como é costumeiro, produziu voto brilhante, fazendo jus à fama que detém de juiz eminente e de jurista notável.

Na conclusão, entretanto, peço licença para divergir do douto voto do Ministro **Sepúlveda Pertence**. O parecer da lavra do Dr. Mardem Costa Pinto chama atenção para o fato de que a sentença ou o acórdão impugnado não se baseia apenas nas «degravações» das escutas telefônicas.

De acordo com o parecer, a sentença está fundada em outros elementos de convicção, não cabendo, no processo de **habeas corpus**, verificar se tais elementos são ou não suficientes para escorar o decreto condenatório. É certo que o Ministro **Sepúlveda Pertence** admite esta última assertiva. S. Exa., todavia, afirma que, no caso, a condenação assenta-se, fundamentalmente, nas escutas e, por isso, divergindo do parecer, defere o **habeas corpus**.

Estou em que a condenação assenta-se em outros elementos de prova. Invoco o voto do Juiz Paim Falcão, Revisor, por cópia às fls. 46/50. S. Exa. deixa expresso que, «Mesmo que se desconsidere a prova obtida através da escuta telefônica, há, nos autos, outras

provas suficientes para ensejar a condenação». (Fl. 48).

O Relator, Juiz Hadad Vianna, cujo voto está, por cópia, às fls. 44/45, esclarece que «a mercadoria, na quantidade de 750 gramas, foi apreendida na casa de Lourival, nos fundos da farmácia de sua propriedade...» E mais: «Quanto à participação de Lourival, além de a mercadoria ter sido apreendida em sua residência, seu envolvimento ficou também provado nas degravações das conversas telefônicas interceptadas». (Fl. 44).

O Sr. Ministro **Sepúlveda Pertence**: A única afirmação que faço é que essas outras provas, que, segundo as decisões, seriam suficientes para a condenação, não existiriam sem a escuta telefônica.

O Sr. Ministro **Carlos Velloso**: Da primeira afirmativa de V. Exa. também me permiti divergir, **data venia**, com base na palavra da autoridade policial, que, acho, não pode ser desconsiderada, sem mais, no exame do inquérito.

O que acho decisivo, básico, fundamental, são essas afirmativas postas nos votos do Relator e do Revisor. E vou ler mais, Sr. Presidente, o voto do Juiz Ari Pargendler, justamente o que não aceitou a escuta telefônica. O eminente Juiz Ari Pargendler, após analisar a questão, afirmou (fl. 55):

> 'Esse contexto, que prescinde das gravações de conversas telefônicas, é suficiente para a convicção de que Lourival Mucilo Trajano participou efetiva e conscientemente da ação delituosa'.

Lourival Mucilo Trajano é o paciente deste **habeas corpus**.

Diante deste quadro, sinto muito divergir — volto a repetir — do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, que está com a tese *mais* simpática, que eu gostaria de acompanhar.

O Sr. Ministro **Marco Aurélio**: Mesmo diante do delito, V. Exa. entende que é a mais simpática?

O Sr. Ministro **Carlos Velloso**: Estou pondo nas minhas palavras a maior sinceridade.

O Sr. Ministro **Sepúlveda Pertence**: Na histeria repressiva que este País está vivendo, a tese simpática é a minha ou a de V. Exa.?

O Sr. Ministro **Carlos Velloso**: Estamos vivendo um fenômeno interessante, bem lembrou, outro dia, no Tribunal Superior Eleitoral, o Ministro Paulo Brossard: as atividades autoritárias e repressivas do Estado — atividades que cessaram há pouco — geraram reação legítima dos juristas brasileiros, das pessoas em geral. Pois bem. Essa reação repercute, agora, entretanto, de modo negativo, gerando a deterioração do princípio da autoridade, já que é suficiente que o agente público aja com autoridade, aja no sentido de fazer cumprir a lei, para que esse ato seja considerado contrário à liberdade. Na verdade, Sr. Ministro Pertence, este País não está vivendo uma «histeria» repressiva. Se V. Exa. atentar para o que está acontecendo nas grandes cidades brasileiras, vai concluir que é outra coisa o que está acontecendo: vivemos momentos de violência, de impunidade. No que concerne ao tóxico, certo é que a Polícia não consegue impedir, desgraçadamente, a sua entrada no território nacional. A Corte Suprema há de ser sensível, então, ao clamor da sociedade, que se sente indefesa, e não deve colaborar para que não haja punição para os trafi-

cantes. Punição, evidentemente, na forma da lei.

Há dois dias, um eminente advogado paulista me dizia que já não se pode andar nas ruas de São Paulo com um automóvel de luxo que chama a atenção. E eu perguntava, por quê? Ele acrescentava: o tóxico que entra em São Paulo faz um mundo de viciados, que, para obter a substância tóxica, atacam nas ruas, buscando dinheiro para acalmar o vício.

É a isso que estamos assistindo, Sr. Ministro. Não posso, pois, em nome de uma posição que seria liberal, entre aspas, colaborar para que isso continue ocorrendo, **data venia.**

Mas, Sr. Presidente, anoto o seguinte: o Sr. Ministro Sepúlveda Pertence afirma que as investigações surgiram somente com a «degravação» das escutas telefônicas. Permito-me divergir, **data venia.**

Diz a autoridade policial, dirigindo-se ao juiz, para o fim de solicitar autorização para a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, no caso:

> 'Agentes desses órgãos, atualmente, investigam quadrilha de criminosos que traficam substâncias tóxicas, com ramificações em Porto Alegre, São Leopoldo e Novo Hamburgo.
>
> Apurou-se que toda ação delinqüencial é articulada pelo indivíduo de nome Demerval Mucilo Trajano, tendo como um dos pólos de contato — em suas atividades, os telefones de prefixo tais, tais, mais os integrantes — números enormes dessa sociedade criminosa — ainda são desconhecidos.
>
> Tratam-se de quadrilheiros organizados que possuem todos os meios para o implemento dos atos ilícitos.
>
> Assim, deduzido para chegar-se ao fim, ao cabo das investigações e para a adequada aplicação da lei, representa V. Exa.'.

Sr. Presidente, é verdade — e o Sr. Ministro Sepúlveda Pertence foi fiel — que a autoridade policial não trouxe para os autos os elementos que corroborariam ou que comprovariam a afirmativa no sentido de que os agentes investigavam uma quadrilha de criminosos. Não há, nos autos, ao que parece, esses elementos. Isso, entretanto, não seria relevante. O que me parece relevante é que a condenação, na verdade, não se assentou — estamos aqui a examinar o acórdão — apenas nas «degravações» das escutas.

Permito-me reler, com a devida vênia, os votos dos eminentes juízes Relator e Revisor da apelação criminal. Permito-me, com a licença dos eminentes colegas, repetir que não posso desconsiderar, examinando um **habeas corpus**, a afirmativa posta pela autoridade policial no ofício que dirigiu ao Juiz, afirmativa que, afinal, resultou comprovada, por outros meios. Releio o que afirma o Revisor, Juiz Paim Falcão, exatamente à fl. 48, com todas as letras:

> 'Mesmo que se desconsidere a prova obtida através da escuta telefônica, há nos autos outras provas suficientes para ensejar a condenação.»

Diante disso, será lícito a este Tribunal, em sede de **habeas corpus**, descer ao exame da prova para verificar se esta afirmativa não tem procedência?

O Sr. Ministro **Sepúlveda Pertence**: Acho que V. Exa. não homenageou com

sua atenção o final do meu voto. Eu não disse, Exa., se as outras provas são suficientes ou não. Eu disse que, pelo próprio histórico contido na sentença e nos acórdãos, essas provas são frutos da árvore venenosa. Quais são essas provas? Basicamente, a apreensão da droga e declarações de um dos co-réus no flagrante. Como se chegou à informação de que na farmácia havia cocaína trazida pelo co-réu Jaime, que lá estava hospedado? Pela interceptação telefônica ilícita: logo, as provas são **fruits of the poisonous tree.**

O Sr. Ministro **Carlos Velloso**: Escutei, com a maior atenção, o voto de V. Exa., como sempre o faço. O que acontece é que estou apenas divergindo de V. Exa. Acabei de ler o que está escrito nos votos dos eminentes Juízes Hadad Vianna e Paim Falcão, Relator e Revisor, respectivamente. E já esclareci que não acho que tudo começou com a escuta telefônica. A palavra da autoridade policial no sentido de que investigava uma quadrilha de traficantes, vale dizer, que existia uma quadrilha, na qual se incluía o ora paciente, não pode ser desconsiderada.

Devo concluir Sr. Presidente. Faço-o, pedindo mil vênias ao Sr. Ministro Relator, que admiro e estimo, para, acolhendo o parecer da Procuradoria-Geral da República, lavrado pelo ilustre Subprocurador-Geral Mardem Costa Pinto, indeferir o **habeas corpus**. Faço-o, não porque divirja do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence no ponto em que S. Exa. considera que a escuta telefônica é prova ilícita, porque eu também penso assim, mas porque nos autos estão elementos que autorizam a afirmativa no sentido de que a condenação não se baseia exclusivamente na prova ilícita, e porque não seria possível, nos estreitos limites do **habeas corpus**, descer ao exame da prova para desconsiderar as afirmativas postas nos votos que servem de base do acórdão impugnado.

Com essas breves considerações, indefiro o **habeas corpus, data venia** do Sr. Ministro Relator.»

Posta assim a questão, peço licença ao Sr. Ministro Relator e aos eminentes Ministros que o acompanharam, para divergir da conclusão dos seus votos.

É que a questão dos **fruits of the poisonous tree** há de ser encarada com cautela, a fim de não servir de biombo encobridor de delitos, num tempo em que, conforme ressaltei no voto acima transcrito, a violência e os crimes do narcotráfico assumem proporções inquietantes. Somente a prova que se relaciona diretamente com a escuta ilegítima é que deve ser desconsiderada. Mas a prova que deflui, de forma indireta, da escuta, não pode ser afastada, de forma simplista. Trago ao debate, no ponto, o exemplo aqui tantas vezes lembrado pelo eminente Ministro Sydney Sanches: intercepta-se uma comunicação telefônica e ali se diz que fulana fora assassinada e o corpo enterrado num certo local. Exumado o corpo, nele encontra-se prova de autoria do crime: nas mãos do cadáver, por exemplo, há restos de sangue e cabelos do criminoso, que, submetidos ao exame de DNA, indicam o autor do delito. Essas provas poderiam ser desconsideradas, ao argumento de que seriam **fruits of the poisonous tree**? Evidentemente que não seria razoável o entendimento no sentido de sua desconsideração. Não se pode esquecer que a balança da Justiça tem dois pratos. Num deles estão os direitos individuais, os direitos das pessoas, direitos que são inerentes à sua natureza, direitos, portanto, que devem ser respeitados e preservados. No outro prato, todavia, estão os di-

reitos da coletividade, das pessoas consideradas coletivamente, que também devem ser respeitados. É dizer, se num prato da balança estão os direitos do indivíduo, no outro está o interesse público, certo que a democracia contemporânea recomenda a compatibilização desses direitos do indivíduo e da coletividade — dado que constituem eles duas grandes vertentes dos direitos humanos.

Ademais, se se invoca a doutrina da Suprema Corte americana, dos **fruits of the poisonous tree**, ela há de ser invocada em toda a sua extensão, inclusive nos seus temperamentos. A Suprema Corte americana, por exemplo, presente o princípio, inscrito na Emenda IV, que tem por objeto «preservar os valores mais caros a uma sociedade livre mediante um equilíbrio justo entre a demanda da sociedade por ordem e segurança pública, de um lado, e, de outro, a necessidade individual de segurança e privacidade», suscitou a doutrina da «causa provável», que, com as Cortes Burger e Rehnquist, foi substituída por «suspeita razoável», ou, mais recentemente, pelo critério de «algum nível mínimo de justificativa objetiva» (**Some minimum level of objective justification**). Com base em tal critério, «a Corte avalia a causa provável com o teste da razoabilidade, padrão necessariamente subjetivo que se compreende entre a mera suspeita e certo conhecimento». (**The Osford Companion to the Supreme Court**, Kermit L. Hall, ed., pp. 311/314).

Registrou Holmes, em Silverthorne Lumber Co. v. United States (1920) (40 S. Ct. 182): «A essência da emenda proibindo a obtenção de prova por certo meio é que a prova assim obtida não apenas não poderá ser usada em juízo, mas que não poderá ser usada jamais. É claro que isto não significa que os fatos assim conhecidos tornem-se sagrados e inacessíveis. Se o conhecimento deles é obtido de uma fonte independentemente, eles podem ser provados como quaisquer outros, ainda que o conhecimento decorrente do erro da (acusação) não possa por esta ser utilizado». A expressão «fruto da árvore envenenada» (**fruit of the poisonous tree**) foi usada pela primeira vez no processo Nardone v. United States (1939), relator o **Justice** Frankfurter (60 S. Ct. 266). A Suprema Corte assegurou à defesa a possibilidade de invalidar prova obtida mediante uso ilegal de grampo; destacou que «não impor um limite no seu inteiro uso indireto (**full indirect use**) seria admitir métodos incompatíveis com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal». Foi esse mesmo precedente, entretanto, que criou a chamada «doutrina da tolerância» (**attenuation doctrine**), com o que, em certos casos, pode-se admitir a prova obtida ilicitamente, mesmo quando não confirmada por «fonte independente»: «o argumento bem posto pode provar uma conexão causal entre a informação obtida ilicitamente e a prova da acusação. É de bom senso, todavia, que tal conexão seja tão atenuada que se tenha dissipado a ilicitude. Em outro precedente, Wong Sun v. United States (83 S. Ct. 407), de 1963, o **Justice** Brennan, da escola liberal de Douglas e Black, afirmou que nem toda prova é «fruto da árvore envenenada» apenas porque «não se tornaria conhecida não fora uma ação ilegal da polícia. Na verdade, a pergunta adequada é se, presente embora a ilicitude primária do meio de obtenção, a prova só poderia ser obtida por aquele meio ou se, ao invés, poderia ser confirmada por meio suficientemente distinto a ponto de se livrar do erro primário». Assim, no caso, embora o réu Wong Sun tivesse sido preso ilegalmente, sua confissão não decorreu da prisão, mas de depoimento posterior.

O Ministro Adhemar Maciel, estudioso do Direito Constitucional norte-americano, sobretudo dos precedentes, nesta área, da Suprema Corte, escreveu, em voto que proferiu no Superior Tribunal de Justiça — HC 3.982-RJ:

«A jurisprudência norte-americana não tem sido unânime em torno da denominada **Exclusionary Rule**, isto é, da regra ou princípio da exclusão do processo de prova obtida ilicitamente. Inclina-se, como bem observa Ada Pellegrini Grinover, pela «razoabilidade» (**Reasonableness**).

A **Exclusionary Rule** se desenvolveu sobretudo na interpretação da Emenda Constitucional n. IV, que veda buscas e apreensões arbitrárias (**unreasonable searches and seizures**). O escopo inicial do provimento constitucional foi proteger a propriedade do cidadão contra buscas e apreensões desarrazoadas. Suas raízes jurídico-históricas certamente estão na velha Inglaterra, no **Seamanyne'ss Case** (1603) e **Entick v. Carrington Case** (1705).

Nos Estados Unidos, no **Olmstead Case**, de 1928, por votação apertada (5 a 4), a Suprema Corte decidiu que a escuta telefônica de conversas entre quadrilheiros de uísque (**bootleggers**) não era ilegal, e «o grampeamento não se achava dentro dos lindes da Emenda IV (**wiretapping was not within the confines of the Fourth Amendment**). Já em **Warden v. Hayden** [387 US 294, 304 (1967)] a Corte passou a entender que a Emenda IV também protegia a intimidade individual.

Numa análise apressada da jurisprudência americana anterior a 1987, pode-se constatar que a **Exclusionary Rule** não é tomada em termos absolutos. Como em termos absolutos não é tomada na Alemanha, e não deve ser no Brasil. Além de casos gritantes de proteção individual, pode haver, do outro prato da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido.

Na própria Alemanha, como ainda noticia a Professora Ada Pellegrini Grinover, as provas ilícitas não são sempre afastadas de plano. Sua contaminação é, assim, relativa. Adota-se o «Princípio da Proporcionalidade ou Relatividade» (**Verhältnismässigkeitsprinzip**).»

Finalmente, conspira contra a concessão deste **habeas corpus** o fato ressaltado no parecer do ilustre Subprocurador-Geral Claudio Fonteles, no sentido de que «no presente **writ** não houve sequer condenação e a instrução, ao que parece, ainda não foi concluída». Ora, acrescenta o ilustre parecerista: «durante o regular processamento do feito poderão surgir provas outras que embasem o decreto condenatório do réu, não sendo tais provas consideradas **fruits of the poisonous tree**. Na verdade, a instrução criminal ainda não está concluída, é o que se verifica dos autos da ação penal em apenso.

Do exposto, com a vênia do Sr. Ministro Relator e dos Srs. Ministros que o acompanharam, indefiro o **writ**.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: A jurisprudência plenária do Supremo Tribunal Federal, **com o concurso do meu voto**, tem advertido que, **enquanto não sobrevier a lei ordinária exigida pela Constituição da República** (art. 5º, XII), tornar-se-á juridicamente inviável emprestar **qualquer** eficácia probatória aos elementos emanados da interceptação das comunicações telefônicas, ainda que precedida

de autorização judicial (**RTJ 155/508**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence — HC nº 73.351-SP**, Rel. Min. **Ilmar Galvão**).

Mais do que isso, impõe-se observar que a **ilicitude** desse comportamento estatal **projeta-se** sobre os demais elementos probatórios cuja produção **haja derivado**, por efeito de repercussão causal, da interceptação telefônica **invalidamente** decretada por autoridade judiciária.

É que, em tal hipótese, as provas subseqüentes, **considerado o vício de origem**, revestem-se de **ilicitude por derivação** (**Ada Pellegrini Grinover**, «**A Eficácia dos Atos Processuais à Luz da Constituição Federal**», in RPGESP, vol. 37/46-47, 1992; **Luiz Franscisco Torquato Avolio**, «**Provas Ilícitas — Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas**», p. 154, item nº 5.6, 1995, RT), **desqualificando-se** como elementos idôneos à produção de conseqüências jurídicas válidas.

A mera existência de autorização judicial **não basta**, só por si, para legitimar o procedimento estatal de interceptação clandestina das conversações telefônicas. A Constituição da República, em preceito **desvestido** da necessária densidade normativa, **exige** a intervenção concretizadora do legislador, **sem cuja atuação** não se revelará exeqüível a **cláusula de exceção** inscrita no art. 5º, XII, do texto fundamental, consoante tem **insistentemente** enfatizado o magistério da doutrina (**Fauzi Hassan Chouke**, «**Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**», p. 89, 1995, RT).

Na realidade, e sem a integração necessária do binômio constitucional (autorização judicial + previsão legislativa), toda e qualquer prova oriunda de interceptação telefônica qualifica-se como prova materialmente ilícita, que **não pode** conferir substrato a investigações policiais, **nem** justificar postulações acusatórias, **nem**, ainda, legitimar a prolação de juízos condenatórios.

Em uma palavra, **ninguém** pode ser indiciado, acusado ou condenado com fundamento em prova ilícita, posto que, em nosso sistema constitucional, **assiste** a qualquer pessoa que sofre persecução penal o indisponível **direito** à prova **legitimamente** obtida ou produzida, sob pena de inaceitável transgressão ao postulado fundamental do **due process of law** (**Rogério Lauria Tucci**, «**Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**», pp. 226/238, item nº 19, 1993, Saraiva; **Ada Pellegrini Grinover**, «**O Processo em Evolução**», pp. 323/327, 1996, Forense Universitária, **v.g.**).

Impõe-se advertir, Senhor Presidente, que não há — **e nem pode haver** — estratégias policiais ou investigações penais conduzidas pelo Estado que justifiquem o desrespeito e o desprezo, pelos órgãos e agentes do Poder Público, das normas e dos princípios consagrados pela Constituição da República.

Assim sendo, tendo presentes as razões expostas, peço vênia para **deferir** este pedido de **habeas corpus**.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Octavio Gallotti: Sr. Presidente, acompanho o voto do eminente Ministro **Carlos Velloso**, pedindo vênia aos que dele divergiram.

Também tenho considerado que a escuta telefônica, assim como qualquer outra modalidade de prova ilícita — por exemplo, depoimento de testemunha coacta, juntada de documento falso — deve ser

objeto de exclusão, pelo Juiz, por ser inadmissível. Mas não afasta a aplicação de outras provas regulares, que se revelem suficientes à conclusão do magistrado, no sentido de condenar ou absolver o réu.

Indefiro o pedido de **habeas corpus**.

VOTO

O Sr. Ministro Sydney Sanches (Relator): Sr. Presidente, peço licença a V. Exa. e ao Tribunal, para ler o voto que proferi no **HC** nº 73.351, quando reiterei outro, no **HC** nº 69.912, e fiz mais algumas considerações, «verbis»:

«**Voto**

O Senhor Ministro Sydney Sanches: Sr. Presidente, tem sido lembrado, nesta sessão, o precedente do **HC** 69.912-0/RS, de que foi Relator, em Plenário, no dia 30-6-1993, o eminente Ministro **Carlos Velloso**, tendo sido indeferido o **writ**, por maioria de votos, assentando a ementa do julgado (DJ 26-11-93, Ementário nº 1727-2):

«**Ementa: Constitucional. Penal. Prova ilícita: «Degravação» de escutas telefônicas.** CF, art. 5º, XII. Lei nº 4.117, de 1962, art. 57, II, e. **Habeas corpus: Exame da prova.**

I — O sigilo das comunicações telefônicas poderá ser quebrado, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (CF, art. 5º, XII). Inexistência da lei que tornará viável a quebra do sigilo, dado que o inciso XII do art. 5º não recepcionou o art. 57, II, e, da Lei nº 4.117, de 1962, a dizer que não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado ao Juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. É que a Constituição, no inciso XII do art. 5º, subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em lei.

II — No caso, a sentença ou o acórdão impugnado não se baseia apenas na «degravação» das escutas telefônicas, não sendo possível, em sede de **habeas corpus**, descer ao exame da prova.

III — **HC** indeferido.»

2. Nesse precedente, **HC** nº 69.912, compus a maioria, que indeferiu o pedido, com o seguinte voto:

«Sr. Presidente, o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal diz que «é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das **comunicações telefônicas**, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.»

Por outro lado, o inciso LVI do art. 5º **considera inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito**».

Sendo assim, uma condenação criminal não pode se apoiar exclusivamente em gravação de conversa telefônica, se não tiver sido (a gravação) autorizada, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida pela lei.

No caso, porém, — e isso ficou bem esclarecido nos votos dos eminentes Ministros **Carlos Velloso** e **Paulo Brossard** — a condenação não se apoiou apenas na gravação, mas em todos os demais elementos

de convicção interpretados na sentença e no acórdão que a manteve.

Não é nula, pois, a condenação, já que encontrou apoio nas provas lícitas com que foi justificada.

Pouco importa que tais provas só tenham sido possíveis, depois da alegada violação ilícita do sigilo telefônico.

Por essa violação, se realmente ocorreu, pode até, eventualmente, ser responsabilizada a autoridade que a praticou ou ordenou. Mas nem por isso ficarão invalidadas todas as demais provas posteriormente obtidas.

A não ser assim, poderá ocorrer hipótese como esta: a Polícia grava, ilicitamente, uma conversa telefônica, e com isso toma conhecimento de que o marido foi o autor do homicídio que vitimou sua mulher, e cujo corpo estava desaparecido. Diante disso, a Polícia realiza diligências e consegue localizar o corpo da vítima, verifica, pericialmente, que foi atingida por disparos de arma de fogo, identifica o revólver, localiza-o em poder do marido, procede aos exames necessários e verifica que os projéteis encontrados na vítima procederam daquela arma, que apresentava resíduos dos disparos recentes. Em seguida, obtém depoimentos de testemunhas que viram o marido, em companhia da mulher, num carro, assistiram à discussão entre o casal, viram o marido efetuar os disparos, viram a vítima cair fora do veículo, viram-no levá-la para dentro do carro, fugindo, em seguida, com o automóvel e a vítima, para lugar ignorado. Tais testemunhas reconheceram o acusado e a vítima. O marido confessa, perante a Polícia e em Juízo, que realmente matou a mulher, dizendo, inclusive, quais foram os motivos. Em juízo tudo se repete.

E, no entanto, não se poderia apoiar a condenação e todas as provas, minuciosas e cabais, só porque o fio da meada foi uma prova ilícita, como a gravação telefônica não autorizada?

Penso que não foi esse o propósito do legislador constituinte, ao considerar inadmissíveis, no processo, apenas e tão-somente, as provas ilícitas, e não as provas lícitas, obtidas paralelamente, posteriormente ou anteriormente.»

3. Como é sabido, o entendimento da maioria, pelo indeferimento do **writ**, nesse **HC** nº 69.912-0/RS, acabou não subsistindo, pois que o julgamento, por vício consistente na participação de Ministro impedido, acabou anulado no MS nº 21.750-2/RS, que não foi conhecido, tendo sido, porém, concedido **HC**, de ofício, para tal fim.

E, renovado o julgamento do **HC** nº 69.912 em data de 16-12-1993, impedido o Ministro **Néri da Silveira** e ausente o Ministro **Moreira Alves**, restou deferido o **HC**, por maioria, ficando o aresto, que teve por Relator o eminente Ministro **Sepúlveda Pertence**, assim ementado (DJ 25-3-94, p. 06012, Ementário nº 1738-01):

«**Ementa**: Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, «nas hipóteses e na forma» por ela estabelecidas, possa o Juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de

comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do **habeas corpus** pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do **habeas corpus**, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS nº 21.750, 24-11-1993, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica — à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a disciplinã-la — e viabilizá-la — contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (**fruits of the poisonous tree**), nas quais se fundou a condenação do paciente».

4. Com a ausência de dois Ministros nessa ocasião, e que antes haviam rejeitado a tese da contaminação, não se pode dizer, ainda, que o Plenário, completo, tenha posição firmada, a respeito do tema, qual seja, no sentido do precedente referido, decorrente do novo julgamento do **HC**, nº 69.912, ocorrido a 16-12-1993.

5. Hoje, porém, com o julgamento do presente **HC** nº 73.351, a Corte, completa, firmará sua posição.

6. Penso, pois, que devo insistir em meu ponto de vista, expresso no primeiro julgamento do **HC** nº 69.912, ocorrido a 24-11-1993, até porque não me convenci de seu desacerto, **data venia**.

7. Aliás, inúmeras hipóteses poderiam ser imaginadas, em que a ilicitude de uma interceptação telefônica não haveria de contaminar as provas licitamente obtidas, antes ou depois daquela.

Assim, para exemplificar, mais uma vez, uma outra hipótese imaginada: dez crianças desaparecem, mais ou menos à mesma época e nas mesmas circunstâncias. A Polícia faz diligências e suspeita de um cidadão. Procede, então, à escuta telefônica, com ou sem autorização judicial, pois, de qualquer forma, a prova foi obtida ilicitamente, à falta de lei que regule sua colheita.

Prova, obviamente, que jamais poderá ser aproveitada em Juízo, porque ilícita.

Mas o certo é que, na conversação telefônica, o suspeito admite que foi o autor de todos os delitos, ou seja, da morte das dez crianças, embora sem entrar em detalhes.

A Polícia continua diligenciando: encontra os corpos, exuma-os, examina-os, constata que foram violentados sexualmente, torturados e assassinados com requinte de selvageria. Descobre as armas usadas, encontra-as em poder do autor dos delitos, colhe depoimentos de testemunhas que o viram em companhia de cada uma das crianças, antes dos fatos delituosos, faz um levantamento da vida pregressa e verifica que outros crimes idênticos haviam sido cometidos pelo agente, processado e condenado por eles, mas ainda em liberdade.

Por fim, obtém uma confissão minuciosa, sem qualquer violência, em presença de pessoas insuspeitas.

E todos os elementos informativos do inquérito se convertem em prova em Juízo, perante o qual o agente confessa, mais uma vez, a prática de todos os crimes.

Pois bem, a prevalecer o entendimento de que a prova ilicitamente obtida contamina as licitamente colhidas, esse cidadão não poderá, sequer, ser denunciado. Muito menos processado ou condenado.

8. Recuso-me, **data venia**, a aceitar esse descalabro.

Não posso compreender que se possa levar tão longe o princípio constitucional, que proíbe, sim, a utilização de provas ilícitas, em Juízo, mas não impede, de forma alguma, as que nele tenham sido regularmente colhidas, inclusive e principalmente a confissão do agente.

Basta que se retire do inquérito e dos autos judiciais a prova ilícita, ou seja, a degravação da comunicação telefônica. Tudo o mais, porém, há de ser preservado e avaliado.

9. Recentemente a imprensa noticiou a ocorrência de fatos que denominou de «Massacre de Carajás», dizendo que um grupo de pessoas «sem terra» teria sido executado, indefeso, pela Polícia do Pará.

Sem entrar no exame do acerto ou desacerto dessas notícias, pois a questão pode chegar a esta Corte, passo a imaginar que um dos indigitados autores da execução tenha sua confissão colhida, ilicitamente mediante escuta telefônica, pela Polícia. Mas, depois, todas as provas a corroborem, inclusive a própria confissão em Juízo. Ainda assim, pela tese que vem prevalecendo até aqui, não poderá ser condenado.

Lamento não poder concordar com esse desfecho, se ocorrer hipótese como essa.

10. A se levar tão longe a tese da contaminação das provas lícitas pela prova ilícita, dia virá em que o Brasil se tornará o paraíso dos narcotraficantes, pois é sabido que em todos os Países do mundo é mediante uma escuta telefônica que se descobrem, depois, as provas completas de um narcotráfico. Aqui ela não poderá ser utilizada (a escuta telefônica) e se o for inutilizará todas as demais.

Aliás, não sei se o Brasil já não é um paraíso dos narcotraficantes. Mas acho que, a prevalecer a tese da contaminação das provas, esse paraíso não apenas estará aqui localizado, como proclamado e consagrado perante todo o mundo.

Não me animo a concorrer para isso. Não me parece que a interpretação do Direito, sobretudo do Direito Constitucional, possa levar a calamidades como essa. Até porque o Brasil também se obrigou a combatê-las, até no plano constitucional, como se vê, por exemplo, do disposto no inc. LI do Art. 5º da Constituição Federal, que permite, até, a extradição de brasileiro naturalizado, a pedido de outro Governo estrangeiro, em caso de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.

11. Aliás, no processo da Ação Penal nº 307, de que foi Relator o eminente Ministro **Ilmar Galvão**, sendo um dos Réus Paulo César Cavalcanti de Farias, este Plenário, embora declarando ilícita a apreensão de computador e decodificação de seus dados, teve por lícitas todas as demais colhidas contra esse e outros réus, alguns dos quais — e

ele próprio — condenados (DJ 13-10-95, Ementário nº 1.804-11).

12. Por todas essas razões, embora ressalte o máximo respeito pela posição sustentada nos votos que deferem o pedido de **habeas corpus**, peço vênia, no caso, para indeferi-lo, insistindo, pois, no entendimento que venho sustentando até aqui.

2. Persistindo nesse entendimento, peço vênia aos que dissentem, para indeferir, também nestes autos, o pedido de **habeas corpus**.

VOTO

O Sr. Ministro Néri da Silveira: Sr. Presidente. É necessário ponderar que esta Corte não tem ainda decisão de Plenário definitiva em torno dessa matéria, especialmente no que concerne à contaminação de provas subseqüentemente apuradas após a escuta telefônica, tida como ilícita.

É certo que, em face do sistema da Constituição (inciso XXII, do art. 15), a escuta telefônica — pelos precedentes esse parece ser o pensamento da Corte — não pode ser autorizada, mesmo pela autoridade judicial, enquanto não for editada a lei que regule a matéria, nos termos previstos na Carta Magna.

Esses são os limites da definição constitucional. Essas provas decorrentes da escuta telefônica hão de ser, assim, tidas por inadmissíveis, segundo o art. 5º, item LVI, da Constituição. E, como provas inadmissíveis, faz bem pouco, o Supremo Tribunal Federal decidiu que elas devem ser retiradas dos autos. Então, tudo o que resultar da escuta telefônica, tudo o que foi degravado, todas as peças decorrentes da conversa telefônica devem ser retiradas dos autos, porque são inadmissíveis pela Constituição. Assim decidimos recentemente, por unanimidade, mandando desentranhar dos autos do Inquérito nº 371, de que sou Relator, todas as peças — e eram volumosas — decorrentes da apreensão de computador, ocorrida em outra ação penal — Inquérito nº 307 —, em que o Tribunal pronunciou a ilicitude da origem daquela prova, tendo em conta a maneira pela qual foi apreendida pela Fazenda. Determinou-se, então, o desentranhamento.

Agora, chegaríamos à conclusão de que todos os demais fatos vinculados ou decorrentes, e que foram apurados, são ilícitos? Parece que não. Assim não se considerou naquele feito e acho que corretamente, de acordo com o sistema da Constituição. Não há qualquer princípio inscrito na Constituição que autorize emprestar essa conseqüência, a chamada contaminação da prova material, apurada licitamente **a posteriori.** Estamos invocando doutrina estrangeira, cuja interpretação está a merecer um exame mais apurado da Corte.

Assim já se fez em dois feitos da maior gravidade, versando sobre tráfico de entorpecentes. No último caso, foram encontrados, em poder do paciente do **habeas corpus**, oitenta e seis quilos de cocaína. Houve confissão da propriedade daquela substância, mas o processo foi anulado por ter sido a cocaína encontrada em poder do paciente em decorrência de escuta telefônica ocorrida em dias anteriores, sendo que, no caso, a escuta havia sido autorizada pelo juiz. O Tribunal, a meu ver, corretamente, decidiu ser ilícita a prova, pois não há ainda lei disciplinando essa matéria. Em decorrência disso, tudo o mais que foi apurado, inclusive a confissão do réu, teve-se por ilícito, ilegítimo, como se inexistente fosse.

No caso concreto, não há a gravidade do tráfico de entorpecentes, mas há a apu-

ração de um crime em face da notícia decorrente de escuta telefônica. Porque envolvia exatamente a honorabilidade de um magistrado, o que fez a Corregedoria? Determinou a abertura de uma sindicância e foram apuradas provas. Houve inquérito, a seguir. Houve colheita de provas; dir-se-á, foram ouvidos os interlocutores daquele diálogo; não só, foram ouvidos outros servidores, inclusive o escrivão, que está sendo processado. Pergunto: só porque originariamente aconteceu uma escuta ilícita, a Justiça está interditada na sua ação de apurar esses fatos?

Com a devida vênia, e ainda uma vez pedindo escusas por não poder admitir, por não assimilar esta compreensão de que a jurisdição criminal se deve exercer dessa maneira, em total desatendimento aos superiores interesses da sociedade, qual seja, a punição de ilícito que tenha ocorrido, continuo convencido — como afirmei no primeiro voto que pronunciei aqui neste Plenário — de que as provas autônomas, obtidas por meios lícitos, são válidas e podem lastrear uma condenação.

O que são inadmissíveis, segundo a Constituição, são as provas obtidas por meios ilícitos, e estas devem ser desentranhadas dos autos; os juízes julgam os feitos criminais de acordo com a prova que está nos autos. A prova ilícita é retirada dos autos. Não pode ser considerada. Mas as provas obtidas por via lícita, estas hão de ser ponderadas pelo magistrado, ao ensejo da decisão que houver de proferir no feito criminal.

No caso concreto, a ação penal está em curso. Há elementos decorrentes já da sindicância, que foi feita pela Corregedoria no inquérito, e a instrução criminal está em curso.

Dessa maneira, de acordo com nossa jurisprudência que estabelece não se trancar ação penal em curso, quando estão sendo apuradas provas, como sucede no caso concreto, indefiro o **habeas corpus**, impetrado com esse objetivo de ver trancada a ação penal.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves: Sr. Presidente, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5°, XII, é expressa em admitir que a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas é relativa, pois pode ser afastada por ordem judicial nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Embora, no artigo 153, § 9°, a Emenda Constitucional n° 1/69 não fosse expressa quanto a essa relatividade, esta Corte nunca entendeu que tal inviolabilidade fosse absoluta. O mesmo deverá ocorrer, com relação ao referido artigo 5°, XII, da atual Carta Magna, no tocante ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados.

Essa inviolabilidade, por via de regra, é protegida com a punição de quem a viola.

Por outro lado, o artigo 5°, LVI, da atual Constituição preceitua que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, preceito esse que, como todos os relativos aos direitos fundamentais, é cláusula pétrea, mas que não determina que a ilicitude de uma prova, que por isso mesmo não será admitida no processo, contamine a licitude de provas posteriores que se obtêm autonomamente. Por isso mesmo é que, no caso anterior em que determinamos, por maioria de votos, tendo eu ficado vencido, o trancamento da ação penal relativa ao tráfico de oitenta e seis quilos de cocaína, porque, havendo suspeita de tráfico com relação a determinada pessoa, se fez a escuta telefônica, e por ela se soube que haveria um encontro sem que

evidentemente se especificasse que ele se daria para a entrega dos oitenta e seis quilos de cocaína, salientei que essa notícia de encontro aparentemente inocente não serviria, por si mesma, de prova alguma de tráfico de entorpecentes, mas apenas de pista que conduziu à obtenção posterior das provas da ocorrência do tráfico, inclusive pela apreensão da cocaína e pela confissão de seu transportador. Como entender-se, então, que essa interceptação telefônica, que, por si, nada provava, foi a prova ilícita de que decorreram, por via de conseqüência, as provas que, posteriormente, surgiram? Daí, ter dito eu, caricaturalmente — e a caricatura tem a virtude de demonstrar o absurdo —, que, sob pena de confisco ilícito, se teria de devolver ao traficante a cocaína apreendida com o carimbo de que se trata de mercadoria lícita insusceptível de apreensão por ter sido trancada a ação penal e, portanto, não ser ela objeto de crime.

Sr. Presidente, a teoria da ilicitude das provas por derivação é de origem americana, mas, nos Estados Unidos da América, pelo pragmatismo dos americanos que nós não temos — o célebre caso **Gideon** o demonstra, por não ter dado margem lá à libertação dos criminosos condenados anteriormente a ele —, não apresenta maiores problemas pelas mitigações pragmáticas que a ela se aplicam e que foram referidas pelo eminente Ministro **Carlos Velloso**.

Faço, porém, uma distinção: se a interceptação telefônica for a única prova de que houve a prática de um crime não a admito para a condenação por se tratar de prova ilícita.

O que não me parece admissível em face do texto constitucional é considerarmos, em casos como os citados pelo eminente Ministro Sydney Sanches, em que haveria até confissão judicial, que se inutilizem todas as provas obtidas licitamente, sob a alegação de que são elas contaminadas pelo vício inicial da interceptação telefônica que esta Corte entende indevidamente autorizada pelo Juiz.

No caso, não se tem a interceptação telefônica como prova da prática do crime, mas ela foi o meio de se descobrir a existência do delito cuja ocorrência e prática vieram a ser demonstradas por prova ulterior lícita. É hipótese semelhante àquela em que alguém, violando domicílio alheio, para finalidade absolutamente desligada da verificação da existência de um crime, presencia, nele, um assassínio e o denuncia, o que evidentemente não vai impedir que haja a condenação do criminoso com base em provas lícitas sob a alegação de que elas decorreram da descoberta do crime por meio de ação ilícita. Em casos como tais — e é o ocorrente na espécie — não há sequer que se falar em prova de que derivem outras provas, pois a comunicação telefônica foi o veículo por intermédio do qual se praticou o crime e sua interceptação o meio casual de sua descoberta, havendo provas posteriores autônomas de sua existência e de sua autoria.

Meu voto acompanha a corrente que diverge e que se inicia com o do Ministro Carlos Velloso.

Também indefiro o presente **habeas corpus**.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Tenho por patente, no caso, a ilicitude da interceptação telefônica. Creio, com a única reserva agora feita pelo eminente Ministro Moreira Alves, que esta é a posição do Tribunal. Não se pode entender como resposta à exigência de que a lei defina os casos e a forma em que a interceptação se fará — posta no art. 5º, XII, da

Constituição — o disposto no art. 57, II, e, da Lei nº 4.117/62, segundo o qual não constituirá violação de telecomunicação o conhecimento dado ao Juiz, mediante requisição, de gravação telefônica.

No mais, continuo convencido, malgrado o respeito pela violência das réplicas de cinco eminentes colegas, da vedação de valorização no processo do fruto, isto é, da prova derivada da escuta ilegítima, **the fruits of the poisonous tree**, segundo a expressão consagrada no que me pareceu a melhor jurisprudência americana, ou, na linguagem germânica, dos efeitos à distância da prova ilícita.

Já aceitei essa doutrina nos **Habeas Corpus** 69.912 e 73.351, todos eles, é verdade, atinentes a casos de gravidade incomparável ao caso concreto. Este, aliás, **data venia**, tem sido esquecido nesta assentada, em que a discussão parece ter por objeto verdadeiros **embargos infringentes** aos casos anteriores, particularmente à decisão do HC 73.351, aquele caso dos oitenta e seis quilos de cocaína.

A minha convicção se funda em todas as razões expostas no primeiro dos casos referidos, HC 69.912 —às quais aditei, no posterior, o HC 73.351, algumas observações sobre o estado da questão na doutrina alemã — mas basicamente na evidência de que vedar a valorização da prova derivada da prova ilícita é a única forma, no mundo das realidades, de dar eficácia à proibição constitucional de certos meios de prova ofensivos de direitos e liberdades fundamentais.

Não estou pensando apenas na sofisticação da interceptação telefônica e na proteção de bens jurídicos sofisticados como é o direito à intimidade. Estou pensando é na tortura. Estou pensando é que a alternativa à desconsideração das provas resultantes das informações obtidas mediante tortura é submeter o torturador a um procedimento pela falta levíssima (quando for um bom torturador), do abuso de autoridade sem lesão grave, que a nossa experiência demonstra que, na maioria das vezes, será alcançado pela prescrição no curso do inquérito policial.

Por outro lado, qual é o grande argumento contrário? É que com isso se sacrifica a verdade real. É certo, eventualmente, a verdade real será sacrificada. Mas esse sacrifício, **data venia**, já é uma resultante inevitável da proibição constitucional de determinadas provas. Da inadmissibilidade delas — e não apenas das que delas derivem — podem decorrer a renúncia à verdade real.

É claro que nunca disse, em primeiro lugar ao me referir — não à jurisprudência americana, como se fosse uníssona — mas, se não estou enganado, ao que afirmei considerar a melhor jurisprudência americana, que o entendimento fosse uniforme nos Estados Unidos. E creio não ter sido intenção do eminente Ministro Carlos Velloso atribuir-me tamanha ignorância ou deslealdade.

Eu disse bem, no primeiro caso, que era a melhor jurisprudência. E como não estava citando a jurisprudência americana para colher um argumento de autoridade, mas de persuasão, não me senti na necessidade de coletar e demonstrar acórdãos em contrário, que sei existentes, tanto nos Estados Unidos quanto na Alemanha.

Quanto à Alemanha, fundei-me na preciosa monografia do Prof. Costa Andrade, da Universidade de Coimbra, dedicada exclusivamente ao tema da proibição de provas no Processo Penal, com minuciosa resenha da mais recente doutrina germânica.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Provas ilícitas não são sempre afastadas de plano; sua contaminação é, assim, relativa.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Claro, como não disse que é uniforme nos Estados Unidos, também não disse que a proibição é absoluta em País algum do mundo. Assim, por exemplo, da leitura dos poucos textos que consegui, colhe-se ser tranqüila a validade das investigações derivadas da escuta ilegítima, quando se trata de salvar bem jurídico material em risco. O exemplo clássico, de todo dia, é o da extorsão mediante seqüestro: para salvar a vida da vítima do seqüestro, não passou pela cabeça de ninguém proibir que utilizassem conhecimentos derivados da escuta, ainda que ilegítima. Mas, em tais hipóteses, o caso seria de exclusão de ilicitude da própria escuta, coberta pela legítima defesa ou o estado de necessidade.

O Sr. Ministro Moreira Alves: V. Exa. me permite? Isso serviria apenas para salvar a vida. Salva a vida, não se puniria o criminoso, porque a vida já foi salva. Veja V. Exa. como até isso é difícil de explicar.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): O certo, no entanto, é que antepor, à proibição de prova, simples interesse genérico na pesquisa de verdade material é tornar nenhuma a eficácia da proibição de prova mesma. Há outros valores, que podem ser cotejados com as garantias individuais subjacentes à proibição de prova, não o próprio interesse na prova: este, por decisão do Constituinte, é que há de ceder à proibição.

O caso, no entanto, estou convencido, não exige tanta discussão. Por isso a minha impressão de que estamos, na verdade, a julgar são embargos infringentes à decisão dos casos precedentes.

Na espécie, não se trata de indagar se serão válidas, ou não, provas materiais obtidas em função de informações alcançadas mediante escuta telefônica ilícita. Não. Trata-se de um crime formal, que se materializou na própria conversa telefônica entre o advogado, ora paciente, e seu cliente preso. O que se fez depois e poderia ter sido substituído por uma perícia fonográfica — foi apenas ouvir o preso, o interlocutor do advogado que é o paciente, para confirmar que realmente a voz era dele e o telefonema ocorrera. O resto são descrições da sindicância posterior, que nada mais tem a ver com o fato incriminado, que, repita-se, se consumara com o diálogo telefônico.

Há, na verdade, um único elemento de informação à base da denúncia, além da degravação da conversa ilicitamente captada — e o Ministro Maurício Corrêa me desmentirá, se estou errado: é a declaração do preso.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Isso já basta, pelo menos para se apurar.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Há uma denúncia, Excelência. Estamos trancando uma denúncia, fundada nesses dois únicos elementos.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Esse elemento basta para uma denúncia.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Há mais, no caso. Trata-se de um sigilo privilegiado, da conversa do advogado com seu cliente, e mais, de um conhecimento fortuito. Com efeito. O juiz dera autorização para investigar, mediante interceptação telefônica, suspeitas de tráfico de entorpecentes (é a desculpa de sempre, como acaba de testemunhar o ex-Ministro da Justiça, Ministro Maurício Corrêa) e não de extorsão.

O Sr. Ministro Néri da Silveira: Foi feita uma sindicância.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: (Presidente): Sindicância, Excelência? O que se colheu na sindicância? A declaração do preso? V. Exa. me desmente nisso?

O Sr. Ministro Néri da Silveira: Mas isso tudo está sendo apurado. Não podemos julgar por antecipação, em **habeas corpus**, a ação penal.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Num crime em que sem testemunhas, a palavra da vítima não basta para que se denuncie?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Ouvi religiosamente os votos de V. Exa. peço igual consideração.

Defiro a ordem.

E se tenho a contrariedade de fazê-lo, contrariando a opinião de cinco dos meus eminentes colegas, de outro lado estou gratificado por poder acompanhar, no ponto, a doutrina unânime do Superior Tribunal Militar, há pouco recordada pelo Ministro Celso de Mello.

EXTRATO DA ATA

HC 72.588 — PB — Rel.: Min. Maurício Corrêa. Pacte.: Paulstein Aureliano de Almeida. Impte.: Antônio Pereira de Almeida Filho. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, o Tribunal deferiu o pedido de «habeas corpus», vencidos os Ministros Carlos Velloso, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves. Votou o Presidente.

Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Francisco Rezek e Maurício Corrêa. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 12 de junho de 1996 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

HABEAS CORPUS Nº 72.795 — MS
(Segunda Turma)

Redator p/ o acordão: O Sr. Ministro Carlos Velloso

Paciente: Antonio Domingos Oliver — Impetrante: Olga Brandão — Coator: Tribunal de Justica do Estado de Mato Grosso

Penal. Processual Penal. Pena: fixação: motivação.

I — Fixação da pena: motivação regular.

II — HC indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o «habeas corpus», vencidos os Srs. Ministros Maurício Corrêa (Relator) e Marco Aurélio. Redator para o acórdão o Sr. Ministro Francisco Rezek.

Brasília, 29 de agosto de 1995 — **Néri da Silveira**, Presidente — **Carlos Velloso**, Redator p/o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: A ilustre Procuradora da Defensoria Pública com atuação junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul impetra ordem de **habeas corpus** a favor de **Antonio Domingos Oliver**, condenado a quatro anos de reclusão como incurso nas penas do art. 12 da Lei nº 6.368/76, apontando como coator, em tese, a referida Corte Estadual, que, ao negar provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa, manteve a constrição no mesmo patamar aplicado na sentença de primeiro grau.

A impetração, que objetiva a anulação daquele acórdão, sustenta haver ocorrido erro na dosimetria da pena, porquanto não fundamentada a fixação da reprimenda acima do mínimo legal, cuja dosagem considera injustificável, sobretudo por tratar-se de réu primário e de bons antecedentes, sendo que «em nenhum momento foi demonstrado, através de fatos concretos, o perfil da vida do acusado precedente ao delito, sua personalidade, ou foi narrada qualquer atitude que justificasse a exasperação da pena aplicada.»

Sustenta, ainda, que o elemento integrante do tipo do delito em tela não se confunde com as circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, por isso que a elevação da pena-base caracterizou um **bis in idem.**

Solicitadas as informações, prestou-as o Exmº Sr. Desembargador Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (fls. 35/42).

A Procuradoria-Geral da República, mediante parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, opina pelo indeferimento do pedido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Relator): O paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 12 da Lei nº 6.368/76, por transportar, em veículo por ele conduzido e interceptado por agentes policiais, sete pacotes contendo 6.500 gramas de cloridrato de cocaína e três pacotes contendo cocaína básica, pesando 2.930 gramas, constituindo um peso total de 9.430 gramas.

Acolhendo a denúncia, o juiz de primeiro grau assim sentenciou:

> «No processo consta que o réu é primário, pois inexiste certidão de condenação anterior, se bem que o mesmo, em seu interrogatório judicial, declarou que em São Paulo já foi processado e condenado a prisão domiciliar, não havendo contudo certidão dessa condenação. Praticou um crime considerado hediondo pela Lei n. 8.072/90, e que tem sido considerado um dos maiores flagelos atuais do mundo inteiro, que mais tem contribuído para o aumento da violência e degenerado as famílias e a saúde de usuários de drogas, merecendo portanto, por parte do Poder Judiciário, um maior rigor na aplicação das sanções previstas para o crime de narcotraficância. Por tais motivos, aliados às demais circunstâncias do art. 59 do C. Penal, fixo a pena-base em 04 anos de reclusão...»

Mantendo a condenação, em sede de apelação criminal, o acórdão profligado salientou:

> «Percebe-se que, embora a justificativa não seja um exemplo, por não estar especificamente agregada às circunstâncias elencadas no artigo 59 do CP, é uma justificativa plausível, mormente constando nos autos que a droga apre-

endida era de considerável quantidade e que por certo, se vendida, iria causar grandes lucros ao apelante, além de deixar muitos viciados ao largo das impropriedades que o vício causa à saúde.

Assim, entendo que reprimenda corporal deve ser mantida.

Dessa forma, nego provimento ao recurso, conforme o parecer.»

Não houve, portanto, elevação da pena-base, como alega a impetração, mas sim a fixação de seu **quantum** numa única operação.

Contudo, sob o aspecto técnico-jurídico, a sentença revela-se passível de censura, não propriamente em razão do **quantum** da pena fixada, eis que, diante do grau de culpabilidade do paciente, foi até comedida: um ano acima da pena mínima, para quem transportava mais de nove quilos de substância capaz de ocasionar dependência física e psíquica.

É que, na sua conclusão, limitou-se a um breve comentário acerca do crime de narcotraficância, sem especificar, na oportunidade da individualização da pena, os motivos pelos quais decidiu por fixá-la acima do mínimo previsto na lei.

Diante do exposto, defiro a ordem para, mantido o juízo condenatório, anular o acórdão de fls. 36/42, do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, bem assim a respectiva sentença, a fim de que a reprimenda seja fixada com fiel observância aos critérios legais.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

HC 72.795 — MS — Rel.: Min. Maurício Corrêa. Pacte.: Antonio Domingos Oliver. Impte.: Olga Brandão. Coator: Tribunal de Justica do Estado de Mato Grosso do Sul

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator deferindo o «habeas corpus» para anular a sentença na parte em que fixou a pena e determinar que outra seja prolatada, mantida a condenação com vistas à correta fixação da pena, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Sr. Ministro Francisco Rezek.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek e Maurício Corrêa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso. Subprocurador-Geral da República, o Dr. Mardem Costa Pinto.

Brasília, 15 de agosto de 1995 — Wagner Amorim Madoz, Secretário.

VOTO (Vista)

O Sr. Ministro Francisco Rezek: Em repetidos julgamentos, deixei clara minha falta de vocação para abonar certas reprimendas quando o magistrado, abstraindo por completo a situação que está diante de si, a espécie, o quadro pessoal do réu, põe-se a divagar sobre generalidades e nelas, nas generalidades, pretende encontrar fundamento para aquilo que delibera. Recordará a Turma, sobretudo, dois ou três casos do Rio de Janeiro em que se optou pela condenação e não pela absolvição; ou, sobre a premissa de que a sentença deveria ser condenatória, optou-se pela exasperação da pena, sob a só justificativa de que o crime grassa e campeia na cidade do Rio de Janeiro, havendo perturbado a paz da cidade, de tal modo que é preciso reprimi-lo com mais severidade. Não é assim que se delibera. É preciso que o juiz tenha presente, ao deliberar sobre o destino de determinado ser humano que se lhe defronta na condição de réu, que ele considere circunstâncias daquela pessoa, não de um grupo ou de toda a sociedade.

Entretanto, outra coisa com a qual tenho especial dificuldade de conviver é a inexorável tendência da advocacia de defesa no foro criminal deste país, nos dias atuais, por entender que, em todas as hipóteses criminosas possíveis, a pena, quando absolutamente inarredável a condenação, há de fixar-se necessariamente no mínimo, pouca coisa havendo que possa justificar sua elevação, e, ao que parece, nada existindo no horizonte do possível que possa aproximar a pena do padrão máximo. É óbvio, porém, que este último foi fixado pelo legislador para valer nos casos de maior gravidade. O país todo recordará a sentença proferida no foro de Belo Horizonte sobre o seqüestro de uma criança, de uma menina, que ato contínuo foi assassinada e enterrada em cova rasa, apurando-se logo em seguida, mediante trabalho competente da polícia, a autoria. Ao final fixou-se a pena, e há de ter-se então homenageado o esforço da defesa, situando-a em algo pouco acima do ponto médio entre máximo e mínimo. A mãe da vítima, falando à imprensa a respeito do que achara da sentença, parecia fortemente motivada a endereçar uma pergunta aos juízes do Brasil. Se naquele caso não se aplicava a pena máxima, ela, a mãe, como inúmeros cidadãos de boa fé, quereriam saber da instituição judiciária **qual era** o caso de pena máxima; ou se a pena máxima é apenas um delírio do legislador, fadado a não existir na realidade objetiva...

Esse é o ponto que também me preocupou quando analisei o caso e me determinei a propósito. Quer parecer-me, como bem observaram o Ministro relator, o Ministério Público Federal no seu parecer, e ainda o Tribunal de Justiça ao examinar a decisão de primeiro grau, que não temos aqui um primor de justificativa. Mas a leitura daquilo que o juiz processante lançou nos autos ao proferir a sentença condenatória, e ao fixar a pena-base, dentro da faixa três a quinze anos, em quatro anos, tornada definitiva, faz ver que ele não se limitou às generalidades relacionadas com a gravidade intrínseca do crime de tráfico de entorpecente (embora tenha consagrado várias linhas a falar desse flagelo, da sua operação como causa do aumento da violência, do peso que isso acarreta às famílias e à saúde dos usuários). Embora tenha **também** dito generalidades, que de si mesmas não justificariam sequer essa brandíssima fixação da pena-base um ano acima do mínimo e muitos anos abaixo do máximo, o juiz, abstraindo embora a quantidade expressiva de entorpecente drástico (9 quilos e meio de cocaína), fez referência à primariedade técnica do réu, especificando que o *próprio* réu, em interrogatório judicial, declarara já ter sido processado em São Paulo e condenado, havendo cumprido prisão domiciliar.

Parece-me que existe, portanto, no domínio daquilo que se refere especificamente ao réu, pelo menos um elemento justificativo da fixação acima do mínimo. O Tribunal de Justiça examina esse excerto da sentença condenatória, atenta àquilo que o juiz disse, considera que a justificativa não chega a ser um exemplo, mas a tem como plausível dentro do escopo do art. 59 do Código Penal, e acrescenta a lembrança de que a droga apreendida era de considerável quantidade.

Não há condescendência injustificada se se entende de não enxergar aí uma ilegalidade, ou abuso de poder.

Peço vênia, portanto, ao eminente relator, cujos motivos me pareceram de grande consistência, para votar pela denegação da ordem de **habeas corpus.**

VOTO (Explicação)

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Relator): Do ponto de vista da ortodoxia do

artigo 59 do Código Penal, no caso dos autos, o Tribunal **a quo**, mantendo a sentença monocrática, incorreu no mesmo, **data venia**, equívoco. Afirmações soltas no espaço não têm o condão de se mostrarem como **sentença motivada.** Tal exigência que se extrai hoje como um cânone decorrente de norma constitucional passou a ser um direito da parte, até mesmo como base para o exercício de seu direito de defesa.

Permito-me, ainda, acrescentar ao voto que proferi na assentada anterior que os conceitos genericamente expendidos pelo juiz sentenciante, e que o Tribunal **a quo** coonestou como motivados, valem-se como regra terapêutica ou aconselhamento de natureza subjetiva, mas não se coadunam com os predicados de ordem pública do direito constitucional do paciente, de ver-se aumentada a sua pena.

O artigo 59, ao elencar o rol das subjetividades para a caracterização do aumento da pena, não exige que o juiz se estenda na análise de cada um dos seus itens, mas, adotado um ou outro critério, se obriga a sobre ele ou sobre eles, fundamentar a motivação do aumento da pena-base.

Alberto Silva Franco, em Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial, 5ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 667, comentando o artigo 59 do CP, salienta:

> «Sobre o assunto, resta apenas enfatizar que no processo de individualização da pena, qualquer que seja a sua espécie (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou pecuniária), não basta que se faça, na sentença, expressa referência aos parâmetros apontados no art. 59 da PG/84. Cada referencial deve exprimir um conteúdo fático extraído do processo para que não signifique uma palavra oca, vazia no sentido e alcance. «Culpabilidade», «antecedentes», «conduta social», «personalidade», «motivos», «circunstâncias» e «conseqüências do crime», «comportamento da vítima», «situação econômica do agente» nada dizem, se não se demonstrar, através de fatos concretos, a conduta culpável, se não se mencionar explicitamente o perfil de vida precedente ao crime, se não se descreverem os diferentes papéis representados em nível de comunidade social, se não se delinear, ainda que em rápidas pinceladas, a personalidade do agente, se não se esclarecerem os motivos que o impulsionaram à ação criminosa, se não se relatarem, com clareza, as circunstâncias que cercaram o crime, se não se referir nitidamente às conseqüências resultantes, se não se narrar uma atitude determinada da vítima, se não se aludir a uma situação patrimonial definida para efeito de fixar a condição econômica do agente. Repetir as palavras do texto, de forma monocórdia, ou globalmente, não significa individualizar a pena.»

O MM. Dr. Juiz-Sentenciante, com a confirmação, sem entusiasmo, diga-se de passagem, do Tribunal **a quo**, ao escarmentar a perversidade dos estupefacientes, sobre a vida humana, principalmente a dos jovens, em verdade acabou por aplicar ao paciente — além da pena prevista na lei especial, que em seu sentido axiológico embutiu tais elementos, cujos conceitos por ele, o Juiz, emitidos, estão implicitamente nela abrangidos —, um agravamento indébito da pena mínima, imotivadamente, circunstância que aponta sem rodeios para a incidência de verdadeiro **bis in idem.**

A própria natureza do delito contém em sua essência a sua gravidade, implicando dizer que a admoestação vaticinada pelo Juiz, nada mais significa do que o que significa o espírito da lei que a isto previu.

Em caso idêntico, o STJ decidiu, da relatoria do conhecido juiz e penalista Min. Vicente Cernicchiaro:

«Pena. Individualização — «A individualização da pena, operação complexa, compreende os elementos essenciais e circunstâncias do delito, bem como a vida global do sujeito ativo e vítima. Cada pormenor é ponderado uma só vez. Vedado o **bis in idem.**» (STJ — RE — Relator Vicente Cernicchiaro, RT 684/379).

Cito, em seguida, alguns pronunciamentos da Corte, específicos sobre o tema:

«Traduz situação de injusto constrangimento o comportamento processual do Magistrado ou do Tribunal que, ao fixar a pena-base do sentenciado, adstringe-se a meras referências genéricas pertinentes às circunstâncias abstratamente elencadas no art. 59 do Código Penal. O Juízo sentenciante, ao estipular a pena-base e ao impor a condenação final, deve referir-se, de modo específico, aos elementos concretizadores das circunstâncias judiciais fixadas naquele preceito normativo.» (STF — HC 69.141-2-Rel. Min. Celso de Mello, **in** DJ de 28-8-92, p. 13453)

Do mesmo Min. Celso de Mello, veja-se o acórdão proferido no HC 70.650-9, **in** DJ de 11-2-94, p. 1486:

«A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de o magistrado sentenciante fixar a pena em limite superior ao mínimo legal, desde que indique concretamente as razões justificadoras da exacerbação da pena.»

Do Ministro Sepúlveda Pertence, acórdão oriundo do HC 69.419-5, publicado no DJ de 28-8-92, p. 13455:

«Sentença condenatória: individualização da pena, coerência lógico-jurídica entre a fundamentação e o dispositivo — «A exigência de motivação da individualização da pena — hoje, garantia constitucional do condenado (CF, arts. 5º, XLVI, e 93, IX) — não se satisfaz com a existência na sentença de frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la: a fundamentação há de explicitar a sua base empírica e essa, de sua vez, há de guardar relação de pertinência, legalmente adequada, com a exacerbação da sanção penal, que visou a justificar.»

Do Ministro Ilmar Galvão, Rel. do HC nº 69.334-2, publicado no DJ de 4-9-92, p. 14092:

«Fixação da pena além do mínimo cominado para o crime de lesão corporal de natureza grave. Fundamentação necessária — «Se a decisão condenou o paciente além do mínimo previsto, para o crime por ele cometido, devia ter justificado o acréscimo. Somente a alusão à intensidade do dolo e às circunstâncias do fato, sem a necessária motivação, não atende aos requisitos do art. 59 do Código Penal. Ordem deferida (...).»

Por fim, Senhor Presidente, a regra constante do artigo 59 do Código Penal encerra prerrogativas do condenado, que se incluem, inclusive, no rol das suas garantias constitucionais de defesa.

A sentença tem que ser motivada no caso de exacerbação, de modo claro na sua fundamentação, e a sua negativa se constitui em uma das modalidades de cerceamento de defesa.

Há em tudo isso, também, o envolvimento de um elemento didático, que é o de explicitar às instâncias originárias, no sentido da observância de predicamentos de ordem pública. Do contrário, a alargar-se genericamente a inteligência dos elementos constitutivos do artigo 59, tornaria a regra, que tem gênese científica e técnica, ao alvedrio de meras e singulares alegações

que não se harmonizam com a imperatividade de natureza constitucional, determinada pelo referido preceito penal.

Fiel, portanto, à interpretação dessa norma do direito positivo penal, a concessão deste **habeas corpus** não libera o condenado da reprimenda imposta, senão visa a que outra sentença fundamentada seja extraída, em consonância, também nesta parte, com as iterativas manifestações da Corte e, claro, desta Turma, como ocorreu no julgamento do HC nº 70.250-3, Relator o Ministro Marco Aurélio, in DJ de 3-9-93, p. 17774:

> «Pena-base fixada acima do mínimo legal: necessidade de fundamentação; neste caso, anula-se a fixação da pena, mantida, entretanto, a condenação, para que outra seja fixada, de acordo com os critérios legais.»

Com mais essas observações, mantenho o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, no íntimo, o Paciente deve saber por que lhe foi imposta a pena de quatro anos. Acontece que, como salientado pelo Senhor Ministro Maurício Corrêa, a ordem jurídica em vigor não se contenta com isso; é preciso que a fixação da pena-base seja feita com estrita observância do contido no artigo 59 do Código Penal.

Creio que o Juízo, ao sentenciar, acabou se perdendo na apreciação de circunstâncias elementares do crime, na análise do teor do artigo 12 da Lei de Tóxicos e, quando estabeleceu a pena em quatro anos — um ano acima, é certo, do mínimo legal — de três anos, sendo o máximo de quinze —, olvidou a regra de que cuida o artigo 59.

S. Exa., o Senhor Ministro-Relator, ressaltou que o Supremo Tribunal Federal exerce uma atuação pedagógica. Creio que S. Exa. referiu-se, inclusive, ao fato de o Tribunal de Justiça haver apontado deficiência na fundamentação mas, segundo a óptica externada, tal equívoco não seria de molde a macular a sentença, de modo que tolerou — vocábulo utilizado por S. Exa. — o vício à arte de proceder.

Peço vênia ao nobre Ministro Francisco Rezek e penso que o Senhor Ministro-Relator não caminha simplesmente para a declaração de nulidade do provimento judicial — não tenho o decreto condenatório —, mas determina, na esteira de reiterados pronunciamentos desta Corte, que o Juízo fixe a pena de acordo com a regra do artigo 59 do Código Penal, para concluir pela existência do vício.

Acompanho o Senhor Ministro-Relator, deferindo o **habeas corpus.**

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Sr. Presidente, a sentença realmente não é impecável, não é um primor. Todavia, penso que o juiz, de certa forma, fundamentou a fixação da pena, mesmo porque deixou expresso que o réu confessou, em São Paulo, ter sido processado e lá condenado.

Peço licença aos Srs. Ministros Relator e Marco Aurélio, para acompanhar o voto do Sr. Ministro Francisco Rezek, indeferindo o **habeas corpus.**

VOTO

O Sr. Ministro Néri da Silveira: O paciente foi condenado, porque apreendida, em veículo de sua propriedade, substância entorpecente — 6.500 gramas de cloridrato de cocaína e 2.930 de cocaína básica —, o que está à fl. 23 dos autos. Tal elemento consta da sentença e foi referido pelo Juiz, que, ao estabelecer a pena-base, convertida em definitiva, de certa forma, a esse dado fez referência, mencionando o ante-

cedente do paciente, qual seja, condenação em São Paulo. Só esse elemento já seria o bastante para a elevação de no mínimo um ano, numa pena entre três e quinze anos de reclusão, tendo em conta a gravidade do delito e por se tratar de crime considerado hediondo. Ademais, o Juiz há de ter presente também, em crimes dessa natureza, a quantidade da substância apreendida, que é significativa.

É certo não ser um primor a motivação deduzida pelo magistrado de primeiro grau, mas ele teve presentes as demais circunstâncias do art. 59 e fixou a pena-base em um ano acima do mínimo — em quatro anos —, nos limites entre três e quinze anos de reclusão.

De acordo com o ilustre Ministro-Relator, também tenho sustentado em meus votos a necessidade de se motivar conveniente e *minuciosamente* a fixação da pena-base. Mas nós julgamos casos concretos e, quando o Supremo examina uma situação como esta, não podemos deixar de ter presente o caso concreto.

A decisão de primeiro grau foi submetida ao reexame da Corte **a quo**, a qual também afirmou expressamente que a sentença não estava exemplarmente motivada, mas esses elementos reassentaram que não demonstrava qualquer injustiça e nenhuma ilegalidade a forma segundo a qual o magistrado e a sentença, em última análise, estabeleceram a apenação a ser cumprida pelo paciente.

Não tenho adotado tal orientação em situações como esta, pois, em **habeas corpus**, o Supremo só deve cassar a decisão confirmada nas instâncias ordinárias se realmente ela violar disposição de lei. No caso, não podemos atingir esse juízo afirmando que houve uma violação ao art. 59, nos termos em que se fixou a pena-base tornada definitiva.

Dessa maneira, também peço vênia aos Srs. Ministros Relator e Marco Aurélio para, acompanhando o voto do Sr. Ministro Francisco Rezek, indeferir o **habeas corpus.**

EXTRATO DA ATA

HC 72.795 — MS — Red. p/ o acórdão: Min. Carlos Velloso. Pacte.: Antonio Domingos Oliver. Impte.: Olga Brandão. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Decisão: Por maioria, a Turma indeferiu o «habeas corpus», vencidos os Senhores. Ministros Maurício Corrêa (Relator) e Marco Aurélio. Redator para o acórdão o Senhor Ministro Francisco Rezek.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek e Maurício Corrêa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso. Subprocurador-Geral da República, o Dr. Mardem Costa Pinto.

Brasília, 29 de agosto de 1995 — Wagner Amorim Madoz, Secretário.

HABEAS CORPUS Nº 73.777 — RJ
(Primeira Turma)

Relator: O Sr. Ministro Moreira Alves

Paciente: Paulo Cesar Baltazar da Nóbrega — Impetrantes: Evandro Lins e Silva e outro — Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

— *Habeas Corpus.*

— **O crime de responsabilidade previsto no artigo 1°, XIV, do Decreto-Lei 201/67 é delito formal ou de mera conduta que se consuma com o fato de o prefeito deixar de cumprir ordem judicial sem dar as razões que justifiquem, perante a autoridade competente que deve aceitá-las ou não, a recusa momentânea de cumprimento ou a impossibilidade de fazê-lo.**

— **No caso, tendo o crime que se imputa ao ora paciente se consumado antes da suspensão da execução da sentença, e não tendo este, nas razões que apresentou ao Juiz para justificar o não-cumprimento da sentença, sequer alegado que havia, na falta de crédito, encaminhado, de imediato, o pedido de suprimento de recursos ao Poder Legislativo, não se pode ter como cabalmente justificado o comportamento do ora paciente.**

— **Não se pode, pois, pretender o trancamento da ação penal, que só se justifica se o fato imputado ao réu não constitui evidentemente crime, o que não ocorre no caso.**

***Habeas corpus* indeferido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o pedido de «habeas corpus». Vencido o Senhor Ministro Octavio Gallotti, que o deferia.

Brasília, 20 de agosto de 1996 — **Moreira Alves,** Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): São estas as informações prestadas pelo Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

«Em atenção ao ofício em referência, presto a esse colendo Supremo Tribunal Federal as informações necessárias ao julgamento do pedido de **habeas corpus** impetrado em favor de Paulo César Baltazar da Nóbrega, nos termos seguintes:

1. O paciente, Prefeito Municipal de Volta Redonda (RJ), está sendo processado perante a Seção Criminal deste Tribunal de Justiça por deixar de cumprir ordem judicial sem dar o motivo da recusa à autoridade judiciária (artigo 1°, inciso XIV, do Decreto-Lei Federal 201 de 27 de fevereiro de 1967).

2. A denúncia, ajuizada em 22 de maio de 1995, relata que o paciente foi notificado da sentença proferida pelo juiz da comarca, em Mandado de Segurança impetrado por funcionários municipais. O **writ** decidira pelo direito de os servidores receberem parcelas de vencimentos denominadas «diferenças de isonomia». O alcaide, apesar de ciente de determinação judicial, desde 9 de novembro de 1994, deixou de cumprir o **decisum**. Foi novamente intimado, em 26 de outubro de 1994, e

mais uma vez recusou o cumprimento. Os fatos foram comunicados ao Ministério Público, que iniciou a persecução criminal.

3. O paciente apresentou sua defesa preliminar, conforme estabelece a Lei Federal 8.038. Em sessão datada de 20 de dezembro de 1995, a Seção Criminal deste Tribunal de Justiça, em votação unânime, recebeu a denúncia. O acórdão, relatado pelo Desembargador **João Menna Barreto**, instrui estas informações.

4. Pretendem os impetrantes o trancamento da ação penal, valendo-se da via expressa do **habeas corpus. Data venia**, esse pedido não está de acordo com a jurisprudência desse colendo Supremo Tribunal Federal. A denúncia descreve fatos que, em tese, tipificam a conduta descrita no artigo 1°, inciso XIV, do DL 201/67.

5. A Egrégia 1ª Turma dessa Corte Suprema, julgando o RHC n° 63.364-1 SP, sendo relator o Ministro **Néri da Silveira**, decidiu:

> **«HC. Ação penal. Trancamento pretendido por falta de justa causa. Denúncia que descreve fatos típicos, com apoio em sindicância *administrativa* e *inquérito policial*. Matéria dependente de prova a ser analisada no curso de instrução. Impossibilidade de apreciação na via eleita. Recurso desprovido.» (*in* Revista dos Tribunais n° 607/394).**

6. Essa manifestação é coerente com outros precedentes desse Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende dos acórdãos transcritos nas Revistas dos Tribunais n°s 584/458, 594/458, 595/452 e 597/416. Nessas decisões está consagrado que o **writ** «não constitui instrumento juridicamente idôneo para o exame dos elementos probatórios revestidos de relativo grau de liquidez, dúvida ou controvérsia», conforme pontificou o Ministro **Celso de Mello** em voto vencedor no julgamento do HC 67.707-0 RS (**in** DJ 14-agosto-1992).

7. Não se pode negar que para atender ao pedido dos impetrantes será necessário incursionar em matéria probatória. O simples fato de esta Presidência ter dado efeito suspensivo à sentença que julgou o Mandado de Segurança, cujo comando o réu descumpriu, não descaracteriza a conduta típica.

8. Sobre a matéria leciona **Antônio Tito Costa:**

> **«... as alegações do Prefeito, por si sós, não terão o condão de afastar a sua responsabilidade, o que, todavia, há de ser detalhadamente examinado em cada caso concreto, com vistas, principalmente, à intenção do agente.» (*in* «Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores», p. 94, Ed. RT, 1975, SP).**

9. Assim sendo, seria impossível, **data magna venia**, atender ao pedido dos impetrantes sem aprofundar-se no exame da prova da conduta do paciente.» (fls. 69/73).

Às fls. 77/81, assim se manifesta a Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Wagner Natal Batista:

> ***«Habeas corpus.* Prefeito Municipal. Desobediência. Justificação.**
>
> **Parecer pelo deferimento do *writ.***

Os advogados **Evandro Lins e Silva** e **Técio Lins e Silva** impetram pedido originário de **habeas corpus** em favor

de **Paulo Cesar Baltazar da Nóbrega**, Prefeito do Município de Volta Redonda-RJ, que teve contra si recebida denúncia pela E. Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, dando-o como incurso no artigo 1°, inciso XIV do Decreto-Lei n° 201/67, porquanto não cumpriu determinação judicial no sentido de pagar equiparações de vencimentos e atrasados a determinada parcela do funcionalismo, por força de sentença concessiva de mandado de segurança.

Aduzem os impetrantes que o paciente está a sofrer manifesto constrangimento ilegal subsumido na falta de justa causa para a ação penal, eis que o paciente não cumpriu desde logo a determinação judicial respaldado em fortes motivos, dentre os quais, a falta de previsão orçamentária para tal fim. Ademais, anteriormente ao oferecimento da denúncia, o próprio Presidente do Tribunal de Justiça atendeu a pedido de suspensão da execução da sentença, nestes termos:

> «Na hipótese em apreço, verifica-se, sem qualquer esforço exegético, que da execução da sentença decorre ameaça de grave lesão à economia pública, pois se torna evidente a superveniência de conseqüências danosas à economia do município, que deverá desembolsar, de imediato, soma correspondente a R$ 550.000,00 (quinhentos e cinqüenta mil reais) com o pagamento de atrasados aos impetrantes, vencedores no mandado de segurança, e que, acaso provido o recurso, não fariam jus ao recebimento de qualquer parcela adicional.
>
> E, o que é pior, com a devolução integral do que receberam»

À fl. 65, temos pedido de liminar, para suspender o interrogatório do paciente, marcado para 12 de abril do corrente (fl. 65).

A liminar foi indeferida (fl. 66).

Oficiada, a autoridade indigitada coatora prestou informações, fls. 69/73.

É o relatório.

Temos que razão assista à impetração.

Com efeito, esta Corte Suprema já decidiu que, havendo justificativa consistente para a insubmissão do Prefeito Municipal à ordem judicial, fica descaracterizado o tipo penal, tornando-se atípica a conduta. Vejamos:

> «***Habeas Corpus*. Prefeito municipal. Cumprimento de ordem judicial, desobediência. Justificação consistente. Ação penal falta de justa causa. Atipicidade.**
>
> Prefeito municipal, agindo no exercício de sua função pública, responde por crime de responsabilidade se não cumprir decisão judicial sem justificação, por escrito, à autoridade competente, da recusa ou da impossibilidade (art. 1°- XIV **in fine** do Decreto-Lei 201/67). A insubmissão nunca há de dar-se por capricho ou sem bom fundamento. Justificação consistente. Conduta atípica.
>
> **Habeas Corpus** concedido para trancar a ação penal a que responde o paciente.»
> (STF, HC 71.875-2, Rel. Min. Francisco Rezek. DJ 26-4-96, p. 13113)

Embora não elucidem os documentos trazidos aos autos ter ou não o paciente se justificado perante o magistrado, certo é que a própria denúncia menciona ter o denunciado aviado peti-

ção por ele firmada e dirigida ao r. Juízo, no dia 9 de novembro de 1994, após ter sido intimado da decisão.

De qualquer forma, o fato é que restou ampla e concretamente caracterizada, na suspensão da execução da sentença, efetuada antes mesmo do oferecimento da denúncia, **a impossibilidade da administração municipal cumprir aquela determinação judicial**, atitude que poderia determinar grave lesão à economia pública.

A motivação a que alude o inciso XIV do artigo 1° do Decreto-Lei 201/67, de uma forma ou de outra, foi dada.

Ora, há que se ter em mente a diversidade de situações: o não cumprimento da decisão por simples vontade do impetrado, sem que para tanto haja qualquer motivo concreto, e não atendimento por pura e simples impossibilidade de fazê-lo.

No caso concreto, o descumprimento não se deu, como bem colocado no precedente citado, por mero capricho do paciente. E quanto a isso não há dúvidas, tanto que a execução da sentença foi suspensa pelo próprio Presidente do Tribunal de Justiça Estadual.

Daí porque entendemos estar caracterizada a falta de justa causa para a ação penal.

Com estas considerações, opina o Ministério Público Federal pelo deferimento do **writ**, para que seja determinado o trancamento da ação penal.»

Requisitei os autos da ação penal, os quais, por «xerox», foram remetidos a esta Corte, por haver audiência marcada para a oitiva das testemunhas de defesa.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): 1. Do exame dos autos, verifica-se que contra o ora paciente, na qualidade de Prefeito Municipal, foi impetrado mandado de segurança por vários servidores municipais pelo fato de haver ele, sem processo regular, lhes retirado da remuneração a parcela correspondente ao direito à isonomia com relação aos agentes administrativos do Poder Legislativo, que lhes havia sido concedida no processo administrativo n° 8.008/92.

O mandado de segurança foi deferido para os impetrantes que demonstraram sua legitimidade **ad causam** pela preliminar de mérito de que «se, reconhecidamente, através do processo 8.008/92, havia-lhes sido deferida aquela parcela de vencimentos, e se nenhum procedimento regular resultou em anulamento ou revogação do antes deferido, assiste aos Impetrantes o direito, líquido e certo, à dita parcela. E se o direito, certo e líquido, vem a ser insatisfeito pelo devedor, ao suspender o pagamento da mesma, tal ato omissivo, que é o ato impugnado, desnuda-se praticado com abuso de poder. Eis reunidos os pressupostos do «remédio», conforme o consagrou, entre as garantias individuais, o art. 5°, LXIX, da Constituição Federal, e o art. 1° da Lei Federal n° 1.533/51». Daí o dispositivo da sentença, **verbis**:

> «Julgo procedente o pedido dos demais Impetrantes. Defiro-lhes a segurança, mandando ao Impetrado que passe a pagar-lhes a parcela de vencimentos designada como «diferença de isonomia», tal como estabelecida no processo administrativo n° 8.008/92: condenando-o também, com respaldo no art. 1° da Lei Federal n° 5.021/66, a pagar os atrasados correspondentes, a partir da data do ajuizamento deste fei-

to, atualizada a expressão monetária do respectivo valor; condenando-o ainda ao reembolso das custas do processo, na proporção dos litisconsortes vencedores. Sem honorários, ut Súmula 512.

Notifique-se o Impetrado.»

Essa sentença é de 19 de setembro de 1994.

Contra ela foi interposta apelação, tendo-a recebido o Dr. Juiz, em 13-10-94, com efeito apenas devolutivo, invocando o disposto no artigo 12, parágrafo único, da Lei 1.533/51, e salientando que não se aplicava o artigo 5° da Lei 4.348/64, porque não havia sido deferida concessão de aumento ou extensão de vantagem a servidor, nem reclassificação ou equiparação de cargos. Do teor desse despacho foi intimado pessoalmente o ora paciente, em 26-10-94.

Os impetrantes, que, em 13-10-94, haviam dirigido petição ao Juízo, acentuando que a autoridade coatora, apesar de intimada da sentença em 30-9-94, não cumprira o mandado que havia determinado o pagamento das diferenças, requerendo, por isso, que fosse dado a ela prazo de 48 horas para o cumprimento, sob pena de desobediência e seqüestro da quantia necessária, voltaram a peticionar, em sentido semelhante, em 3-11-94, tendo o Dr. Juiz exarado, nessa petição, o seguinte despacho:

«1. Autue-se como incidente, em apenso.

2. Diante da afirmação do fato gravíssimo, porém desacompanhado de prova, intime-se por Oficial, ao n. Prefeito Municipal, o inteiro teor desta petição, para que preste, se quiser, esclarecimentos em 24 h.

VR 4-11-94.»

Em 9-11-94, o ora paciente dirigiu ofício ao Dr. Juiz, salientando que o pedido de prisão feito pelos impetrantes era inepto, porquanto no despacho de recebimento da apelação não havia o prazo de 48 horas para que se efetuasse o pagamento; ademais, nos termos da Lei 5.021/66, o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas em mandado de segurança somente será efetuado quanto às prestações que se vencerem a partir do ajuizamento da ação, sendo que, inexistindo — afirmação que se fez sem qualquer comprovação — crédito para o pagamento, seria necessário pedir ao Legislativo crédito orçamentário extraordinário, e, no caso, não havia provisão para tal fim no orçamento municipal de 1994, além de a sentença, em relação ao pagamento dos atrasados, necessitar de liquidação por cálculos, para, em seguida, ser expedido precatório. Por fim, havia agravo de instrumento contra a não-concessão de efeito suspensivo à apelação ainda não apreciado.

Em 11-11-94, o Dr. Juiz exarou nos autos o seguinte despacho:

«A sentença concessiva da segurança foi intimada ao coator aos 30 de setembro de 1994 (fl. 409 dos autos principais).

Depois disso, receberam os Impetrantes seus vencimentos em outubro e em novembro.

Tragam aos autos os respectivos espelhos.»

Em 25-11-94, os impetrantes juntaram aos autos alguns contracheques para comprovar o não-cumprimento da sentença.

O Dr. Juiz mandou ouvir o Promotor Público, que assim se manifestou:

«A R. Sentença de fls. 401/406, foi muito clara em seu **Dispositivo** (fl. 406) ordenando que fossem pagas as diferenças devidas aos Impetrantes.

À fl. 419 a Apelação, recurso impetrado pela Autoridade Coatora, foi recebida com efeito meramente devolutivo, aliás, decisão do maior acerto.

A Autoridade Coatora foi intimada para cumprir a R. Sentença em 26-10-94.

Não cumpriu determinação judicial. Declarando às fls. 07/09 (Incidente) que de acordo com o parágrafo 2° do Artigo 1° da Lei 5.021/66, tornava-se necessário pedir verba para o Poder Legislativo, porém não parece que o fez, apenas alega que «deveria pedir».

Aqui, configura-se o crime de Desobediência previsto no Artigo 330 do Código Penal; sendo crime permanente, enquanto a ordem não for cumprida, encontra-se o Agente em flagrante delito.

S.m.j., este é o parecer do Ministério Público.

29-11-94».

Nesse mesmo dia, o Dr. Juiz decidiu decretar a prisão do ora paciente, salientando que se tratava de prisão em flagrante, ato pré-processual, que não era vedado apesar do privilégio de foro do Tribunal de Justiça. Expedida a nota de culpa, fez a comunicação ao Presidente do Tribunal de Justiça, e encaminharam-se peças ao Procurador-Geral da Justiça.

Em 9-12, tendo sido comprovado o pagamento da fiança pelo ora paciente, foi relaxada sua prisão.

Posteriormente, juntando certidões datadas de 2-12-96 (fls. 19, 20 e 21 dos autos), segundo as quais as despesas para o cumprimento da sentença importariam em R$ 550.000,00, incluindo os encargos sociais, e que não havia previsão orçamentária para tal pagamento em 1994 nem em 1995, além de esse pagamento implicar dificuldades aos cofres do Município por acarretar atraso no pagamento dos servidores municipais e dos fornecedores uma vez que a quantia em causa significava 10% da arrecadação municipal no mês, obteve o ora paciente a suspensão da sentença pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com o seguinte fundamento:

«Nesta via, não cabe, em princípio, reparar eventual **error judicandi**, mas examinar se a execução da sentença poderia acarretar grave ameaça a quaisquer bens jurídicos assinalados no art. 4° da Lei n. 4.348/64.

Na hipótese em apreço, verifica-se, sem qualquer esforço exegético, que da execução da sentença decorre ameaça de grave lesão à economia pública, pois se torna evidente a superveniência de conseqüências danosas à economia do município, que deverá desembolsar, de imediato, soma correspondente a R$ 550.000,00 (quinhentos e cinqüenta mil reais) com o pagamento de atrasados aos impetrantes, vencedores no mandado de segurança, e que, acaso provido o recurso, não fariam jus ao recebimento de qualquer parcela adicional. E, o que é pior, com a devolução integral do que receberam.

Diante do exposto, acolho o pedido do Município de Volta Redonda para suspender os efeitos da sentença proferida no mandado de segurança n. 40.161, da 4ª Vara Cível da Comarca, fulcrado no art. 4° da Lei n° 4.348/64.

Publique-se e comunique-se.» (fls. 22/23 dos autos).

A sentença que deferiu a segurança foi mantida pela 6ª Câmara Cível, por maioria de votos, em 25-8-95 (fl. 35 dos autos), tendo sido interpostos contra ela recursos especial e extraordinário, em que se alega, fundamentalmente, violação de dispositivos

constitucionais por não ser necessário processo administrativo para desconstituir ato administrativo inconstitucional. Esses recursos foram interpostos, respectivamente, em 22-10-95 e em 19-10-95, não havendo notícia, nos autos, do seu desfecho.

Nesse ínterim, em 18-5-95, o Procurador-Geral da Justiça ofereceu, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a seguinte denúncia:

> «**O Ministério Público**, pelo Procurador-Geral da Justiça deste Estado, no uso das suas atribuições legais, vem perante V. Exa., nos termos do art. 29, inc. X da Constituição Federal, do art. 158, inc. IV, **d**, nº 3 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e dos arts. 162 e seguintes do Regimento Interno dessa Colenda Corte, oferecer
>
> **Denúncia**
>
> contra
>
> **Paulo César Baltazar da Nóbrega**, brasileiro, casado, médico, Prefeito do Município de Volta Redonda, neste Estado, onde é domiciliado e em cuja Prefeitura Municipal poderá ser encontrado,
>
> pela prática da infração penal a seguir descrita, apurada nos inclusos autos das Peças de Informação nº 29/94 e respectivos apensos:
>
> 1. Em 19 de setembro de 1994, o MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Volta Redonda concedeu Mandado de Segurança ali impetrado por **Antonio Donolla** e outros, contra ato do Denunciado, estando assim redigida a parte dispositiva da r. sentença (fls. 3/8 do apenso nº MP-16.450/94):
>
> > «Julgo procedente o pedido dos demais Impetrantes. Defiro-lhes a segurança, **mandando ao Impetrado que passe a pagar-lhes a parcela de vencimentos designada como «diferença de isonomia»**, tal como estabelecida no processo administrativo nº 8.008/92; condenando-o também, com respaldo no art. 1º da Lei Federal nº 5.021/66, a pagar os atrasados correspondentes, a partir da data do ajuizamento deste feito, (...)»
>
> 2. Dessa decisão, embora estando o respectivo mandado de notificação recibado pelo Subprocurador do Município (idem, fl. 9), o Denunciado **teve ciência inequívoca**, tanto que a ela se referiu **expressis verbis**, inclusive transcrevendo-lhe o dispositivo, em petição **por ele firmada** e dirigida ao r. Juízo no dia 9 de novembro de 1994 (idem, fls. 15/17).
>
> 3. Inobstante a clareza daquele comando judicial, o Denunciado **recusou-lhe cumprimento**, não providenciando para que se efetuasse o pagamento aos Impetrantes da parcela denominada «diferença de isonomia», como provam os contracheques de fls. 19/21, referentes ao mês de outubro de 1994, nos quais não se incluiu aquele título; ao contrário, ignorando a ordem judicial de fazer creditar **ex nunc** a mencionada parcela estipendial, o Denunciado, à guisa de justificar sua recusa, preferiu tergiversar sobre a exigibilidade de **atrasados**, prevista em **outro** comando constante da sentença, o que originou novo despacho, deste teor:
>
> > «1) Recebo o recurso de fls. 411/416, no efeito meramente devolutivo, com fundamento no parágrafo único do art. 12 da Lei Federal 1.533/51.
> >
> > Aqui não se deferiu concessão de aumento ou extensão de vantagem a servidor, nem reclassificação ou

equiparação de cargos. Não incide, destarte, o preceito do art. 5° da lei federal 4.348/64.

2) Intime-se pessoalmente o teor deste despacho ao Exmo. Sr. Prefeito Municipal.»

4. Apesar de **pessoalmente** intimado desse r. despacho em 26 de outubro de 1994 (idem, fl. 12), o Denunciado mais uma vez **recusou** o cumprimento da ordem contida no **writ**, determinação judicial de legalidade e eficácia induvidosas, seja porque meramente devolutivo o efeito da apelação interposta pela Municipalidade, seja por ser expresso, no permitir a execução do julgado, o art. 12 parágrafo único da Lei n° 1.533/51, inocorrendo vedação outra, porque inaplicáveis à espécie tanto o parágrafo único do art. 5° da Lei n° 4.348/64, quanto o art. 1° e seu parágrafo único da Lei n° 8.076/90.

5. Assim agindo, o Denunciado deixou de cumprir a ordem judicial que recebera, sem dar válido motivo para a recusa: está ele, portanto, incurso nas penas do art. 1°, inciso XIV do Decreto-Lei n° 201, de 27 de fevereiro de 1967.

Nessas condições, requer o signatário que seja instaurada a ação penal originária, pedindo o recebimento da presente e o processamento do feito na forma regimental, até decisão final, que desde já se requer julgue **procedente** esta ação, para **condenar** o Denunciado às penas do dispositivo legal indicado.» (fls. 26/29 do apenso 1).

Apresentada resposta escrita pelo ora paciente, foi a denúncia recebida, por unanimidade de votos, pela Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 20-12-95. É este o teor do acórdão:

«Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Denúncia n° 08/95, em que é acusado o Prefeito Municipal de Volta Redonda, Paulo César Baltazar da Nóbrega.**

Acordam os Desembargadores da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por Unanimidade em receber a denúncia, sem afastamento do cargo.

Relatório à fl. 66.

Assim decidem porque em 19 de setembro de 1994, o Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Volta Redonda, concedeu mandado de segurança impetrado por Antônio Donolla e outros contra ato do denunciado, que negava o pagamento de parcela de vencimentos designado como «diferença de isonomia» e, bem assim os atrasados correspondentes. Em que pese a decisão judicial, o denunciado negou-lhe cumprimento, mesmo tendo o juízo **a quo** explicitado, no recurso de apelação, que o recebia, apenas, no efeito devolutivo. Uma vez intimado desse despacho, aos 26 de outubro de 1994, o denunciado não o atendeu. Determinada a sua prisão, foi prestada fiança e expedido alvará de soltura pela Egrégia 4ª Câmara Criminal, a fim de que respondesse o processo em liberdade. Aos 6 de dezembro de 1994, o eminente Presidente do Tribunal de Justiça, acolheu o pedido do denunciado e suspendeu os efeitos da sentença proferida no Mandado de Segurança impetrado. Como é fácil constatar, a suspensão dos efeitos da decisão **a quo** ocorreu após a decisão de primeiro grau ter ordenado a sua prisão face ao descumprimento da decisão judicial. Portanto, a fundamentação defensiva de que houve impossibilidade do cumprimento judicial é matéria de

prova que não dilui **si et in quantum**, o **fumus boni iuris** para a ação penal.» (fls. 68/69 do apenso 1).

Pretende a impetração que a ação penal deve ser trancada por não ter o ora paciente desobedecido a ordem judicial, pois não tinha recursos para o pagamento nem havia verba orçamentária para fazer face a ele; ademais, a sentença que deferiu o mandado de segurança, a pretexto de isonomia, acolheu uma equiparação inconstitucional, convalidando ato administrativo anulado pela própria administração, não havendo, portanto, crime algum que o ora paciente tenha cometido.

Não procedem as alegações da impetração.

Reza o artigo 1°, XIV, que é crime de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, «negar execução à lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente».

Como salienta **Rui Stoco**, transcrevendo passagens de **Tito Costa** («Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial», pp. 1400 e segs., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995), o crime previsto nesse inciso é delito formal ou de mera conduta, que se consuma com o fato de o prefeito deixar de cumprir ordem judicial (inclusive, sentença judicial) sem dar as razões que justifiquem, perante a autoridade competente que deve aceitá-las ou não, a recusa momentânea de cumprimento ou a impossibilidade de fazê-lo. E isso porque as alegações do prefeito não têm o condão de, por si sós, afastar a sua responsabilidade, devendo cada caso ser examinado com vistas principalmente à intenção do agente, dado que o dolo, nesse crime, é genérico, ou seja, a livre vontade de desobedecer ordem legal ou judicial.

Ora, no caso, tendo o crime que se imputa ao ora paciente se consumado antes da suspensão da execução da sentença, e não tendo este, nas razões que apresentou ao Juiz para justificar o não-cumprimento da sentença, sequer alegado que, em cumprimento ao disposto no artigo 1°, parágrafo 2°, da Lei 5.021/66, havia, na falta de crédito, encaminhado, de imediato, o pedido de suprimento de recursos ao Poder Legislativo, não se pode ter como cabalmente justificado o comportamento do ora paciente. Ademais, é de notar-se que esse procedimento imposto pela pela Lei não foi feito sequer com relação ao pagamento dos vencimentos posteriores à intimação do ora paciente e que, portanto, não eram atrasados por dizerem respeito a prestações vencidas anteriormente, embora depois de ajuizado o mandado de segurança, vencimentos esses que são pagos por dotação global, cuja insuficiência deve ser demonstrada — e não o foi —, e, caso existente, é mister que haja o pedido imediato de crédito suplementar, o que não se demonstrou ter sido feito.

Portanto, não se pode pretender trancar a ação penal em curso, cujo recebimento da denúncia se deu porque se considerou, no caso, que a alegação de impossibilidade de cumprimento judicial deverá ser suficientemente provada na instrução criminal, para que, evidentemente, se possa afastar o dolo genérico.

O trancamento de ação penal só se justifica se o fato imputado ao réu não constitui evidentemente crime, o que não ocorre no caso.

Observo, por fim, que não está em causa a correção, ou não, da sentença que foi mantida pelo Tribunal local — a qual ficou na preliminar de mérito relativa à falta de

processo administrativo para desconstituir vantagem concedida e que vinha sendo paga com base em decisão tomada em processo administrativo anterior —, sendo certo, ademais, que a suspensão da execução da sentença, posteriormente ao comportamento que deu margem à denúncia, se adstringiu à ameaça de grave lesão à economia pública «pois se torna evidente a superveniência de conseqüências danosas à economia do município, que deverá desembolsar, de imediato, soma correspondente a R$ 550.000,00 (quinhentos e cinqüenta mil reais) com pagamento de atrasados aos impetrantes, vencedores no mandado de segurança, e que, acaso provido o recurso, não fariam jus ao recebimento de qualquer parcela adicional. E, o que é pior, com a devolução integral do que receberam».

2. Em face do exposto, indefiro o presente **habeas corpus**.

EXTRATO DA ATA

HC 73.777 — RJ — Rel.: Min. Moreira Alves. Pacte.: Paulo Cesar Baltazar da Nóbrega. Impte.: Evandro Lins e Silva e outro. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Moreira Alves (Relator), Celso de Mello e Ilmar Galvão, indeferindo o pedido de «habeas corpus», o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Senhor Ministro Octavio Gallotti. Falou pelo paciente o Dr. Evandro Lins e Silva.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello e Ilmar Galvão. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista.

Brasília, 18 de junho de 1996 — Ricardo Dias Duarte, Secretário.

VOTO (Vista)

O Sr. Ministro Octavio Gallotti: Perante a Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, responde o paciente pela prática do delito previsto na parte final do inciso XIV do art. 1° do Decreto-Lei n° 201, de 27 de fevereiro de 1967:

> «Art. 1° São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:
>
> .....
>
> XIV — negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente.»

Note-se a cláusula «sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito», que não encontra correspondência na tipificação do delito comum de desobediência, tal como definido no art. 330 do Código Penal, cuja pena é de quinze dias a seis meses de detenção, enquanto a do dispositivo especial de que ora se cogita vai de três meses a três anos de detenção (§ 1°, parte final, do art. 1° do citado Decreto-Lei n° 201).

No caso, intimado por despacho de 4 de novembro de 1994, da sentença concessiva da segurança, que restabelecera a equiparação dos vencimentos de agentes administrativos do Poder Executivo aos da Câmara Municipal, dirigiu-se o paciente, por escrito, em 9 do mesmo mês, ao Juiz da causa, noticiando a inexistência de crédito para o pagamento, e argumentando, além do disposto no art. 1°, § 2°, da Lei n° 5.021-66, com o que estabelecem os arti-

gos 730 e 731 do Código de Processo Civil e 100, § 2°, da Constituição Federal.

Sem ocupar-se em dar resposta alguma a essa justificação escrita, certamente por haver enquadrado erroneamente a conduta do paciente no art. 330 do Código Penal, decretou o magistrado a prisão do paciente, por decisão de 29 de novembro de 1994.

Com fundamento no art. 307 do Código Penal, expediu, em 6 de dezembro seguinte (frise-se a data), a «nota de culpa» cuja comunicação, acompanhada de cópias de outras peças processuais, ao Tribunal de Justiça, deu origem à ação penal cujo trancamento se pretende no presente **habeas corpus.**

A essa altura, já requerera, porém, o Município, a suspensão da execução da sentença concessiva do mandado de segurança, medida que veio efetivamente a ser deferida pelo Presidente do Tribunal de Justiça, em 6 de dezembro de 1994 (mesma data da expedição de nota de culpa), ressaltando, no essencial, Sua Excelência:

> «Na hipótese em apreço, verifica-se, sem qualquer esforço exegético, que da execução da sentença decorre ameaça de grave lesão à economia pública, pois se torna evidente a superveniência de conseqüências danosas à economia do município, que deverá desembolsar, de imediato, soma correspondente a R$ 550.000,00 (quinhentos e cinqüenta mil reais) com o pagamento de atrasados aos impetrantes, vencedores no mandado de segurança, e que, acaso provido o recurso, não fariam jus ao recebimento de qualquer parcela adicional. E o que é pior, com a devolução integral do que receberam.
>
> **Diante do exposto, acolho o pedido do Município de Volta Redonda para suspender os efeitos da sentença proferida no mandado de segurança n. 40.161, da 4ª Vara Cível da Comarca, fulcrado no art. 4° da Lei n. 4.348/64.**
>
> Publique-se e comunique-se» (fl. 23)

Ora, só em 25 de agosto daquele mesmo ano de 1994 (fl. 35), viria a ser confirmada, por maioria, em grau de apelação, a sentença do Juiz da Comarca de Volta Redonda, sendo lícito daí concluir, segundo penso:

> **a)** haver sido aceito, em substância, pela autoridade judiciária superior, o motivo da recusa, que o Juiz se eximira de considerar, ao que se presume induzido pela errônea classificação por ele atribuída à conduta do paciente (art. 330 do Código Penal, ao invés de art. 1°, XIV do Decreto-Lei n° 201-67);
>
> **b)** que, também do ponto de vista formal, estava suspensa, quando do oferecimento da denúncia, em 18 de maio de 1995, a execução da decisão judicial cujo descumprimento é o móvel da ação penal.

Acolhendo o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, e com a devida vênia do eminente Relator, defiro o pedido de **habeas corpus**, para trancamento da ação penal.

VOTO (Confirmação)

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): Examinei todos esses aspectos, inclusive o de que, no caso, é preciso justificar o não-cumprimento com motivo justo, assim entendido pela autoridade, e não com qualquer motivo.

De outra parte, foi dado efeito suspensivo à apelação pela possibilidade de grave lesão à ordem pública, e não pela motivação, até porque para esta seria necessário o pedido de imediato, como manda a lei, de crédito suplementar para o cumprimento da decisão judicial.

O crime imputado ao paciente é formal, e, portanto, de consumação imediata, que ocorreu antes da suspensão da eficácia da sentença.

Se se trancar ação penal dessa natureza, bastará que se alegue que não há dinheiro para não se cumprir decisão judicial.

Releio, a seguir, o voto onde tratei de todos esses aspectos:

> «Do exame dos autos verifica-se contra o ora paciente, na qualidade de Prefeito Municipal ... ... tendo sido comprovado o pagamento de fiança pelo ora paciente, foi relaxada a sua prisão.»

Observo que a nota de culpa foi apenas para a prisão em flagrante, não tendo o juiz que fazer qualquer enquadramento. O crime é de ação pública incondicionada.

O Sr. Ministro Octavio Gallotti: O que o juiz poderia era ter dito o que V. Exa. diz agora, ou seja, que as razões são improcedentes. Se a lei permite a apresentação de uma justificativa, obriga a autoridade judiciária a apreciar a exatidão dela.

O Sr. Ministro Moreira Alves (Presidente e Relator): Se o juiz decretou prisão em flagrante com base no parecer do Promotor Público, que dizia expressamente que parecia que não havia sido pedido pelo ora paciente o crédito para o Legislativo, porque apenas alegara que «deveria pedir», é porque endossou o parecer do Promotor sem necessidade de dizê-lo expressamente, tanto assim que decretou a prisão em flagrante, considerando, evidentemente, que o crime estava consumado.

A questão da nota de culpa foi para justificar o flagrante.

O Sr. Ministro Octavio Gallotti: Ninguém está alegando nulidade do flagrante. Apenas o flagrante revelou um enquadramento errado que foi a origem de toda a discussão.

O Sr. Ministro Moreira Alves (Presidente e Relator): Não. Quem fez esse enquadramento foi o Ministério Público, que invocou o artigo 330 do Código Penal, não atentando para a circunstância de que se tratava de Prefeito.

O Sr. Ministro Octavio Gallotti: Mas quem disse que o juiz acolheu o parecer do Promotor foi V. Exa. Foi o Juiz quem disse: crime do art. 330.

O Sr. Ministro Moreira Alves (Presidente e Relator): Foi o promotor, e o Juiz endossou essa manifestação.

O Sr. Ministro Octavio Gallotti: São tipos diferentes.

O Sr. Ministro Moreira Alves (Presidente e Relator): Também para haver crime de desobediência é preciso que haja a vontade de não obedecer, o que não ocorre se houver motivo justo que impeça o cumprimento da ordem.

O Sr. Ministro Octavio Gallotti: Toda essa expressão é ociosa.

O Sr. Ministro Moreira Alves (Presidente e Relator): No caso, trata-se do pedido de trancamento de ação penal em que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entendeu que, pelo menos em tese, há o crime de descumprimento de uma ordem judicial pelo ora paciente. Esse crime já se consumara quando houve a suspensão da eficácia da sentença, suspensão essa que caiu porque a sentença veio a ser confirmada pela Sexta Câmara Civil do referido Tribunal.

Há assim uma decisão judicial que não foi cumprida, nem justifica o seu não-cumprimento o motivo apresentado para não cumpri-la.

Mantenho o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Sydney Sanches: Peço vênia ao eminente Ministro **Octavio Gallotti** para acompanhar o voto de V. Exa., indeferindo o pedido.

EXTRATO DA ATA

HC 73.777 — RJ — Rel.: Min. Moreira Alves. Pacte.: Paulo Cesar Baltazar da Nóbrega. Imptes.: Evandro Lins e Silva e outro. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de «habeas corpus». Vencido o Senhor Ministro Octavio Gallotti, que o deferia.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello e Ilmar Galvão. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista.

Brasília, 20 de agosto de 1996 — Ricardo Dias Duarte, Secretário.

HABEAS CORPUS Nº 74.179 — SP
(Questão de Ordem)
(Primeira Turma)

Redator p/o acórdão: O Sr. Ministro Ilmar Galvão

Paciente: Jose Clailton da Costa — Impetrantes: Helio Bialski e outro — Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Habeas Corpus. ***Questão de ordem. Proposta de renovação do julgamento, com oportunidade para a sustentação oral do impetrante, na forma de solicitação por ele feita, via telefone, e que, inadvertidamente, restou não atendida.***

Meio manifestamente impróprio para assegurar o direito ao uso da tribuna, não obstante, na prática, se venha revelando eficaz, por simples cortesia do Relator, que, por isso mesmo, não tem o condão de gerar direito processual.

Questão de ordem que se resolve em sentido negativo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, resolvendo questão de ordem, não acolher o pedido de nulidade do julgamento.

Brasília, 4 de fevereiro de 1997 — **Moreira Alves**, Presidente — **Ilmar Galvão**, Redator p/o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sydney Sanches (Relator): 1. Esta Turma, em julgamento ocorrido no dia 10-12-96, por votação unânime, indeferiu o pedido de **Habeas Corpus** nº 74.179-7/130, impetrado pelos Advogados **Hélio Bialski** e **Daniel Leon Bialski**, em favor de **José Clailton da Costa.**

2. Tomando conhecimento de que o julgamento ocorrera, o Advogado e impe-

trante **Daniel Leon Bialski**, em nome do paciente, apresentou a petição de fls. 426/428, **in verbis**:

«**José Clailton da Costa**, ora Paciente, por seu defensor e bastante procurador infra-assinado, ora Impetrante, nos autos do Remédio Heróico que tramita perante este Supremo Tribunal Federal, vem, respeitosamente, interpor **Agravo Declaratório** pelos fatos e fundamentos expostos a seguir:

1. **Data maxima venia**, esta defesa Impetrante tomou conhecimento que no último dia 10 (dez) de dezembro fora julgado e denegado o presente **writ;**

2. Acontece, Eminente Ministro, que a defesa bem antes do julgamento, por várias vezes, telefonara para salientar o desejo de ser efetuada sustentação, sendo que fora cientificada que seria efetuada uma anotação junto aos autos e que não seriam necessários telefonemas neste sentido porque assim que remetida à pauta, a própria Secretaria nos avisaria.

Comprovante desta afirmação está nos documentos anexados, onde verifica-se que realmente foram feitas as ligações interurbanas citadas (Docs. 01/02);

3. Em sendo assim, a defesa aguardou o comunicado, mas, quando recebeu telefonema deste Tribunal, foi justamente para comunicar que, por algum equívoco, esta defesa não fora avisada, e o feito havia sido julgado;

4. Mesmo sem ter sido publicado o V. Acórdão, mesmo sem ter sido oficialmente comunicado o julgamento, pretende-se, por via, seja **anulada** a R. Decisão proferida, permitindo-se que seja efetuada sustentação oral;

5. Somente para que a defesa impetrante possa esclarecer algumas nuanças dos acontecimentos ocorridos perante a Autoridade Coatora, tentando, até, reverter o decidido;

6. Isto porque na própria impetração ocorreu um equívoco, não permitindo a sustentação oral por parte da defesa no julgamento da Revisão Criminal (apesar de expressa disposição regimental), o que motivou o reclamo pretendido;

7. Inclusive, somente não mais vigiou-se e acompanhou-se semanalmente o andamento do remédio heróico impetrado perante esta Corte por justamente ter sido solicitada a sustentação e ter sido asseverado que fosse aguardada a prévia comunicação;

8. **Assim, aguarda-se seja acolhida a presente, marcando-se novo julgamento, para que possam os infra-assinados, oralmente, explanar e explicar as razões que causaram constrangimento ilegal ao ora Paciente.**

Termos em que

P. E. Deferimento.

De São Paulo para Brasília, 24 de janeiro de 1997.

as.) **Daniel Leon Bialski**

OAB/SP 125.000.»

3. Com a petição os documentos de fls. 429/434.

4. À fl. 435, despachei:

«Informe a Chefia do Gabinete sobre o alegado às fls. 422/423, itens 1, 2, 3 e 4.»

5. A informação veio à fl. 437, nos seguintes termos:

«Em atenção ao despacho de fl. 435, informo a V. Exa. que, dia 26-8-96, o Advogado Dr. Daniel Leon Bialski manifestou (por telefone) desejo de fazer sustentação oral no HC nº 74.179-7, sendo informado por essa chefia, de que seria avisado, com antecedência, da data do julgamento do referido processo, o que, por um «lapso», não aconteceu, em virtude das diversas movimentações físicas dos autos, entre este Gabinete e a Secretaria, para fins de cumprimento de despachos proferidos por Vossa Excelência.

Sendo o que tinha para informar, submeto à alta consideração de Vossa Excelência para que decida o que for de direito.

Brasília, 4 de fevereiro de 1997.

as.) Maria Lucia Fernandes Melo

Oficial de Gabinete.»

6. Trago, então, os autos à consideração da E. Turma, para o exame da Questão de Ordem.

É o Relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sydney Sanches (Relator): 1. Após o processamento do pedido de **Habeas Corpus**, recebi os autos, já com o parecer do Ministério Público federal, em data de 21 de agosto de 1996 (fl. 412).

No dia 26 do mesmo mês e ano, o Advogado **Daniel Leon Bialski** telefonou para meu Gabinete, comunicando à Oficial Maria Lúcia Fernandes Melo que pretendia fazer sustentação oral, sendo, então, por ela informado de que «seria avisado, com antecedência, da data do julgamento», como se verifica à fl. 437.

2. Trata-se de praxe correntia no Supremo Tribunal Federal, ao menos desde 31-8-1984, quando passei a integrá-lo, sobretudo quando se trate de Advogado sediado fora de Brasília, como é o caso do referido impetrante. Obviamente, para se evitar que o Advogado perca a viagem, vindo a Brasília para a sustentação oral, na 1ª sessão seguinte à conclusão dos autos ao Relator, quando este, eventualmente, ainda não tenha preparado o voto.

É uma praxe decorrente de relações de cortesia entre o Juiz e o Advogado, que o Estatuto da OAB estimula, mas, repito, é uma praxe.

3. Depois de apresentada a petição de fls. 426/428, ora sob exame, lembrei-me de que, quando os autos estavam conclusos em meu Gabinete, já com o parecer da PGR (fls. 407/410), foi colocada uma papeleta grampeada à capa de autuação, com anotação de que o referido Advogado pretendia fazer sustentação oral, mencionando-se, na ocasião, seu telefone, para o aviso prometido.

4. Seguiram-se, porém, meus despachos de fls. 412 e 417, pelos quais determinei a requisição dos autos da Revisão Criminal à Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

5. Enquanto o processo seguia seus trâmites com a expedição de ofícios e telex, para tal fim (fls. 412/419), desprendeu-se da capa da autuação a referida papeleta, com lembrete sobre o propósito do Advogado de fazer sustentação oral.

6. Assim, quando os autos me voltaram conclusos, após a chegada e o apensamento dos autos da Revisão Criminal, tal papeleta ali já não se encontrava.

7. Foi por isso e também porque deslembrado, naquela ocasião, de ter sido comunicado o propósito de sustentação oral, que trouxe o pedido de **Habeas Corpus**

para julgamento, sendo ele indeferido por votação unânime, o que evidencia o prejuízo do paciente, já que seu Advogado, em face das circunstâncias referidas, não pôde fazer a pretendida sustentação oral.

8. Sendo assim, diante das peculiarísimas circunstâncias do caso, resolvo a questão de ordem, anulando o julgamento referido, para que a outro se proceda, propiciando-se ao Advogado do paciente a oportunidade de fazer a sustentação oral que, a tempo, manifestou o propósito de produzir.

9. Nesse sentido é meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão: Senhor Presidente, depois de muito vacilar, fixei-me na conveniência do indeferimento, para que uma mera gentileza da parte do Relator não se institucionalize como fonte de direito do advogado.

EXTRATO DA ATA

HC 74.179 (Questão de ordem) — SP — Red. p/ o acórdão: Min. Ilmar Galvão. Pacte.: Jose Clailton da Costa. Imptes.: Helio Bialski e outro. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma, resolvendo questão de ordem, não acolheu o pedido de nulidade do julgamento. Vencidos os Senhores Ministros Sydney Sanches (Relator) e Octavio Gallotti. Redator para o acórdão o Senhor Ministro Ilmar Galvão.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello e Ilmar Galvão. Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Frauzino Pereira.

Brasília, 4 de fevereiro de 1997 — Ricardo Dias Duarte, Secretário.

HABEAS CORPUS Nº 74.508 — PA
(Primeira Turma)

Relator: O Sr. Ministro Ilmar Galvão

Paciente: Gleison Souza Costa — Impetrante: Humberto Feio Boulhosa — Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Pará

Habeas Corpus. ***Apelação. Termo nos autos. Razões. Prazo.***

A falta de assinatura do termo de apelação pelo representante do Ministério Público não torna imprestável a peça, se da mesma constou a assinatura do escrivão e do juiz, o que lhe emprestou validade e sanou o ato. Ademais, ainda que de irregularidade se tratasse, não conduziria à nulidade do processo.

A apresentação tardia das razões de apelação não é motivo impeditivo para o julgamento do recurso, segundo decorre da regra do art. 600 do Código de Processo Penal.

***Habeas corpus* indeferido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de «habeas corpus».

Brasília, 29 de abril de 1997 — **Moreira Alves**, Presidente — **Ilmar Galvão**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão (Relator): O advogado Humberto Feio Boulhosa impetra **habeas corpus**, em favor de Gleison Souza Costa, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, que cassou decisão do Tribunal do Júri, em apelação interposta pelo Ministério Público Estadual, sob o fundamento de ser contrária à prova dos autos a desclassificação para homicídio culposo promovida pelo Conselho de Sentença.

Sustenta a nulidade do acórdão, visto que o representante do Ministério Público não assinou o Termo de Apelação, além de haver ofertado as razões recursais três meses após o julgamento.

As informações requisitadas à autoridade foram prestadas, após sucessivas reiterações.

A Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Edinaldo de Holanda Borges, opinou pelo indeferimento da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão (Relator): Este **habeas corpus** impugna o acórdão que anulou a sentença que reconhecera a ocorrência de homicídio culposo e mandou o paciente a novo júri, alegando que o representante do Ministério Público não assinara o Termo de Apelação e ofertara as razões recursais extemporaneamente.

Trata-se de questionamentos que, à vista as circunstâncias, não apontam qualquer nulidade.

No caso concreto, o representante do Ministério Público manifestou o recurso de apelação, por termo nos autos, não havendo efetivamente assinado o respectivo termo, do qual constou, entretanto, a assinatura do escrivão e do juiz (fl. 10), o que emprestou validade e sanou o ato, como entendeu o parecer da Procuradoria-Geral da República, que se reportou à lição de Damásio de Jesus (Código de Processo Penal Anotado, 11ª ed., p. 383), para quem «quando induvidosa a inconformidade com a sentença e tempestiva a manifestação de vontade, ele deve ser recebido».

De qualquer modo, ainda que de irregularidade se tratasse, não conduziria à nulidade do processo.

Com relação ao oferecimento das razões recursais fora do prazo legal, tal circunstância não constitui impedimento para o julgamento do recurso, como decorre do art. 601 do Código de Processo Penal, segundo o qual, findos os prazos para razões, os autos serão remetidos à instância, com ou sem elas.

Ademais, já se firmou no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que não é motivo impeditivo do conhecimento do recurso de apelação a apresentação de razões após escoado o prazo previsto no art. 600 do Código de Processo Penal (**Habeas Corpus** nºs 63.591 — DJ 23-5-86; 68.344 — RTJ 137/234 e 68.944 — RTJ 146/842).

Em tais condições, indefiro o **writ.**

EXTRATO DA ATA

HC 74.508 — PA — Rel.: Min. Ilmar Galvão. Pacte.: Gleison Souza Costa. Impte.: Humberto Feio Boulhosa. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de «habeas corpus». Unânime.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello e Ilmar Galvão. Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Frauzino Pereira.

Brasília, 29 de abril de 1997 — Ricardo Dias Duarte, Secretário.

HABEAS CORPUS Nº 75.088 — PR
(Primeira Turma)

Redator p/o acórdão: O Sr. Ministro Ilmar Galvão

Paciente: José Jorge Cavalcante Nascimento — Impetrante: Miguel Martin Fernandez — Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Habeas corpus. ***Paciente condenado como incurso nas penas do art. 213 c/c os arts. 214, 224, a, 226, III, do Código Penal. Alegação de Exacerbação indevida da pena, com base no art. 226, III, quando já estava judicialmente separado, e continuidade punida no limite máximo do art. 71, sem fundamentação.***

Procedência da alegação, no que tange à continuidade, cuja punição se revelou exacerbada, tendo em vista não passarem de dois os delitos cometidos pelo paciente; o mesmo não ocorrendo com o aumento de pena do art. 226, III, que, no caso, é justificado não pela irreparabilidade do dano pela impossibilidade do casamento, posto que se trata de vítima de pouca idade, mas em face do maior grau de reprovabilidade que inspira, em situações da espécie, a conduta de quem já teve família constituída.

Habeas corpus **parcialmente deferido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, deferir, em parte, o pedido de «habeas corpus», nos termos do voto do Ministro Ilmar Galvão. Vencido o Ministro Octavio Gallotti, Relator, que o deferia em parte, porém, em maior extensão.

Brasília, 24 de junho de 1997 — **Moreira Alves**, Presidente — **Ilmar Galvão**, Redator p/o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Octavio Gallotti: Foi a questão assim exposta no parecer do nobre órgão do Ministério Público Federal, ao preconizar que, do pedido, não se venha a conhecer:

«Trata-se de **habeas corpus** impetrado pelo advogado Miguel Martin Fernandez, em benefício de José Jorge Cavalcante Nascimento, alegando e requerendo o seguinte:

a) o paciente foi denunciado perante o Juízo de Direito da Décima Primeira Vara Criminal da comarca de Curitiba-PR como incurso nas penas do artigo 213, combinado com o artigo 214 e, ainda, as regras dos artigos 224, alínea **a**, 226, inciso III, e 69, todos do Código Penal (fls. 10/12) sendo, ao final, condenado à pena de onze anos e três meses de reclusão, reconhecida a continuidade delitiva, nos termos da sentença de fls. 94/98;

b) inconformado com a condenação, apelou para o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, requerendo a absolvição por insuficiência probatória (fls. 103/105). A Segunda Câmara Criminal daquele Órgão Colegiado, à unanimidade de votos, negou provimento ao recurso consoante decisão de fls. 132/135;

c) espera a concessão da ordem para anular a decisão condenatória, ao fundamento de que a pena foi irregularmente exacerbada, com base no artigo 226, inciso III do Código Penal, sendo que o paciente já estava separado judicialmente, conforme atesta certidão de casamento à fl. 51. Por outro lado, sustenta que o reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos previstos nos artigos 213 e 214 do Código Penal deveria ensejar aumento de um sexto na pena, diferentemente do aumento da metade fixado pelo Juiz.

2. O presente **Habeas Corpus** não deve ser conhecido.

3. É que as teses levantadas na impetração não foram objeto de debate e decisão por parte do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná ao julgar a apelação da defesa, que se limitou ao pedido de absolvição por insuficiência probatória, conforme se vê às fls. 103/105.

4. Assim, o Supremo Tribunal Federal não pode, em primeira mão, examinar as circunstâncias que ensejaram a aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no artigo 226, inciso III, do Código Penal, bem como reavaliar os critérios que motivaram o Juiz de Primeiro Grau a aumentar a pena pela continuidade delitiva, sob pena de supressão de instância, valendo transcrever decisões do Supremo Tribunal Federal nesta linha:

«**Ementa**: ***Habeas Corpus*. Fixação da pena: ausência de ilegalidade. Continuidade delitiva: tema não apreciado em segunda instância.**

I — Alegação inconsistente de insuficiência de fundamentação da pena-base. Fixação da pena na conformidade dos critérios legais.

II — O tema da continuidade delitiva não foi apreciado pelo Tribunal **a quo**. Eventual ilegalidade atribuída a autoridade não sujeita à jurisdição do STF. Pedido, no ponto, não conhecido.

Ordem indeferida.» (**HC 71.924/PR — Rel. Min. Francisco Rezek — DJ 19-5-95 — p. 13997).**

«**Ementa: Penal. *Habeas corpus*. Suspeição. Impedimento. Apelação restrita. Não-conhecimento.**

As matérias articuladas neste **habeas corpus** não foram objeto de impugnação na apelação, o que in-

viabiliza o seu conhecimento, de acordo com a jurisprudência atualizada na Corte (HC nº 71.456, com ampla indicação de precedentes).

Habeas corpus não conhecido.» **(HC 71.458-7/SP — Rel. Min. Ilmar Galvão — DJ 24-2-95 — p. 3676).**

5. Diante do exposto, somos pelo não-conhecimento do presente **Habeas Corpus.**

É o parecer.» (Fls. 170/2)

Solicitado a emitir parecer de mérito, reiterou o eminente Subprocurador-Geral da República **Mardem Costa Pinto,** nos mesmos termos, a preliminar suscitada no pronunciamento anterior, manifestando-se em seguida, como abaixo reproduzido:

«5. Caso a preliminar de não-conhecimento seja ultrapassada, opinamos pela concessão parcial da ordem.

6. Não merece guarida a alegação de nulidade da sentença condenatória por aplicar a causa de aumento de pena prevista no artigo 226, inciso III do Código Penal.

7. Embora a defesa alegue que o paciente encontrava-se separado judicialmente à época do cometimento do ilícito, conforme atesta a averbação constante da certidão de casamento de fl. 51, o certo é que a separação judicial não é suficiente para afastar a aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso III do artigo 226 do Código Penal.

8. É que a razão da majorante está na impossibilidade do agente reparar o dano por eventual e subseqüente matrimônio com a vítima. Portanto, ainda no caso do agente estar separado judicialmente, aplica-se a causa de aumento de pena, tendo em vista que a separação judicial não rompe o vínculo conjugal a possibilitar novo casamento, o que somente seria possível após o divórcio.

9. No caso em tela, a eventual reparação do mal causado encontraria um outro obstáculo: a pouca idade da vítima, por tratar-se de menor com três anos de idade. De qualquer forma, tal circunstância não afasta a incidência da causa de aumento de pena prevista no artigo 226, III, do Código Penal, bastando transcrever a lição de Damásio E. de Jesus **in** «Direito Penal — Parte Especial — 3º volume, 5ª edição — 1988, Editora Saraiva, página 138:

«Finalmente, constitui causa de aumento de pena a circunstância de o agente ser casado. Os fundamentos desta causa de aumento de pena estão na impossibilidade de o sujeito ativo reparar o mal causado pelo casamento e na violação dos deveres especiais do matrimônio. Por isso, a agravação específica da pena incide na hipótese de serem do mesmo sexo os sujeitos do fato **ou de a vítima não poder casar-se por qualquer causa** (já ser casada, ser parente do agente, **ter pouca idade, etc.**), tendo em vista o segundo fundamento.

E se o agente for separado judicialmente? Vigora a majorante. Se o agente é divorciado, a causa de aumento de pena não tem aplicação.» (grifamos)

10. E ainda E. Magalhães Noronha, na obra «Direito Penal» — volume 3º — 19ª edição — 1988, Editora Saraiva, página 235:

«Todavia não cremos ser a impossibilidade de casamento a razão única da majoração penal. A agra-

vante aplica-se a todos os crimes dantes definidos e dentre eles há os que podem ter como protagonistas pessoas do mesmo sexo, **v.g.** o atentado ao pudor. Não nos parece que em tal hipótese não existe aumento de penalidade. Mais do que o solteiro, incumbe-lhe a observância dos bons costumes. Tendo constituído um lar, sendo esposo e pai, melhor avaliará as conseqüências do ato, quer no que toca a sua família, quer à da vítima. A austeridade de costumes no casado não é a mesma do solteiro, muita vez sem lar e sem vida em família. Em matéria de costumes, compete àquele precipuamente sua defesa, em nome de interesses da sociedade, da qual sua própria família, como a da vítima, é parte integrante. Seu ato, pois, como revelar maior periculosidade, fere mais fundo o mínimo ético necessário ao convívio social e tem conseqüências mais graves, donde, a nosso ver, justa será pena mais severa.»

11. A tese acima sustentada encontra apoio em parte da jurisprudência, como se vê abaixo:

«**Ementa: Crime contra os costumes** — Pena — Circunstância agravante — Aumento por ser o réu casado — Irrelevância de estar separado judicialmente — Fundamentação na impossibilidade de o agente reparar o mal pelo subseqüente matrimônio, mesmo havendo, em tese, a possibilidade de eventual e futuro divórcio — Inteligência do art. 226, III, do CP — Declaração de voto.» (**RT 631/301 — TJSP**).

«**Ementa: Crime contra os costumes** — Pena — Circunstância agravante — Agente casado — Condição reconhecida, ainda que separado judicialmente — Causa de aumento somente elidível pelo divórcio, com o desfazimento do vínculo conjugal — Declaração de voto.» (**RT 645/279 — TJSP**).

12. Por outro lado, merece guarida a alegação de que o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes previstos nos artigos 213 e 214 do Código Penal deveria ensejar, na hipótese, aumento de um sexto na pena, diferentemente do aumento da metade fixado pelo Juízo de Primeiro Grau e mantido na apelação.

13. O critério adotado para o cálculo do aumento da pena, em razão da continuidade delitiva, rege-se, principalmente, pelo número de infrações praticadas pelo agente. No caso concreto, tendo ocorrido dois crimes, o acréscimo mais justo seria o de um sexto ante a ausência de circunstância outra a ensejar acréscimo mais severo.

14. Diante do exposto, somos, em preliminar, pelo não-conhecimento da impetração, eis que as alegações ora formuladas não foram objeto de análise e decisão por parte do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E, no mérito, caso seja ultrapassada a preliminar de não-conhecimento, opinamos pela concessão parcial da ordem, tão-somente para reduzir o aumento de pena decorrente da continuidade delitiva, que fica limitado a um sexto.

É o parecer.» (Fls. 177/80)

É o Relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Octavio Gallotti (Relator): Embora não se haja nela especificamente suscitado nenhum dos fundamentos

do presente **habeas corpus**, foi total a apelação do ora paciente, ao postular a sua absolvição.

Era pleno, portanto, o efeito devolutivo do recurso, diversamente do que teria sucedido em apelação contra veredicto do Tribunal do Júri, espécie a que se refere o precedente desta Turma, citado no parecer (HC 71.458), e onde está restrito, o âmbito do julgamento de instância superior, ao exame da fundamentação oferecida pelo apelante, limitação que não se impõe no caso presente.

Noto, mais, que, tal como a crítica à dosagem do acréscimo pela periculosidade, também a objeção concernente ao estado civil do agente era já susceptível de avaliação, quando do julgamento da apelação, em face da certidão apresentada, ainda perante o Juízo da Décima Primeira Vara Criminal da Comarca de origem (cfr. carimbo aposto ao documento de fl. 51, na origem fl. 43), circunstância que tornava possível, em tese, a concessão de **habeas corpus**, pela Câmara, quando verificada a ilegalidade da fixação da pena.

A preliminar sustentada pela douta Procuradoria-Geral da República, embora não chegue a igualá-la em rigor, participa da natureza do requisito do prequestionamento, que tem sido sempre recusado, em sede de **habeas corpus**, pela tradição do magistério do Supremo Tribunal.

Rejeito, portanto, a preliminar suscitada no parecer, com a devida vênia de seu eminente prolator.

No mérito, recordo que se acha o paciente condenado, pela prática dos crimes previstos nos artigos 213 e 214 do Código Penal, à pena-base de seis anos, cumulativamente acrescida:

a) de um meio pela continuidade (art. 71 do CP);

b) de mais um quarto, por ser casado (art. 226, III, do CP).

Em quantidade absoluta se traduz, essa condenação, na soma de seis anos, com mais três e mais dois anos e três meses, totalizando onze anos e três meses de reclusão.

No tocante ao acréscimo pela continuidade, ponho-me de acordo com a proposta de exclusão, advinda do parecer, tendo em vista não passarem de dois os delitos cometidos, o que só justifica a fixação, em grau mínimo, da exacerbação pela continuidade. Essa tem sido a orientação do Supremo Tribunal, como se demonstra pela menção, entre outros, dos acórdãos desta Turma, no HC 72.959, de que fui Relator (DJ 1°-3-96) e no HC 69.437, relatado pelo eminente Ministro **Carlos Velloso** (RTJ 143/215).

Questão mais delicada é a concernente à causa de aumento estipulada no art. 226, III, do Código Penal, ou seja, ser o agente casado, pois, tendo sido o crime cometido em 1992, era o paciente separado judicialmente, por sentença de 9 de novembro de 1988, devidamente averbada no registro civil, como faz prova a certidão trasladada à fl. 51.

É uma constante, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, como bem anota o parecer, a informação de que reside, a razão de ser do acréscimo em questão, na impossibilidade da reparação do mal pelo casamento.

Mas não vejo como abstrair um segundo fundamento, o da maior reprovabilidade decorrente dos deveres inerentes ao estado de casado do ofensor. Explica-o judiciosamente **Celso Delmanto** em artigo publicado na «Revista dos Tribunais», n° 567, de janeiro de 1983:

«4. A razão de ser do dispositivo

Cremos que se revelaria infrutuosa e desnecessária a sua pesquisa em legis-

lações estrangeiras, mesmo porque essa causa de aumento da pena já existe, entre nós, há 40 anos e é dentro da sistemática penal brasileira que a solução deve ser encontrada.

A disposição contida no art. 226, III, não é, certamente, graciosa e tem a sua razão de ser.

A nosso ver, porém, ela não possui fundamento único, sendo **dupla** a sua motivação.

Um dos seus motivos prende-se à irreparabilidade do dano, pela impossibilidade de casamento. Tratando-se de agente já casado, não pode ele, obviamente, contrair matrimônio com a vítima.

Como se sabe, o legislador penal brasileiro sempre considerou relevante o subseqüente casamento da vítima com seu ofensor. Nos mesmos crimes em que é aplicável a causa de aumento aqui tratada, o matrimônio da ofendida com o agente acarreta a extinção da punibilidade, seja ante, durante ou após a ação penal.

Além disso, nos delitos de rapto (violento, fraudulento ou consensual), a simples finalidade de casamento é elevada a causa de diminuição da pena, cabível ainda que tal propósito não venha a se efetivar.

Dentro desse contexto, nada mais natural que os autores de nossa lei penal tivessem erigido em causa de aumento da pena a mera condição de casado do agente, pela impossibilidade deste casar-se com a vítima.

Ao lado desse fundamento, há outro que não se pode desprezar.

Muito provavelmente, na redação do Código Penal, considerou-se como imoralidade de maior grau a conseqüente de o crime ser praticado por quem, sendo casado, presume-se possuir lar constituído, manter vida sexual normal com o cônjuge e ter certos deveres para com este.

Em vista do já anotado realce dado ao casamento — celebrado a qualquer tempo ou apenas objetivado em alguns delitos — compreende-se que tal aspecto também haja sido considerado na elaboração do dispositivo. Pela importância atribuída ao matrimônio no capítulo dos crimes sexuais, haveria coerência em se reputar mais grave o seu cometimento pelo agente casado.

Dentro de nossa sistemática penal e considerando, particularmente, o tratamento dispensado aos delitos contra os costumes, não encontramos outros fundamentos — além da dupla motivação que apontamos — capazes de justificar a causa de aumento da pena em questão.» (Revista citada, pp. 276/7)

Dessas premissas, extrai o autor as seguintes conseqüências, para a hipótese que ora especificamente interessa, isto é, a do agente judicialmente separado:

«**5.1. Agente desquitado**

Ao autor separado litigiosa ou consensualmente (desquitado) entendemos que não deve ser aplicada a causa de aumento inserida no art. 226, III, do diploma legal.

Três são as razões do nosso posicionamento.

Como a lei penal supõe o conhecimento de seus preceitos por todas as pessoas, indistintamente, o vocábulo «casado» deve ser interpretado em sua significação usual, corriqueira e trivial, a qual não abrange a pessoa desquitada ou judicialmente separada. Na linguagem comum, «casado» e «desquitado» são palavras com significados bem diferentes.

Com a instituição do divórcio no Brasil, em dezembro de 1977, ficou eliminada a impossibilidade de o agente desquitado casar-se de novo, pois há dissolução da sociedade conjugal.

Por outro lado, sendo separado, o agente não tem — nem presumivelmente — o lar constituído, a vida sexual e os deveres para com o cônjuge, que servem de derradeiro fundamento ao dispositivo penal.

Assim, o desquitado não é alcançado por qualquer dos dois motivos que podem justificar a causa de aumento da pena.

Consigne-se que a segunda das razões invocadas neste posicionamento encontra respaldo na opinião de Magalhães Noronha (**Direito Penal**, vol. III/238, 1979) e no voto vencido do Des. Onei Raphael (**RT** 540/289).» (Artigo e Revista citados, p. 277)

Confira-se a citada ponderação de **Noronha** que, na edição de 1982 (Saraiva), imediatamente precede o trecho transcrito no parecer:

«**851. Réu casado.** É a derradeira agravação. Já a previra a lei anterior. Seu fundamento reside na impossibilidade de o réu reparar o mal pelo casamento.

O desquitado, não podendo casar novamente, pois nossa lei não conhecia o divórcio a vínculo, *mas* apenas o canônico (**quod thorum et habitationem**), praticando um crime carnal, teria contra si a agravante, o que não mais ocorre, em face da nova legislação que cuida da dissolução da sociedade conjugal e do casamento (Lei nº 6.515, de 26-12-1977).»

Acolhendo o magistério esposado por essa doutrina, julgo incabível, no caso, o aumento de pena imputado ao paciente com base no art. 226, III, do Código Penal.

Ante o exposto, defiro, em parte, o pedido para reduzir a (1) ano o acréscimo pela continuidade (art. 71 do Código Penal) e excluir a causa de aumento referente ao item III do art. 226 do Código Penal.

Fica, assim, fixada em (7) sete anos o total da pena de reclusão a que se acha condenado o paciente, não cabendo a solicitada expedição de alvará de soltura, por haver ainda pena a cumprir, datando a custódia de 30 de outubro de 1992 (fl. 163).

VOTO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão: Senhor Presidente, peço vênia ao eminente Relator para, deferindo, por igual, em parte, o **habeas corpus**, fazê-lo tão-somente para excluir da pena aplicada ao paciente o acréscimo referente à continuidade (art. 71 do Código Penal).

Mantenho a causa de aumento relativo ao item III do art. 226 do mesmo Código, que entende inafastável em razão da pouca idade da vítima.

EXTRATO DA ATA

HC 75.088 — PR— Red. p/o acórdão: Min. Ilmar Galvão. Pacte.: José Jorge Cavalcante Nascimento. Impte.: Miguel Martin Fernandez. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma deferiu, em parte, o pedido de «habeas corpus», nos termos do voto do Ministro Ilmar Galvão. Vencido o Ministro Octavio Gallotti, Relator, que o deferia em parte, porém, em maior extensão. Redator para o acórdão o Ministro Ilmar Galvão. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Sepúlveda Pertence.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Bras Lucas.

Brasília, 24 de junho de 1997 — Ricardo Dias Duarte, Secretário.

HABEAS CORPUS Nº 77.734 — SC
(Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Néri da Silveira

Paciente: Marcelino Eduardo Britapaja — Impetrante: Jorge Ricardo Silva — Coator: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

***Habeas Corpus*. 2. Anistia criminal. 3. Paciente condenado como incurso no art. 95, letra *d*, da Lei nº 8.212, de 1991, a dois anos e quatro meses de reclusão, «pela prática do delito de omissão de repasse de contribuições previdenciárias aos cofres autárquicos». 4. *Habeas corpus* requerido em favor do paciente para que seja beneficiado pelo parágrafo único do art. 11, da Lei nº 9.639, publicada no Diário Oficial da União de 26 de maio de 1998, em virtude do qual foi concedida anistia aos «responsabilizados pela prática dos crimes previstos na alínea *d* do art. 95 da Lei nº 8.212, de 1991, e no art. 86 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960». 5. O art. 11 e parágrafo único foram inseridos no texto da Lei nº 9.639/1998, que se publicou no Diário Oficial da União de 26-5-1998. Na edição do dia seguinte, entretanto, republicou-se a Lei nº 9.639/1998, não mais constando do texto o parágrafo único do art. 11, explicitando-se que a Lei foi republicada por ter saído com incorreção no Diário Oficial da União de 26-5-1998. 6. Simples erro material na publicação do texto não lhe confere, só por essa razão, força de lei. 7. Caso em que o parágrafo único aludido constava dos autógrafos do projeto de lei, que veio assim a ser sancionado, promulgado e publicado a 26-5-1998. 8. O Congresso Nacional comunicou, imediatamente, à Presidência da República o fato de o parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639/1998 não haver sido aprovado, o que ensejou a republicação do texto correto da Lei aludida. 9. O dispositivo padecia, desse modo, de inconstitucionalidade formal, pois não fora aprovado pelo Congresso Nacional. 10. A republicação não se fez, entretanto, na forma prevista no art. 325, alíneas *a* e *b*, do Regimento Interno do Senado Federal, eis que, importando em alteração do sentido do projeto, já sancionado, a retificação do erro, por providência do Congresso Nacional, haveria de concretizar-se, «após manifestação do Plenário». 11. Hipótese em que se declara, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639/1998, com a redação publicada no Diário Oficial da União de 26 de maio de 1998, por vício de inconstitucionalidade formal manifesta, decisão que, assim, possui eficácia *ex tunc*. 12. Em conse-**

qüência disso, indefere-se o *habeas corpus*, por não ser possível reconhecer, na espécie, a pretendida extinção da punibilidade do paciente, com base no dispositivo declarado inconstitucional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, «indeferir» o «habeas corpus» e «declarar» a «inconstitucionalidade» do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639, em sua publicação no Diário Oficial da União de 26-5-1998, explicitando-se que a declaração tem efeitos «ex tunc».

Brasília, 4 de novembro de 1998 — **Carlos Velloso**, Presidente — **Néri da Silveira**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Relator): Cuida-se de ordem de **habeas corpus**, com pedido de medida liminar, impetrada pelo Dr. Jorge Ricardo da Silva, em favor de Marcelino Eduardo Britapaja, condenado, em primeira instância, a 3 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 37 dias-multa, por infringir o art. 95, letra **d**, da Lei nº 8.212, de 1991, com as penas do art. 5º, da Lei nº 7.492, de 1986, em continuidade delitiva, uma vez que não repassou aos cofres públicos as parcelas recolhidas, em folha de pagamento, relativas aos descontos das contribuições previdenciárias dos empregados.

Em que pese ter o Tribunal Regional Federal de 4ª Região, em grau de apelação, reduzido a pena para 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, além de 10 dias-multa, alega o impetrante, pedindo o trancamento da ação penal, que o constrangimento ilegal imposto ao paciente consiste no fato de não ter sido aplicado o disposto no parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639, publicada a 26 de maio de 1998, pelo qual restaram anistiados os crimes tipificados no art. 95, letra **d**, da citada Lei nº 8.212/91. Aduz o impetrante que o fato de a referida Lei nº 9.639, de 1998, ao ser republicada, em 27 subseqüente, ter excluído o parágrafo único do art. 11, que propiciou a anistia, não implica excluir o paciente do benefício, uma vez que, havendo vigorado por um dia, aplicáveis ao caso são os arts. 2º, do Código Penal, e 1º, §§ 3º e 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como o art. 5º, item XL, da Constituição.

Requisitadas as informações, vieram ao feito com o ofício de fls. 36/37, do ilustre Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nestes termos:

> «Em atenção ao contido no ofício nº 1.348/R, recebido em 20-8-98, relativo ao **Habeas Corpus** em epígrafe, tenho a honra de prestar as seguintes informações:
>
> O paciente Marcelino Eduardo Britapaja foi condenado definitivamente por este Tribunal à reprimenda de dois anos e quatro meses de reclusão, e dez dias-multa, em regime fechado, pela prática do delito de omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias, **ex vi** do artigo 95, alínea **d**, da Lei nº 8.212/91.
>
> A decisão prolatada por esta Corte, no **Habeas Corpus** nº 1998.04.01.018902-9/SC e na Apelação Criminal nº 1998.04.01.012630-5/SC, manteve o regime fechado para o cumprimento da pena, em função da peculiar situação do

réu, estrangeiro em situação irregular no País, vez que aqui ingressou na condição de turista, sem vínculos no Brasil, assim como também pela presunção de provável evasão do território nacional, em caso de soltura.

Em anexo, cópia do inteiro teor dos acórdãos prolatados.

Essas, Senhor Ministro, as informações que me cabia prestar.»

Decidindo acerca da cautelar, exarei o despacho de fl. 50, indeferindo o pedido, em face dos termos das informações e documentos com que instruídas.

Oficiando nos autos, opinou a Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 67/71, pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Relator): A condenação do paciente em decisão de primeiro grau foi confirmada pelo acórdão do TRF-4ª Região, de 23-6-1998, relator o Juiz Gilson Dipp, hoje ilustre Ministro do colendo Superior Tribunal de Justiça, em longo voto de fls. 45/49. A Corte, ora indicada coatora, na linha do voto do Relator, proveu, apenas, em parte, o recurso do réu, para «reduzir a reprimenda a 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e 10 (dez) dias-multa, no valor arbitrado na sentença recorrida».

Quanto à materialidade e autoria do delito, o voto anotou (fls. 45/46):

«Trata-se de recurso contra sentença que condenou o apelante, de nacionalidade estrangeira e que se encontra preso, pela prática do delito de omissão de repasse de contribuições previdenciárias aos cofres autárquicos.

Em razões de apelação, a defesa sustenta, em síntese: tese negativa de autoria; dificuldades financeiras, e, ainda, redução da reprimenda, com alteração do regime fechado, imposto em 1° grau, para o aberto.

Relativamente à negativa de autoria, tenho que a mesma encontra-se suficientemente demonstrada pelo MM. Juiz **a quo**, razão pela qual adoto a fundamentação monocrática nesse sentido (fls. 284/286).

Como bem ressaltado pelo órgão do **parquet**, a administração da empresa ficou demonstrada pelos depoimentos uníssonos dos co-réus, sendo que não logrou a defesa infirmar a presumida responsabilidade administrativa do acusado, possível através da apresentação de documentos hábeis para tanto. Sendo esse ônus da defesa, a teor do disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal, e não tendo sido efetuada, merece acolhimento a tese da denúncia, com relação à responsabilidade do ora recorrente» (fls. 325/326).

Quanto à alegação de dificuldades financeiras da empresa, como causa supralegal excludente de culpabilidade, os precedentes deste Tribunal são no sentido de que o contribuinte não pode se eximir de recolher as contribuições de lei em prejuízo da receita pública, excetuando-se os casos de prova documental incontestável e amplamente demonstrativa de invencíveis dificuldades financeiras da empresa.

Procedido exame nos autos, verifico que não há a efetiva comprovação de tais dificuldades, relativamente à empresa em questão e no período descrito na peça pórtica. Aliás, como bem ressaltado pelo i. Representante do **parquet**, cujas razões adoto: «O réu juntou

com o recurso certidão que demonstra ter sido a empresa executada judicialmente em período coincidente com o denunciado. Contudo, não há notícia do resultado das mesmas, sendo de todo frágil a prova apresentada. Também, não há nos autos qualquer documento contábil, assinado por profissional habilitado, apto a demonstrar a difícil situação financeira por que passou a empresa à época» (fl. 327).

Na ausência de provas amplamente demonstrativas das dificuldades financeiras, supõe-se a higidez financeira da empresa, restando descaracterizada a excludente de culpabilidade — inexigibilidade de conduta diversa.

A condenação, nos termos suso expostos, mostrou-se imperiosa, porque comprovadas materialidade e autoria, e ausente qualquer excludente de ilicitude ou culpabilidade.»

Como se vê, a **quaestio juris** concernente à anistia da Lei nº 9.639, de 25-5-1998, publicada no DO de 26 do mesmo mês, art. 11 e parágrafo único, não foi objeto do acórdão da Corte Federal de segundo grau.

Na publicação de 26-5-1998, consta do art. 11 e parágrafo único do diploma referido, **verbis**:

«Art. 11. São anistiados os agentes políticos que tenham sido responsabilizados, sem que fosse atribuição legal sua, pela prática dos crimes previstos na alínea **d** do art. 95 da Lei nº 8.212, de 1991, e no art. 86 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960.

Parágrafo único. São igualmente anistiados os demais responsabilizados pela prática dos crimes previstos na alínea **d** do art. 95 da Lei nº 8.212, de 1991, e no art. 86 da Lei nº 3.807, de 1960.»

Está no art. 14 da Lei nº 9.639/1998: «Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação».

O art. 11 e parágrafo único transcritos foram inseridos no texto da Lei nº 9.639/1998, que dispõe sobre amortização e parcelamento de dívidas oriundas de contribuições sociais e outras importâncias devidas ao Instituto Nacional da Previdência Social — INSS, altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambos de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. O texto referido publicou-se na edição de 26-5-1998 — nº 98, Seção I, p. 3.

Dá-se, porém, que, no dia seguinte, edição de 27 de maio de 1998, nº 99, o Diário Oficial da União republicou, na Seção I, pp. 1/3, o texto da Lei nº 9.639/1998, dele não mais constando o parágrafo único do art. 11 acima transcrito.

Esclareceu-se que a Lei foi republicada «por ter saído com incorreção no DO de 26-5-98, Seção I» (p. 3).

Anteriormente ao acórdão, que é de 23-6-1998, a Juíza Federal Dra. Sílvia Maria Rocha, de São Paulo, a 17-6-1998, sustentou a extinção da punibilidade de réu, que julgou, em decisão invocada na inicial, de que destaco estes passos (fls. 17/21), **verbis**:

«Os esclarecimentos veiculados a respeito da publicação e republicação da Lei nº 9.639, no sentido de que foi constatada inexatidão material no texto publicado em 26-5-98, já que o projeto inicial teria sido aprovado sem a inclusão do parágrafo único do art. 11, não superam e não encerram a questão central do problema: o **erro publicado**, frente ao sistema constitucional legal no qual se insere, é ou não hábil a produzir conseqüências jurídicas?

Verifica-se que o **erro** dispõe sobre matéria penal, mais especificamente, sobre anistia.

A Constituição Federal, ao instituir as garantias e direitos fundamentais da pessoa humana, consagrou, dentre outros, no âmbito penal, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Alberto Silva Franco, **in** Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial (6ª edição — Ed. Revista dos Tribunais — São Paulo — fls. 76/78), ensina:

«... Desta forma a retroatividade penal benéfica, enquanto princípio constitucional, não pode ser limitada pela lei e é dotada de eficácia imediata. Assim, quando o legislador ordinário, em lei posterior ao fato criminoso, defere ao réu ou ao condenado posição mais favorável, é evidente que o dispositivo beneficiador constante da lei sancionada, promulgada e publicada deve ser, em respeito ao princípio constitucional, de cogente e imediata aplicação. (...) O efeito retroativo da norma penal benévola, determinado em nível constitucional, parte, portanto, da publicação da lei sucessiva ao fato criminoso, lei essa que está desde então, por existente no mundo jurídico, dotada de imediata eficácia e que não pode ser obstaculizada por nenhum outro motivo. (...) Adauto Suannes, após rememorar lição de Pontes de Miranda, segundo a qual a lei, desde que exista, lei é, podendo, no entanto, fazer-se distinção conceitual entre **existência** e **incidência** da lei (Tratado — Tomo I, parágrafo 4º, nº 46) sustenta que 'quando a Constituição fala em **lei posterior**, não se refere a lei posterior **vigente**. Logo, deve-se concluir que ela alude a lei posterior **existente**. Existindo lei posterior mais benéfica, incide a norma constitucional, pois não seria aceitável que o legislador ordinário restringisse, por imprudência, imprevidência ou atrevimento, o preceito maior da norma constitucional.»

Anoto, também, por pertinentes, os comentários do mesmo autor no tocante à anistia penal:

«Nota: Anistia é ato do legislativo com que o Estado renuncia ao **jus puniendi** (...). É de atribuição do Congresso Nacional (art. 48, inc. VIII, CF), com a sanção do Presidente da República. A anistia é concedida através da lei, e esta tem o caráter de lei penal de efeito retroativo, constituindo verdadeira revogação parcial da lei anterior. «Tem caráter de generalidade, abrangendo fatos e não pessoas». Opera-se **ex tunc,** isto é, para o passado, apagando o crime, extinguindo a punibilidade e demais conseqüências de natureza penal» (Damásio E. de Jesus, Direito Penal, p. 603, 1989). «A reparação civil não é atingida pela anistia, porque a lei a esta referente só se projeta no campo penal». (...) «A anistia, que é efeito jurídico resultante de ato legislativo de anistiar, tem a força de extinguir a punibilidade, se antes da sentença de condenação; ou a punição, se depois da condenação. Portanto, é efeito jurídico, de função extintiva, no plano puramente penal (STF — Rec. 14.233-2 — RJ — Rel. Firmino Paz — DJ 26-3-82, p. 2561)» (**op. cit.** — pp. 1593/1594).

É indiscutível que na Lei nº 9.639, tal como publicada em 26 de maio de 1998, havia um parágrafo único no art. 11, que anistiava o crime da Lei nº 8.212/91, art. 95, alínea **d**. É certo

também que na publicação do dia seguinte não mais existia esse parágrafo. A justificativa foi a de que ele não deveria ter constado nos trâmites posteriores, porque seria retirado do projeto de conversão.

Ainda que se considere ter havido **erro, inexatidão material,** ou qualquer outro nome que se dê ao esdrúxulo episódio que resultou na publicação da Lei nº 9.639, de 26 de maio de 1998, não vejo como negar efeitos à existência de fato a ato que demonstrava se revestir das formalidades constitucionais previstas para seu aperfeiçoamento.

Entendimento contrário resultaria num estado permanente de insegurança quanto ao sistema legal, já que, daqui para frente, a cada nova lei, ainda que de vigência imediata, tornar-se-ia necessário aguardar determinado prazo, até que fosse efetivamente verificado se o texto submetido à sanção presidencial, sancionado sem vetos, promulgado e publicado era realmente o texto votado pelo Congresso Nacional.

Para o mínimo de garantia ao funcionamento das instituições, é necessário que se presuma que o texto de lei encaminhado pelo Congresso ao Presidente é o que foi votado. Na hipótese contrária, estará criada nova e inédita fase ao processo legislativo constitucionalmente previsto: o de conferência **a posteriori** daquilo que for publicado como **lei**, para ver se de fato é o que devia ser.

Não há dúvidas de que a questão é grave, complexa, e que precisa ser devidamente esclarecida. Contudo, não é este o foro competente para a apuração dos fatos que resultaram na publicação da Lei nº 9.639, de 26-5-98, com a inclusão do parágrafo único do art. 11.

Dentre as duas alternativas que se apresentam, a primeira, de aceitar sem que se esclareça, em procedimento próprio para tanto, o que ocorreu, e, em conseqüência, negar efeito à publicação de 26-5-98 como se nada tivesse acontecido; e a segunda, de reconhecer efeitos legais àquilo que como lei foi publicado, entendo menos danoso ao sistema jurídico pátrio que sejam reconhecidos os efeitos da Lei nº 9.639, como originalmente publicada, até sua republicação por incorreção no dia seguinte.

Assim, da interpretação sistemática das disposições contidas nos artigos 5º, XL, 48, VIII, 66, 84, IV, todos da Constituição Federal; art. 1º, parágrafos 3º e 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e art. 2º do Código Penal, concluo que os fatos tipificados no art. 95, **d**, da Lei nº 8.212/91, ocorridos até 26-5-98, foram anistiados pelo parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639, de 26 de maio de 1998.

Anoto que a anistia aqui referida é apenas e tão-somente de caráter penal, e não fiscal. O débito para com os cofres da previdência remanesce em sua inteireza, com todos os acréscimos sobre ele incidentes. Tal significa que o devedor da previdência social continuará a sê-lo e que nenhum prejuízo resultará aos cofres da previdência, pela anistia do crime previsto no art. 95, **d**, da Lei nº 8.212/91, caso a autarquia se empenhe em cobrar, administrativa ou judicialmente, aquilo que lhe é devido, como é sua obrigação. Aliás, não é demais lembrar que o processo criminal tem por finalidade a eventual imposição de pena e não a cobrança de débitos, previdenciários ou não.

Resta claro, também, que, na cobrança judicial da dívida através do pro-

cedimento próprio (execução fiscal), permanece íntegra a possibilidade do decreto de prisão civil de depositário infiel, caso venham a se aperfeiçoar os requisitos para tanto. A prisão civil do depositário infiel e a responsabilização criminal por fato tipificado no art. 95, **d**, da Lei nº 8.212/91 são de natureza e fundamentos jurídicos diversos, que não se confundem.»

Em sua obra clássica, Princípios de Direito Administrativo Brasileiro, 3ª ed., 1954, p. 40, Ruy Cirne Lima, versando sobre as fontes do direito, discorre acerca de «Os fatos com força de lei», **verbis**:

«Além da Constituição, da lei e do costume, fonte primária do Direito Administrativo são, também, os fatos com força de lei. Consistem os mais freqüentes destes nos erros de cópia ou de impressão, ocorridos na publicação da lei ou do decreto-lei, ou anteriormente na sanção daquela.

Havendo divergência entre o autógrafo sancionado de uma lei e o texto publicado, o restabelecimento do verdadeiro texto efetua-se mediante decreto do Presidente da República. Se a divergência for entre o autógrafo sancionado da lei e o que passou por aprovado pelo Poder Legislativo, a este competirá providenciar. Considerar-se-á, porém, fato consumado tudo quanto se praticou até o momento da publicação e correção do erro e só depois desta prevalecerá a lei tal qual foi aprovada e sancionada, assumindo assim caráter de lei interpretativa.»

Faz o ilustre mestre gaúcho, no ponto, remissão ao art. 1º, § 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil: «As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova», bem assim à lição de Carlos de Carvalho, **in** Nova Consolidação das Leis Civis, Porto, 1915, art. 17.

Ao opinar pelo deferimento do **writ**, registrou o parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis, às fls. 70/71, **verbis**:

«É atribuição do Congresso Nacional a concessão de anistia (art. 48, VIII, da CF de 1988), com sanção presidencial.

Por ela, como que por passe de mágica legislativa, apagam-se os delitos anistiados, dos quais restam apenas os registros históricos, sem subsistência de eiva criminal.

No dizer de Cretella, 'anistia é ato que suprime, para sempre, as conseqüências da infração penal, é verdadeira revogação da lei penal, suprimindo a ação punitiva do Estado que, assim, fica destituído do **jus puniendi** '.

In casu, a Lei 9.639, publicada no dia 26-5-98, por seu art. 11, parágrafo único, estendeu o benefício da anistia aos que tenham sido responsabilizados pela prática dos crimes previstos na alínea **d** do art. 95 da Lei 8.212, de 1991, e no art. 86 da Lei 3.807/60 e foi exatamente por ter realizado a figura recortada em abstrato na alínea **d** do art. 95 da Lei 8.212/91 que o paciente se viu processado e condenado.

A norma vigorou por um único dia, eis que republicação excluiu o parágrafo anistiante. Nesse único dia de vigor cumpriram-se os efeitos anistiantes.

Não se pode falar sequer em erro material identificável facilmente por quem lesse a norma. A norma sujeitou-se a todas as etapas do processo legislativo, sanção, promulgação e publicação, não

padecendo de vícios substanciais ou formais.

Com efeito a republicação parece tratar-se de «arrependimento» legislativo, que não tem o condão de retroagir para prejudicar o paciente. Se algum efeito tiver, realiza-se no futuro.

Aplicável à espécie é o parágrafo único do Art. 2° do Código Penal com a seguinte redação:

> «A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.»

Com supremacia exara a seu turno o art. 5°, XL, da CF: 'a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu'. É o caso.»

Assim, quando foi julgada a apelação do réu, ora paciente, estava este já beneficiado pela anistia do parágrafo único do art. 11 da Lei n° 9.639/1998.

Não cabe, sem dúvida, no julgamento deste **habeas corpus**, deixar de considerar lei de anistia, no dia 26-6-1998, o parágrafo único do art. 11 da Lei n° 9.639, de 25-5-1998, devidamente publicado no Diário Oficial da União, prevendo sua entrada em vigor, na data da publicação. Incide, aqui, o § 4°, do art. 1° da LICC.

Do exposto, defiro o **habeas corpus** para declarar extinta a punibilidade do paciente, em razão da anistia a que se refere o parágrafo único do art. 11, da Lei n° 9.639, de 25-5-1998, conforme texto publicado no DO de 26-5-1998, em vigor desde essa data, incidindo sobre os fatos anteriores, como norma penal de benefício.

Em conseqüência, determino a expedição de alvará de soltura.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, estamos diante de **habeas corpus** impetrado contra uma condenação, considerado tipo de apropriação indébita que diria imprópria.

V. Exa. mencionou, muito bem, que não se logrou provar — e esse é o quadro fático inafastável, porque a prova teria que ser feita no curso da instrução da ação penal — a insuficiência de recursos para o recolhimento da contribuição. Por que dou ênfase a esse aspecto? Porque o elemento subjetivo, no caso da apropriação indébita, é o dolo. Há inúmeros processos a envolver prefeituras e prefeitos. O que ocorre, na maioria das vezes, principalmente quando se trata de ausência de recolhimento da contribuição social pelo agente público, é que se conta com numerário para o pagamento dos servidores, mas não para o recolhimento da contribuição. O desconto é fictício, pois, na verdade, não se concretiza; não se entrega determinada quantia ao servidor para proceder-se, logo a seguir, ao recebimento da cota da previdência social. Por isso sustentei, no Plenário, que, a menos que se prove que o agente público efetuou o desconto e embolsou o valor correspondente, não se dá a tipicidade da conduta. No setor privado, há uma mudança substancial desse quadro, porque, ficando o dinheiro em caixa, não é revertido em prol do benefício público, mas do interesse da própria pessoa jurídica de direito privado. Nesse caso, sim, a pessoa jurídica de direito privado — o acusado — deve comprovar que não havia, à época, suficiência de fundos para o recolhimento, a fim de descaracterizar — e penso que descaracteriza, como afirmou o hoje Ministro Gilson Dipp — a apropriação indébita. Essa parte fica afastada.

Surge a problemática seguinte: causa-me espécie a republicação. Não posso subestimar a inteligência e a capacidade técnica daqueles que encaminham ao Presidente da República, no âmbito do Executivo, projetos para sanção, muito menos colocar em segundo plano a lisura daqueles que, obtida a sanção presidencial, remetem o texto da lei ao Diário Oficial para publicação.

V. Exa. ressaltou, muito bem, que não houve republicação para corrigir-se um pequeno erro material, mas para, à mercê da subtração de um parágrafo, alterar-se, substancialmente, a extensão da anistia. Com isso, surgiu quadro que me traz sérias dúvidas sob o ângulo constitucional. Passou-se a ter, com a republicação, anistia direcionada, ou seja, a beneficiar apenas agentes públicos. Tenderia a ver, nesse enfoque, um verdadeiro privilégio. O fator de discriminação, nesse caso, sob meu ponto de vista, não se coaduna com a Carta da República, e teríamos, portanto, a quebra do princípio isonômico. Todavia, tal aspecto não é fundamental para o desfecho do **habeas corpus**, porque nos vem da lei de sobredireito — Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro — regra muito explícita sobre a republicação, visando, justamente, a corrigir erros na veiculação do texto primitivo.

O **caput** do artigo 1° preceitua:

> Art. 1° Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.

A lei em comento foi editada para vigorar de forma imediata, com a publicação, na versão primitiva, em 26 de maio de 1998. No dia seguinte, republicou-se a lei com aquele famoso asterisco remetendo ao rodapé — indicador da ocorrência de erro material na publicação anterior. E, aí, expungiu-se — não sabemos o motivo, pois não está elucidado neste processo — o parágrafo. Indaga-se: o que aconteceu quanto à anistia? A resposta está no § 4° do artigo 1° da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro:

> § 4° As correções a texto de lei já em vigor — não há menor dúvida que a Lei da anistia entrou em vigor com a publicação, tal como contido nela própria — consideram-se lei nova.

A lei pretérita, portanto, surtiu efeitos; teve eficácia reveladora do aperfeiçoamento da anistia.

Tal como V. Exa., não vejo como fugir a essa conclusão. Acredito que o § 4° do artigo 1° supratranscrito consubstancie tributo por viver-se em um Estado Democrático de Direito. O objetivo maior do citado parágrafo, ao assim preceituar, é a segurança jurídica indispensável à vida em sociedade.

Senhor Presidente, fiz anotações para pesquisar a respeito desse lapso, que, ante o princípio da razoabilidade, presumo ocorrido — o revelado pelo envio para publicação de texto não aprovado pelo Congresso Nacional.

Acompanho o voto de V. Exa., concedendo a ordem e concluindo, portanto, pelo direito do Paciente à anistia, aliás, conforme preconizado pela Procuradoria-Geral da República, em atuação como fiscal da lei.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Sr. Presidente, a Lei n° 9.639, na sua primeira publicação, ocorrida em 26-5-98, continha um parágrafo único no art. 11, que concedia anistia aos acusados pela prática dos crimes previstos na alínea **d** do art. 95 da Lei n° 8.212, de 1991, e no art. 86 da Lei n°

3.807, de 1960. Mas, no dia seguinte, 27-5-98, foi a mencionada Lei nº 9.639 republicada. E na republicação não constou o parágrafo único do art. 11. A questão, então, é esta: pelo fato de ter constado, na primeira publicação, o parágrafo único do art. 11, concessivo de anistia, essa anistia deveria ser reconhecida?

Penso, Sr. Presidente, que a questão apresenta peculiaridades, grandes peculiaridades. Por isso mesmo, ela não encontraria solução na Lei de Introdução ao Cód. Civil, art. 1º e seus parágrafos. É que é preciso perquirir, no caso, dada a gravidade da situação, se, na verdade, o dispositivo anistiador foi votado ou não pelo Congresso Nacional. Se isto não ocorreu, se o Congresso não concedeu a anistia, reconhecê-la em favor de alguém implicaria violar a Constituição.

O que deve ser considerado, por ora, é que, tendo em vista a presunção de veridicidade dos atos administrativos e das publicações oficiais — certo que devem ser consideradas as duas publicações no seu conjunto — seria necessário perquirir, repito, se o Congresso Nacional, no uso de atribuição que lhe foi conferida, expressamente, pela Constituição (CF, art. 48, VIII), na verdade deliberou a respeito da anistia que constou do parágrafo único do art. 11, na primeira publicação da Lei. Se isto ocorreu, vale dizer, se o Congresso na verdade concedeu a anistia, com a sanção do Presidente da República, a segunda publicação é criminosa. Se o Congresso Nacional não concedeu a anistia e a primeira publicação se fez, simplesmente, por erro, nenhum direito dela se origina.

Daí por que, Sr. Presidente, na minha primeira intervenção nos debates, indiquei diligência junto ao Congresso Nacional e junto à Presidência da República, para que nos fossem remetidas cópias do processo legislativo da referida Lei nº 9.639/98.

Sr. Presidente, a questão de grande gravidade, conforme é fácil perceber, apresenta, portanto, peculiaridades, pelo que não se enquadra nas soluções inscritas no art. 1º da Lei de Introdução, especialmente no seu § 4º, convindo registrar, como, aliás, já o fiz, que o reconhecimento de uma anistia que o Congresso Nacional sobre ela não deliberou, não a concedeu, implicaria violar a Constituição.

Com essas breves considerações, peço licença a V.Exa. e ao Ministro Marco Aurélio para indeferir o **writ.**

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, por um dever de ofício, e V. Exa. sabe que sou um espírito muito irrequieto, vou-me permitir, para que fique inclusive nas notas taquigráficas, consignar que a solução não é a regimental. Peço a V. Exa. a palavra para justificar-me, porque a responsabilidade é muito grande quanto ao que estou asseverando.

Por que não é uma solução regimental? Porque está no nosso Regimento, pelo que me lembro, que, não presenciando certo integrante do Colegiado o relatório, mas se declarando habilitado a votar, por ter em seu domínio a matéria, votará. Ora, o pedido de vista revela, justamente, não estar o ausente, quando da leitura do relatório, habilitado a votar. Portanto, o **habeas** está deferido por dois votos a um.

EXTRATO DA ATA

HC 77.734 — SC — Rel.: Min. Néri da Silveira. Pacte.: Marcelino Eduardo Britapaja. Impte.: Jorge Ricardo Silva. Coator: Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Néri da Silveira, Relator, e Marco Aurélio deferindo o «habeas corpus», e do voto do Senhor Ministro Carlos Velloso indeferindo o pedido, o julgamento foi adiado, em virtude do pedido de vista do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Maurício Corrêa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mardem Costa Pinto.

Brasília, 22 de setembro de 1998 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

EXTRATO DA ATA

HC 77.734 — SC — Rel.: Min. Néri da Silveira. Pacte.: Marcelino Eduardo Britapaja. Impte.: Jorge Ricardo Silva. Coator: Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Decisão: Por unanimidade, a Turma deliberou afetar ao Plenário o julgamento do «habeas corpus».

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

Brasília, 13 de outubro de 1998 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

PARECER

O Dr. Geraldo Brindeiro (Procurador-Geral da República): Sr. Presidente, no **habeas corpus** de que é Relator o eminente Ministro Néri da Silveira, o Dr. Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis, Subprocurador-Geral da República, como já foi dito por S.Exa., sob o argumento do próprio impetrante de que teria havido um arrependimento legislativo e, por isso, aplicar-se-ia a lei mais benéfica, pois durante um dia o parágrafo único da citada Lei de Anistia teria vigorado, opina pelo deferimento da ordem por entender que a lei penal não pode retroagir, salvo para beneficiar o réu.

O parecer, no entanto, do Subprocurador-Geral da República, Dr. Ednaldo de Holanda Borges, no **habeas corpus** de que é Relator o Ministro Marco Aurélio, entende de forma diversa e sustenta que há a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 11 da citada Lei nº 9.639, por não ter obedecido ao processo legislativo previsto na Constituição.

Eu entendo, para esclarecer a posição do Ministério Público perante o Plenário, que ambos os **habeas corpus** devem ser indeferidos, seja pela razão citada no parecer do Dr. Ednaldo de Holanda Borges, quanto ao descumprimento do processo legislativo previsto na Constituição, seja por equívoco, porque na realidade não ocorreu a citada decisão do Congresso Nacional sobre o parágrafo único. Ou se declara a inconstitucionalidade, como sugerido no parecer, ou se entende que, na verdade, o que parece que ocorreu — já alertou sobre a matéria o eminente Ministro Marco Aurélio, de acordo com informações dadas pelo Congresso Nacional —, houve um equívoco na publicação. Por uma razão ou pela outra, a posição do Ministério Público é pelo indeferimento dos **habeas corpus**.

VOTO

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Relator): Quando o presente **habeas corpus** esteve submetido ao julgamento da Segunda Turma, em sessão de 22-9-1998, votei no sentido do deferimento da ordem, para de-

clarar extinta a punibilidade do paciente, com base no parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639/1998, em voto do seguinte teor:

«A condenação do paciente em decisão de primeiro grau foi confirmada pelo acórdão do TRF-4ª Região, de 23-6-1998, relator o Juiz Gilson Dipp, hoje ilustre Ministro do colendo Superior Tribunal de Justiça, em longo voto de fls. 45/49. A Corte, ora indicada coatora, na linha do voto do Relator, proveu, apenas, em parte, o recurso do réu, para «reduzir a reprimenda a 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e 10 (dez) dias-multa, no valor arbitrado na sentença recorrida».

Quanto à materialidade e autoria do delito, o voto anotou (fls. 45/46):

«Trata-se de recurso contra sentença que condenou o apelante, de nacionalidade estrangeira e que se encontra preso, pela prática do delito de omissão de repasse de contribuições previdenciárias aos cofres autárquicos.

Em razões de apelação, a defesa sustenta, em síntese: tese negativa de autoria; dificuldades financeiras, e, ainda, redução da reprimenda, com alteração do regime fechado, imposto em 1º grau, para o aberto.

Relativamente à negativa de autoria, tenho que a mesma encontra-se suficientemente demonstrada pelo MM. Juiz **a quo**, razão pela qual adoto a fundamentação monocrática nesse sentido (fls. 284/286).

Como bem ressaltado pelo órgão do **parquet**, a administração da empresa ficou demonstrada pelos depoimentos uníssonos dos co-réus, sendo que não logrou a defesa infirmar a presumida responsabilidade administrativa do acusado, possível através da apresentação de documentos hábeis para tanto. Sendo esse ônus da defesa, a teor do disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal e não tendo sido efetuada, merece acolhimento a tese da denúncia, com relação à responsabilidade do ora recorrente» (fls. 325/326).

Quanto à alegação de dificuldades financeiras da empresa, como causa supralegal excludente de culpabilidade, os precedentes deste Tribunal são no sentido de que o contribuinte não pode se eximir de recolher as contribuições de lei em prejuízo da receita pública, excetuando-se os casos de prova documental incontestável e amplamente demonstrativa de invencíveis dificuldades financeiras da empresa.

Procedido exame nos autos, verifico que não há a efetiva comprovação de tais dificuldades, relativamente à empresa em questão e no período descrito na peça pórtica. Aliás, como bem ressaltado pelo i. Representante do **parquet**, cujas razões adoto: «O réu juntou com o recurso certidão que demonstra ter sido a empresa executada judicialmente em período coincidente com o denunciado. Contudo, não há notícia do resultado das mesmas, sendo de todo frágil a prova apresentada. Também, não há nos autos qualquer documento contábil, assinado por profissional habilitado, apto a demonstrar a difícil situação financeira por que passou a empresa à época» (fl. 327).

Na ausência de provas amplamente demonstrativas das dificulda-

des financeiras, supõe-se a higidez financeira da empresa, restando descaracterizada a excludente de culpabilidade — inexigibilidade de conduta diversa.

A condenação, nos termos suso expostos, mostrou-se imperiosa, porque comprovadas materialidade e autoria, e ausente qualquer excludente de ilicitude ou culpabilidade.»

Como se vê, a **quaestio juris** concernente à anistia da Lei nº 9.639, de 25-5-1998, publicada no DO de 26 do mesmo mês, art. 11 e parágrafo único, não foi objeto do acórdão da Corte Federal de segundo grau.

Na publicação de 26-5-1998, consta do art. 11 e parágrafo único do diploma referido, **verbis**:

«Art. 11. São anistiados os agentes políticos que tenham sido responsabilizados, sem que fosse atribuição legal sua, pela prática dos crimes previstos na alínea d do art. 95 da Lei nº 8.212, de 1991, e no art. 86 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960.

Parágrafo único. São igualmente anistiados os demais responsabilizados pela prática dos crimes previstos na alínea d do art. 95 da Lei nº 8.212, de 1991, e no art. 86 da Lei nº 3.807, de 1960.»

Está no art. 14 da Lei nº 9.639/1998: «Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação».

O art. 11 e parágrafo único transcritos foram inseridos no texto da Lei nº 9.639/1998, que dispõe sobre amortização e parcelamento de dívidas oriundas de contribuições sociais e outras importâncias devidas ao Instituto Nacional da Previdência Social — INSS, altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambos de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. O texto referido publicou-se na edição de 26-5-1998 — nº 98, Seção I, p. 3.

Dá-se, porém, que, no dia seguinte, edição de 27 de maio de 1998, nº 99, o Diário Oficial da União republicou, na Seção I, pp. 1/3, o texto da Lei nº 9.639/1998, dele não mais constando o parágrafo único do art. 11 acima transcrito.

Esclareceu-se que a Lei foi republicada «por ter saído com incorreção no DO de 26-5-98, Seção I» (p. 3).

Anteriormente ao acórdão, que é de 23-6-1998, a Juíza Federal, Dra. Sílvia Maria Rocha, de São Paulo, a 17-6-1998, sustentou a extinção da punibilidade de réu, que julgou, em decisão invocada na inicial, de que destaco estes passos (fls. 17/21), **verbis**:

«Os esclarecimentos veiculados a respeito da publicação e republicação da Lei nº 9.639, no sentido de que foi constatada inexatidão material no texto publicado em 26-5-98, já que o projeto inicial teria sido aprovado sem a inclusão do parágrafo único do art. 11, não superam e não encerram a questão central do problema: o **erro publicado**, frente ao sistema constitucional legal no qual se insere, é ou não hábil a produzir conseqüências jurídicas?

Verifica-se que o **erro** dispõe sobre matéria penal, mais especificamente, sobre anistia.

A Constituição Federal, ao instituir as garantias e direitos fundamentais da pessoa humana, consagrou, dentre outros, no âmbito penal,

o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Alberto Silva Franco, **in** Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial (6ª edição — Ed. Revista dos Tribunais — São Paulo — fls. 76/78), ensina:

«... Desta forma a retroatividade penal benéfica, enquanto princípio constitucional, não pode ser limitada pela lei e é dotada de eficácia imediata. Assim, quando o legislador ordinário, em lei posterior ao fato criminoso, defere ao réu ou ao condenado posição mais favorável, é evidente que o dispositivo beneficiador constante da lei sancionada, promulgada e publicada deve ser, em respeito ao princípio constitucional, de cogente e imediata aplicação. (...) O efeito retroativo da norma penal benévola, determinado em nível constitucional, parte, portanto, da publicação da lei sucessiva ao fato criminoso, lei essa que está desde então, por existente no mundo jurídico, dotada de imediata eficácia e que não pode ser obstaculizada por nenhum outro motivo. (...) Adauto Suannes, após rememorar lição de Pontes de Miranda, segundo a qual a lei, desde que exista, lei é, podendo, no entanto, fazer-se distinção conceitual entre **existência** e **incidência** da lei (Tratado — Tomo I, parágrafo 4º, nº 46) sustenta que 'quando a Constituição fala em **lei posterior**, não se refere a lei posterior **vigente** . Logo, deve-se concluir que ela alude a lei posterior **existente**. Existindo lei posterior mais benéfica, incide a norma constitucional, pois não seria aceitável que o legislador ordinário restringisse, por imprudência, imprevidência ou atrevimento, o preceito maior da norma constitucional.»

Anoto, também, por pertinentes, os comentários do mesmo autor no tocante à anistia penal:

«Nota: Anistia é ato do legislativo com que o Estado renuncia ao **jus puniendi** (...). É de atribuição do Congresso Nacional (art. 48, inc. VIII, CF), com a sanção do Presidente da República. A anistia é concedida através da lei, e esta tem o caráter de lei penal de efeito retroativo, constituindo verdadeira revogação parcial da lei anterior. «Tem caráter de generalidade, abrangendo fatos e não pessoas». Opera-se **ex tunc**, isto é, para o passado, apagando o crime, extinguindo a punibilidade e demais conseqüências de natureza penal» (Damásio E. de Jesus, Direito Penal, p. 603, 1989). «A reparação civil não é atingida pela anistia, porque a lei a esta referente só se projeta no campo penal». (...) «A anistia, que é efeito jurídico resultante de ato legislativo de anistiar, tem a força de extinguir a punibilidade, se antes da sentença de condenação; ou a punição, se depois da condenação. Portanto, é efeito jurídico, de função extintiva, no plano puramente penal (STF — Rec. 14.233-2 — RJ — Rel. Firmino Paz — DJ 26-3-82, p. 2561)» (**op. cit.** — pp. 1593/1594).

É indiscutível que na Lei nº 9.639 tal como publicada em 26 de maio de 1998, havia um parágrafo único no art. 11, que anistiava o crime da Lei nº 8.212/91, art. 95, alínea **d** . É certo também que na publicação do dia se-

guinte não mais existia esse parágrafo. A justificativa foi a de que ele não deveria ter constado nos trâmites posteriores, porque seria retirado do projeto de conversão.

Ainda que se considere ter havido **erro, inexatidão material**, ou qualquer outro nome que se dê ao esdrúxulo episódio que resultou na publicação da Lei nº 9.639, de 26 de maio de 1998, não vejo como negar efeitos à existência de fato a ato que demonstrava se revestir das formalidades constitucionais previstas para seu aperfeiçoamento.

Entendimento contrário resultaria num estado permanente de insegurança quanto ao sistema legal, já que, daqui para frente, a cada nova lei, ainda que de vigência imediata, tornar-se-ia necessário aguardar determinado prazo, até que fosse efetivamente verificado se o texto submetido à sanção presidencial, sancionado sem vetos, promulgado e publicado, era realmente o texto votado pelo Congresso Nacional.

Para o mínimo de garantia ao funcionamento das instituições, é necessário que se presuma que o texto de lei encaminhado pelo Congresso ao Presidente é o que foi votado. Na hipótese contrária, estará criada nova e inédita fase ao processo legislativo constitucionalmente previsto: o de conferência **a posteriori** daquilo que for publicado como **lei**, para ver se de fato é o que devia ser.

Não há dúvidas de que a questão é grave, complexa, e que precisa ser devidamente esclarecida. Contudo, não é este o foro competente para a apuração dos fatos que resultaram na publicação da Lei nº 9.639, de 26-5-98, com a inclusão do parágrafo único do art. 11.

Dentre as duas alternativas que se apresentam, a primeira, de aceitar sem que se esclareça, em procedimento próprio para tanto, o que ocorreu, e, em conseqüência, negar efeito à publicação de 26-5-98 como se nada tivesse acontecido; e a segunda, de reconhecer efeitos legais àquilo que como lei foi publicado, entendo menos danoso ao sistema jurídico pátrio que sejam reconhecidos os efeitos da Lei nº 9.639, como originalmente publicada, até sua republicação por incorreção no dia seguinte.

Assim, da interpretação sistemática das disposições contidas nos artigos 5º, XL, 48, VIII, 66, 84, IV, todos da Constituição Federal; art. 1º, parágrafos 3º e 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e art. 2º, do Código Penal, concluo que os fatos tipificados no art. 95, **d**, da Lei nº 8.212/91, ocorridos até 26-5-98, foram anistiados pelo parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639, de 26 de maio de 1998.

Anoto que a anistia aqui referida é apenas e tão-somente de caráter penal, e não fiscal. O débito para com os cofres da previdência remanesce em sua inteireza, com todos os acréscimos sobre ele incidentes. Tal significa que o devedor da previdência social continuará a sê-lo e que nenhum prejuízo resultará aos cofres da previdência, pela anistia do crime previsto no art. 95, **d**, da Lei nº 8.212/91, caso a autarquia se empenhe em cobrar, administrativa ou judicialmente, aquilo que lhe é devido, como é sua obrigação. Aliás, não é

demais lembrar que o processo criminal tem por finalidade a eventual imposição de pena e não a cobrança de débitos, previdenciários ou não.

Resta claro, também, que, na cobrança judicial da dívida através do procedimento próprio (execução fiscal), permanece íntegra a possibilidade do decreto de prisão civil de depositário infiel, caso venham a se aperfeiçoar os requisitos para tanto. A prisão civil do depositário infiel e a responsabilização criminal por fato tipificado no art. 95, **d**, da Lei nº 8.212/91 são de natureza e fundamentos jurídicos diversos, que não se confundem.»

Em sua obra clássica, Princípios de Direito Administrativo Brasileiro, 3ª ed., 1954, pp. 40, Ruy Cirne Lima, versando sobre as fontes do direito, discorre acerca de «Os fatos com força de lei», **verbis**:

«Além da Constituição, da lei e do costume, fonte primária do Direito Administrativo são, também, os fatos com força de lei. Consistem os mais freqüentes destes nos erros de cópia ou de impressão, ocorridos na publicação da lei ou do decreto-lei, ou anteriormente na sanção daquela.

Havendo divergência entre o autógrafo sancionado de uma lei e o texto publicado, o restabelecimento do verdadeiro texto efetua-se mediante decreto do Presidente da República. Se a divergência for entre o autógrafo sancionado da lei e o que passou por aprovado pelo Poder Legislativo, a este competirá providenciar. Considerar-se-á, porém, fato consumado tudo quanto se praticou até o momento da publicação e correção do erro e só depois desta prevalecerá a lei tal qual foi aprovada e sancionada, assumindo assim caráter de lei interpretativa.»

Faz o ilustre mestre gaúcho, no ponto, remissão ao art. 1º, § 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil: «As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova», bem assim à lição de Carlos de Carvalho, **in** Nova Consolidação das Leis Civis, Porto, 1915, art. 17.

Ao opinar pelo deferimento do **writ**, registrou o parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis, às fls. 70/71, **verbis**:

«É atribuição do Congresso Nacional a concessão de anistia (art. 48, VIII, da CF, de 1988), com sanção presidencial.

Por ela, como que por passe de mágica legislativa, apagam-se os delitos anistiados, dos quais restam apenas os registros históricos, sem subsistência de eiva criminal.

No dizer de Cretella, 'anistia é ato que suprime, para sempre, as conseqüências da infração penal, é verdadeira revogação da lei penal, suprimindo a ação punitiva do Estado que, assim, fica destituído do **jus puniendi**'.

In casu, a Lei 9.639, publicada no dia 26-5-98, por seu art. 11, parágrafo único, estendeu o benefício da anistia aos que tenham sido responsabilizados pela prática dos crimes previstos na alínea **d** do art. 95 da Lei 8.212, de 1991, e no art. 86 da Lei 3.807/60 e foi exatamente por ter realizado a figura recortada em abstrato na alínea **d** do art. 95 da Lei 8.212/91 que o paciente se viu processado e condenado.

A norma vigorou por um único dia, eis que republicação excluiu o parágrafo anistiante. Nesse único dia de vigor cumpriram-se os efeitos anistiantes.

Não se pode falar sequer em erro material identificável facilmente por quem lesse a norma. A norma sujeitou-se a todas as etapas do processo legislativo, sanção, promulgação e publicação, não padecendo de vícios substanciais ou formais.

Com efeito a republicação parece tratar-se de «arrependimento» legislativo, que não tem o condão de retroagir para prejudicar o paciente. Se algum efeito tiver, realiza-se no futuro.

Aplicável à espécie é o parágrafo único do art. 2° do Código Penal com a seguinte redação:

> «A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.»

Com supremacia exara a seu turno o art. 5°, XL, da CF: 'a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu'. É o caso.»

Assim, quando foi julgada a apelação do réu, ora paciente, estava este já beneficiado pela anistia do parágrafo único do art. 11 da Lei n° 9.639/1998.

Não cabe, sem dúvida, no julgamento deste **habeas corpus**, deixar de considerar lei de anistia, no dia 26-6-1998, o parágrafo único do art. 11 da Lei n° 9.639, de 25-5-1998, devidamente publicado no Diário Oficial da União, prevendo sua entrada em vigor na data da publicação. Incide, aqui, o § 4° do art. 1° da LICC.

Do exposto, defiro o **habeas corpus** para declarar extinta a punibilidade do paciente, em razão da anistia a que se refere o parágrafo único do art. 11 da Lei n° 9.639, de 25-5-1998, conforme texto publicado no DO de 26-5-1998, em vigor desde essa data, incidindo sobre os fatos anteriores, como norma penal de benefício.

Em conseqüência, determino a expedição de alvará de soltura.»

Na oportunidade, houve pedido de vista do Senhor Ministro Maurício Corrêa. S. Exa., em minucioso voto, após examinar, entre outros aspectos, precedentes do STF sobre a matéria no julgamento do RMS n° 2.141-DF, rel. Min. Orozimbo Nonato, **in** DJ de 19-10-54; do RECrim n° 994-DF, rel. Min. Rocha Lagôa, **in** DJ de 22-4-54; no Ag. n° 17.417-DF, rel. Min. Nelson Hungria, **in** DJ de 21-9-55; no RE 201.026-DF, rel. Min. Ilmar Galvão, **in** DJ de 6-9-96, p. 31869, anotou-se:

> «3.5. Destes precedentes é possível extrair a doutrina do Tribunal, sempre orientada no sentido de que simples erro na publicação do texto não lhe outorga, só por esta razão, força de lei.
>
> É, pois, sempre necessária a verificação da legitimidade do texto publicado e posteriormente corrigido, para se saber se é o caso, ou não, de lei nova.»

Pois bem, no caso concreto, apurou o ilustre Ministro Maurício Corrêa o seguinte quanto à origem dos textos em confronto da Lei n° 9.639/1998:

> «4. A controvérsia fica esclarecida com o Ofício n° SGN/220/98, de

16-6-98, subscrito pelo Secretário-Geral da Mesa do Senado, **in verbis**:

«Com referência à Lei nº 9.639, de 25 de maio de 1998, informo V. Sa. que o Plenário do Congresso Nacional, na sessão de 12-5-98, aprovou o Projeto de Lei de Conversão nº 4, de 1998, advindo da Medida Provisória nº 1.608-14, **dele não constando o parágrafo único do art. 11.**

Cabe esclarecer que, na sessão do dia 5-5-98, o Relator da matéria apresentou uma versão do mencionado projeto de lei de conversão com o dispositivo em questão. Entretanto, na sessão em que houve a sua aprovação, **o Relator apresentou novo texto do projeto de lei de conversão, sem o parágrafo único do art. 11, versão esta que veio a ser aprovada pelo Plenário.**

No momento da confecção dos autógrafos a serem encaminhados à sanção do Senhor Presidente da República, **por equívoco**, foi tomada como base a primeira versão constante do processo, ensejando a publicação da Lei no Diário Oficial da União de 26-5-98, contendo o mencionado dispositivo. **Constatado o equívoco**, de imediato foi enviada mensagem ao Senhor Presidente da República comunicando o fato e solicitando a republicação da Lei, o que veio a ocorrer no dia seguinte, ou seja, 27-5-98.»

4.1 Essas afirmações são coerentes com o que consta das notas taquigráficas da Seção do Congresso Nacional do dia 12-5-98, as quais revelam o seguinte diálogo entre o Relator da matéria e o Presidente do Congresso Nacional, **in verbis**:

«**O Sr. José Luiz Clerot** (Bloco/PMDB-PB) — Solicito a palavra pela ordem, Senhor Presidente, como Relator.

O Sr. Presidente (Antônio Carlos Magalhães) — Concedo a palavra a Vossa Excelência, pela ordem.

O Sr. José Luiz Clerot — Senhor Presidente, a discussão está encerrada e o projeto de lei vai à votação. Eu gostaria de fazer uma retificação no parecer.

O Sr. Presidente — Solicito a Vossa Excelência que mande por escrito a retificação. Não pode ser uma retificação verbal.

O Sr. José Luiz Clerot — Senhor Presidente, farei um comentário e o enviarei por escrito à Mesa, retirando as alterações que fiz no Projeto de Conversão. Explico-me: retirarei as modificações feitas nos §§ 6º, 8º e 9º do art. 7º e voltarei à redação da própria Medida Provisória. **Quanto ao art. 11, em que há um artigo e um parágrafo, o referido artigo fica restrito apenas ao *caput* do artigo que se refere aos agentes políticos, retirando-se o parágrafo único.**

O Sr. Presidente — Solicito a Vossa Excelência que encaminhe a retificação, para que não haja dúvida no Plenário. A Mesa já entendeu perfeitamente.

O Sr. José Luiz Clerot — Levarei à Mesa, Senhor Presidente.

O Sr. Presidente — Muito obrigado.»

4.2 Vê-se que houve erro material, que não pode ser imputado ao processo

legislativo, mas a lapso manifesto ou a erro gráfico.

Com efeito, pelo Ofício nº 216, de 26 de maio deste ano, o Primeiro Secretário da Mesa do Senado dirigiu-se ao Chefe da Casa Civil da Presidência da República nos seguintes termos, **in verbis**:

«Encaminho a Vossa Excelência a Mensagem nº 37, de 1998, do Congresso Nacional, comunicando ao Senhor Presidente da República ter havido inexatidão material nos autógrafos e na publicação da Lei nº 9.639, de 26 de maio de 1998, oriunda do Projeto de Lei de Conversão nº 4, de 1998, do Congresso Nacional, que 'dispõe sobre amortização e parcelamento de dívidas oriundas de contribuições sociais e outras importâncias devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências'.

A fundamentação legal para a presente retificação acha-se na letra **c** do art. 325 do Regimento Interno do Senado Federal.»

Por sua vez, dispõe o referido art. 325, **in verbis**:

«Regimento Interno do Senado Federal

(Resolução nº 93, de 1970)

Capítulo XV

Da Correção de Erro

Art. 325. Verificada a existência de erro em texto aprovado e com redação definitiva, proceder-se-á da seguinte forma:

a) tratando-se de contradição, incoerência, prejudicialidade ou equívoco que importe em alteração do sentido do projeto, **ainda não remetido** à sanção ou à Câmara, o Presidente encaminhará a matéria à comissão competente para que proponha o modo de corrigir o erro, sendo a proposta encaminhada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania antes de submetida ao Plenário;

b) nas hipóteses da alínea anterior, quando a matéria tenha sido encaminhada à sanção ou à Câmara, o Presidente, após manifestação do Plenário, **comunicará o fato ao Presidente da República ou à Câmara, remetendo os novos autógrafos, se for o caso, ou solicitando retificação do texto, mediante republicação da lei;**

c) tratando-se de inexatidão material, devida a lapso manifesto ou erro gráfico, cuja correção não importe em alteração do sentido da matéria, o Presidente adotará as medidas especificadas na alínea anterior, mediante ofício à Presidência da República ou à Câmara, dando ciência do fato, posteriormente, ao Plenário.»

4.3 Erro material não forma lei, e nem poderia, porque o texto não foi discutido nem aprovado pelo Parlamento. É simplesmente inexistente como lei.

Admitir o contrário implica desrespeito ao mais elementar princípio republicano, porque macula o processo de formação das leis que regem o Estado, passando a ser permitido legislar por erro e por fraude, formas imensuravelmente mais espúrias e arrogantes do que pelo execrado decreto-lei e só compatível com as republiquetas que ainda não se personificaram no concerto das nações civilizadas.

4.4 **Concluo, Senhor Presidente, que o parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639, de 25-5-98, é inexistente como lei, razão pela qual não pode ser invocado pelas partes nem ser aplicado pelo Poder Judiciário.»**

Dessa maneira, do Projeto de Lei de Conversão nº 4, de 1998, proveniente da Medida Provisória nº 1.608-14, não constava o parágrafo único do art. 11, que esteve inserido no texto da Lei nº 9.639/1998, na publicação de 26-5-1998. Certo em 5-5-98, o Relator da matéria apresentara versão do Projeto, dele constando o dispositivo do parágrafo único do art. 11. Na sessão de aprovação, entretanto, o Relator fez presente novo texto do projeto de lei de conversão, que veio a ser aprovado pelo Plenário do Congresso Nacional, «sem o parágrafo único». Não menos exato é, porém, que os autógrafos do projeto de lei de conversão em referência enviados ao Presidente da República continham o texto do parágrafo único do art. 11, que foi sancionado e publicado a 26-5-1998. A imediata providência adotada pelo Congresso Nacional, que comunicou o erro havido ao Chefe do Poder Executivo, teve sua conseqüência na republicação do texto da Lei nº 9.639/1998, no dia seguinte, sem o parágrafo único do art. 11, em foco.

É bem de compreender, destarte, que o dispositivo inserido no parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639/1998, publicado no DO de 26-5-1998, porque não aprovado pelo Congresso Nacional, não poderia incidir validamente, eis que maculado com o vício de inconstitucionalidade formal. Não é norma legislativa, porquanto não aprovada pelo Poder Legislativo, embora a sanção presidencial, a promulgação e a publicação. O erro constante dos autógrafos enviados à sanção presidencial foi imediatamente verificado no âmbito do Poder Legislativo, que o comunicou ao Poder Executivo, com a Mensagem nº 37/1998, onde se explicita «ter havido inexatidão material nos autógrafos e na publicação da Lei nº 9.639, de 26-5-1998, oriunda do Projeto de Lei de Conversão nº 4, de 1998, do Congresso Nacional, que 'dispõe sobre amortização e parcelamento de dívidas oriundas de contribuições sociais e outras importâncias devidas no Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências'». Ao ensejo dessa comunicação, invocou-se, no Ofício nº 216, de 26 de maio de 1998, do Primeiro Secretário da Mesa do Senado ao Chefe da Casa Civil da Presidência da República, a letra **c** do art. 325 do Regimento Interno do Senado Federal, como fundamento legal para a retificação.

Preceitua o art. 325 do Regimento Interno do Senado Federal:

> «Art. 325. Verificada a existência de erro em texto aprovado e com redação definitiva, proceder-se-á da seguinte maneira:
>
> **a**) tratando-se de contradição, incoerência, prejudicialidade ou equívoco que importe em alteração do sentido do projeto, ainda não remetido à sanção ou à Câmara, o Presidente encaminhará a matéria à comissão competente para que proponha o modo de corrigir o erro, sendo a proposta encaminhada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania antes de submetida ao Plenário;
>
> **b**) nas hipóteses da alínea anterior, quando a matéria tenha sido encaminhada à sanção ou à Câmara, o Presidente, após manifestação do Plenário, comunicará o fato ao Presidente da República ou à Câmara, remetendo os novos autógrafos, se for o caso, ou solici-

tando retificação do texto, mediante republicação da lei;

c) tratando-se de inexatidão material, devida a lapso manifesto ou erro gráfico, cuja correção não importe em alteração do sentido da matéria, o Presidente adotará as medidas especificadas na alínea anterior, mediante ofício à Presidência da República ou à Câmara, dando ciência do fato, posteriormente, ao Plenário.»

Não tenho, entretanto, no caso, como possível ver compreendida a espécie nos limites da letra **c** do art. 325 suso transcrito, porque, em realidade, a correção importava em «alteração do sentido da matéria», limitando o âmbito da anistia do art. 11 em favor, tão-só, dos destinatários aludidos em seu **caput**, excluídos, assim, os a que se referia o parágrafo único do mesmo artigo. O enquadramento da hipótese dá-se nas letras **b** e **a**, do citado art. 325 do Regimento Interno, fazendo-se a comunicação do fato ao Presidente da República, «após manifestação do Plenário», o que não aconteceu, **in casu**, «solicitando retificação do texto, mediante republicação da lei».

Essa circunstância, tenho-na como relevante, em ordem a não emprestar, desde logo, eficácia à nova publicação, de 27-5-1998, excluído o parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639/1998, constante dos autógrafos, sem prévia manifestação do Plenário (do Congresso Nacional), conforme se prevê na regra regimental aludida.

Sendo, entretanto, certo que o dispositivo do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639/1998 não foi aprovado pelo Congresso Nacional, a norma que nele se contém não se reveste de validade, embora haja constado de uma versão do projeto, dos autógrafos e merecido sanção do Presidente da República, com a subseqüente publicação no DO de 26-5-1998.

A republicação não se fez na forma prevista nas alíneas **a** e **b** do art. 325 do Regimento Interno do Senado Federal, eis que importando em alteração do sentido do projeto, já sancionado, a retificação do erro, por providência do Congresso Nacional, haveria de concretizar-se, «após manifestação do Plenário».

Compreendo, pois, que este Tribunal deve declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639/1998, publicado no DO de 26-5-1998, por vício de inconstitucionalidade formal, decisão que, assim, possuirá eficácia **ex tunc**.

Do exposto, diante dos esclarecimentos vindos aos autos, quanto à origem do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639/1998, tenho como manifesta sua invalidade e, assim, altero minha conclusão inicial, na Turma, para não reconhecer, na espécie, a ocorrência da extinção da punibilidade do paciente, com base no dispositivo em exame, cuja inconstitucionalidade formal, **incidenter tantum**, ora declaro. Em conseqüência, indefiro o **habeas corpus**, esclarecendo, ademais, que o ilustre Procurador-Geral da República, professor Geraldo Brindeiro, nesta assentada, acentuou que a posição do Ministério Público Federal é também no sentido da denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Sr. Presidente, conforme o disposto pelo eminente voto do Ministro Néri da Silveira, tem-se como fato irretorquível a circunstância de que o parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639, de 25 de maio de 1998, publicado no Diário Oficial da União, em

data seguinte, restou não votado no Congresso Nacional.

É bom observar que o Congresso Nacional estava em sessão conjunta, na obediência ao seu Regimento Comum e, em especial, à Resolução nº 1/89, que regula a apreciação das medidas provisórias.

Ficou muito claro que o texto do parágrafo único constava inicialmente do projeto de lei de conversão, oferecida pelo relator da medida provisória original. Mas, antes da votação, em razão de consulta feita pelo próprio Presidente do Congresso Nacional, Senador Antônio Carlos Magalhães, o relator do projeto de lei de conversão, Deputado Luiz Clerot, da Paraíba, extratou o parágrafo único referido, que, evidentemente, não foi votado.

O Ministro Néri da Silveira, a partir das informações trazidas no **habeas corpus**, pelo voto do eminente Ministro Maurício Corrêa, examinou a questão da correção de erros tratada no Regimento Interno do Senado Federal e no Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

O tratamento da correção de erros no Regimento Interno do Senado Federal é distinto do tratamento da correção de erros do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Segundo este, havendo erro e já estando o autógrafo na mão do Presidente da República, a Mesa da Câmara envia-lhe ofício retificador do autógrafo anterior, pedindo a republicação da lei.

No caso do Senado Federal, por força do Regimento Comum, que trata das sessões conjuntas do Congresso Nacional, o Regimento Interno do Senado Federal é supletivo do Regimento Comum em primeira mão.

O Regimento Comum estabelece, nos seus últimos dispositivos, que se aplicam as regras constantes do Regimento Interno do Senado Federal em caso de omissão do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

E o Regimento Interno do Senado Federal fixa, como deixou bem claro o Ministro Néri da Silveira, que:

«Art. 325. .....

.....

b) nas hipóteses» — «de contradição, incoerência, prejudicialidade ou equívoco» —, «quando a matéria tenha sido encaminhada à sanção ou à Câmara, o Presidente, após manifestação do Plenário, comunicará o fato ao Presidente da República ou à Câmara, remetendo novos autógrafos, se for o caso, ou solicitando a retificação do texto, mediante republicação da lei;»

No caso específico, frisou o Ministro Néri da Silveira que o Presidente do Senado teria adotado o disposto na letra **c** do art. 325, e não o que consta da combinação das letras **a** e **b** do art. 325 do Regimento Interno do Senado Federal.

Nessa hipótese, deveria incidir a letra **b** e haver uma prévia manifestação do Plenário.

Passa-se que nos procedimentos de urgência urgentíssima — este é o tratamento dado às medidas provisórias por força da Resolução nº 1/89 —, não se tem redação final, ou seja, a manifestação do Plenário para correção de erros só se dá depois que, votada a matéria pelo Plenário, ela vai à Comissão de Constituição e Justiça e Redação, onde se elabora a redação final, voltando a Plenário para, então, ser votada a sua redação.

A correção de erro de matéria que teve esta tramitação só se dá pela manifestação do Plenário, tendo em vista que este votou a redação final originária da Comissão de Redação.

Não se adota essa técnica de ouvir o Plenário quando a matéria é de urgência urgentíssima, cuja votação se dá terminantemente na mesma sessão legislativa em que se inicia a discussão da matéria.

O texto final é elaborado pelo relator, e a assessoria o assina e envia.

O caso das medidas provisórias, devido à necessidade da publicação e à sanção no prazo de trinta dias, é mais urgente, pois eventualmente as sessões têm terminado no último dia de sua validade, sendo ela sancionada ainda no mesmo dia, a fim de manter a sua vigência: a retroatividade dos trinta dias.

Então, não se dá esse tipo de mecanismo quando a matéria é medida provisória ou tratada de urgência urgentíssima, por haver manifestação e aprovação, por maioria absoluta, desse requerimento.

Nessas hipóteses se dispensam todos os interstícios, inclusive os relativos à redação final, a ser elaborada por comissão específica ou pela própria comissão especial, quando for o caso.

A redação é referida pelo Presidente após a votação.

Vai à redação final e, imediatamente, a autógrafo, sem a votação.

Então, Sr. Presidente, aqui, no caso, ficou claro que não houve a votação.

A questão me parece, como correto está o eminente Ministro Néri da Silveira, na linha do voto do Ministro Maurício Corrêa, que não estamos diante de um caso do § 4° do art. 1° da Lei de Introdução ao Código Civil.

Estamos perante aquilo que foi referido pelo Ministro Marco Aurélio, a inexistência da votação.

Não se corrige o que não existe.

Daí por que não se aplicam correções a texto de lei.

O que se passou foi a manifestação ao Presidente da República de que não houve a votação nem a republicação do texto, extratado à parte.

Não houve correção nenhuma de textos individuais, mas, sim, a mera supressão daquilo que não existia.

Por isso, a meu sentir, evidentemente, pela publicação do dia 26, que é a primeira, estamos perante um texto inconstitucional, o parágrafo único do art. 11, porque não obedeceu ao processo legislativo.

Então, Sr. Presidente, deu-se a sanção de texto que não foi votado na parte relativa ao parágrafo único do art. 11, não sofrendo a devida aprovação constante do art. 65 da Constituição.

Não foi obedecido, portanto, o processo legislativo. Há inconstitucionalidade do texto da primeira publicação, que não contamina os demais dispositivos na publicação do dia 26.

A segunda publicação, a chamada publicação de correção, é irrelevante para os efeitos desta análise.

É absolutamente importante lembrar que, se considerarmos que a publicação do dia 26 não é equivocada, e, sim, a publicação posterior, a do dia 27, poderíamos chegar ao problema de enfrentarmos publicação de um projeto de conversão de medida provisória fora do prazo de trinta dias, o que não é o caso **in concreto** .

Assim, Sr. Presidente, considerando não ser a hipótese do § 4° do art. 1° do texto da Lei de Introdução ao Código Civil, mas, sim, uma inconstitucionalidade decorrente de vício formal pela não-observância do processo legislativo relativo à conversão das medidas provisórias, que têm suas normas parlamentares regidas pela Resolução n° 1/89 e pelo Regimento Comum do Congresso Nacional, acompanho o eminente

Relator para reconhecer a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 11 da Lei 9.639/89, e, por essas razões, nego o **habeas**.

VOTO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Sr. Presidente, as considerações que fiz, por época do julgamento deste **habeas-corpus** na Turma, já foram referidas no voto do eminente Ministro Néri da Silveira. Naquela oportunidade, cheguei à conclusão para apontar o indeferimento do **writ** e o fiz com base em precedentes existentes no Tribunal. Máxime, no Recurso Ordinário Criminal 994, relatado pelo Ministro Rocha Lagôa, publicado no DJ de 23-4-54. Diz a ementa:

> **«Recurso criminal. Direito de veto assegurado ao Presidente da República. Operante é o veto desde que lançado nos autógrafos remetidos pelo Congresso. A publicação infiel do texto não pode transformar o veto em sanção, pois a lei vale tal como foi emitida pelos órgãos competentes. Inteligência do Decreto-Lei nº 431, de 18 de maio de 1938.»**

Com base nesse precedente e em outros, que foram mencionados no voto do Ministro-Relator, parti para o indeferimento do **habeas-corpus**, seguindo, inclusive, o voto dado pelo eminente Ministro Carlos Velloso, que foi o primeiro na Turma a se pronunciar contrariamente aos votos primitivos dos Ministros Néri da Silveira e Marco Aurélio.

Portanto, reservando-me às considerações que expendi na Turma e constantes do voto proferido pelo Ministro Néri da Silveira, adiro à conclusão do seu voto no sentido da declaração de inconstitucionalidade formal do parágrafo único do artigo 11 da Lei 9.639, de 25 de maio de 1998, que a mim me parece, além de tudo, ser solução mais técnica, porquanto, na verdade, essa disposição, aparentemente, entrou em vigor tão-só durante um dia.

Assim sendo, Sr. Presidente, vou acompanhar a conclusão do voto do Ministro-Relator.

Juntarei o meu voto, até porque S. Exa. a ele fez referência.

VOTO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Senhor Presidente, neste **habeas-corpus** nº 77.734-SC, da relatoria do Ministro **Néri da Silveira**, que a Turma afetou ao Plenário na Sessão de 13-10-98, põe-se a questão da **anistia** concedida pela Lei nº 9.639, de 25 de maio de 1998, publicada no DO de 26-5-98, que trouxe o seguinte art. 11 e seu **parágrafo único,** ***in verbis:***

> **«Art. 11.** São anistiados os agentes políticos que tenham sido responsabilizados, sem que fosse atribuição legal sua, pela prática dos crimes previstos na alínea **d** do art. 95 da Lei nº 8.212, de 1991, e no art. 86 da Lei nº 3.807, de 1960.
>
> **Parágrafo único. São igualmente anistiados os demais responsabilizados pela prática dos crimes previstos na alínea *d* do art. 95 da Lei nº 8.212, de 1991, e no art. 86 da Lei nº 3.807, de 1960.»**

Ocorre que o texto da lei foi republicado no dia seguinte, 27-5-98, **sem este parágrafo único** do art. 11, «por ter saído com incorreção no DO de 26-5-98, Seção I» (pp. 1 a 3).

2. A matéria relativa à vigência e à eficácia de texto de lei posteriormente republicado é regulada pelo § 4º do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decre-

to-Lei nº 4.657, de 4-9-42), que assim dispõe, **in verbis**:

«Art. 1º ...

...

§ 4º As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.»

Entendo que este princípio não é absoluto e comporta prudente interpretação.

2.1 Primeiramente, é preciso estremar se essa norma regula apenas a eficácia de textos corrigidos por **inserção** de parte omitida ou **modificação** de parte publicada, que passam a ser considerados lei nova, ou se regula também os textos simplesmente **suprimidos** com a nova publicação, até porque, neste caso, a simples nova publicação passaria a produzir o mesmo efeito de revogação de texto anterior, deformação que não me parece imputável a esse despretensioso § 4º.

2.2 Não basta que um texto seja publicado no Diário Oficial com o nome de lei para que este simples fato o transforme em norma cogente, de observância obrigatória. É indispensável examinar a natureza ou a origem do vício que levou à republicação do texto.

Com efeito, caso ocorra algum erro de linotipia, de composição gráfica ou de digitação, que implique a modificação do texto original, ninguém ousaria, por esta razão, extrair a forçosa ilação de que o texto publicado é lei no sentido próprio, ainda que com este **nomen juris.**

Da mesma forma, no caso de ocorrer alguma fraude em um dos meandros percorridos pelo texto original, que implique a alteração do texto original, também, nem por esta razão, se ousaria dizer que o texto publicado é lei no seu sentido próprio e, assim, de observância obrigatória.

Vê-se, pois, que é preciso algo mais, ou seja, é preciso que o texto, mesmo equivocado, tenha legitimidade.

2.3 Também não pode passar despercebido que a Lei de Introdução ao Código Civil foi editada em época que decreto tinha força de lei — e ela mesma assim o é — sem ser submetido a qualquer norma relativa ao processo legislativo, em razão do que, a sua simples publicação dava eficácia de lei ao texto publicado, situação díspar da atualmente vigente, o que, por si só, exige oposição de reservas quanto ao efetivo alcance do § 4º do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil ao caso concreto.

2.4 Hoje há um **processo legislativo**, e mais, com normas gerais estabelecidas na Constituição (arts. 59 a 69, 84, III a VI, etc.), que, se não forem observadas, também não se pode falar que o texto publicado seja lei.

Publicação de texto que não corresponde ao original legislado, seja por culpa ou dolo, não pode ser considerado lei, ainda que eventualmente sancionado e promulgado, porque a sanção e a promulgação estão inseridas, apenas, na **fase final** do **processo legislativo.**

2.5 Entendo que todas estas nuances devem ser necessariamente consideradas em cada caso.

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal registra diversos precedentes sobre a matéria, que passo a examinar.

3.1 No julgamento do RMS nº 2.141-DF, Rel. Min. **Orozimbo Nonato**, ***in*** DJ de 19-1-54, entendeu-se que correção de simples erro gráfico não leva ao entendimento de que se tenha lei nova.

3.2 No julgamento do RCr nº 994-DF, Rel. Min. **Rocha Lagôa, *in*** DJ de 23-4-54, em que se discutiu a publicação de lei sem o veto presidencial, ficou enten-

dido que não poderia prevalecer o texto publicado **além** do que legitimamente pretendido pelos órgãos competentes, em acórdão assim ementado, **in verbis:**

«Ementa: veto do Presidente da República. Publicação infiel ao texto. Publicação nova, retificadora do texto.

Recurso Criminal. Direito de veto assegurado ao Presidente da República. Operante é o veto desde que lançado nos autógrafos remetidos pelo Congresso. **A publicação infiel do texto não pode transformar o veto em sanção, pois a lei vale como foi emitida pelos Órgãos competentes.** Inteligência do Decreto-Lei nº 431, de 18 de maio de 1938.»

3.3 No julgamento do AG nº 17.417-DF, Rel. Min. **Nelson Hungria,** *in* DJ de 21-9-55, este Tribunal entendeu que correção de erro tipográfico não implica o surgimento de lei nova; diz a ementa, **in verbis:**

«Erro tipográfico no texto da lei, quando evidente, dispensa lei retificadora e, quando a ociosa retificação se faça por lei posterior, **esta não se considera lei nova.»**

3.4 No julgamento do RE nº 201.026-DF, Rel. Min. **Ilmar Galvão,** *in* DJ de 6-9-96, p. 31869, a Primeira Turma entendeu que apenas o texto inserido é considerado lei nova, como se vê nesta parte a ementa, **in verbis:**

«Descabida, por igual, a assertiva de que a conversão malogrou em razão de a Lei nº 8.030/90 haver sido **republicada** fora do prazo do art. 62, parágrafo único, da CF/98, **para inclusão de disposição que fora omitida,** tendo em vista que, nos termos do art. 1º, § 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, em hipótese tal, **somente o texto inserido,** irrelevante para a lide sob apreciação, **é considerado lei nova.»**

3.5. Destes precedentes é possível extrair a doutrina do Tribunal, sempre orientada no sentido de que simples erro na publicação do texto não lhe outorga, só por esta razão, força de lei.

É, pois, sempre necessária a verificação da legitimidade do texto publicado e posteriormente corrigido, para se saber se é o caso, ou não, de lei nova.

4. A controvérsia fica esclarecida com o Ofício nº SGN/220/98, de 16-6-98, subscrito pelo Secretário-Geral da Mesa do Senado, **in verbis:**

«Com referência à Lei nº 9.639, de 25 de maio de 1998, informo V. Sa. que o Plenário do Congresso Nacional, na sessão de 12-5-98, aprovou o Projeto de Lei de Conversão nº 4, de 1998, advindo da Medida Provisória nº 1.608-14, **dele não constando o parágrafo único do art. 11.**

Cabe esclarecer que, na sessão do dia 5-5-98, o Relator da matéria apresentou uma versão do mencionado projeto de lei de conversão com o dispositivo em questão. Entretanto, na sessão em que houve a sua aprovação, **o Relator apresentou novo texto do projeto de lei de conversão, sem o parágrafo único do art. 11, versão esta que veio a ser aprovada pelo Plenário.**

No momento da confecção dos autógrafos a serem encaminhados à sanção do Senhor Presidente da República, **por equívoco** foi tomada com base na primeira versão constante do processo, ensejando a publicação da Lei no Diário Oficial da União de 26-5-98, contendo o mencionado dispositivo. **Constatado o equívoco,** de imediato foi enviada

mensagem ao Senhor Presidente da República comunicando o fato e solicitando a republicação da Lei, o que veio a ocorrer no dia seguinte, ou seja, 27-5-98.»

4.1 Estas afirmações são coerentes com o que consta das notas taquigráficas da Seção do Congresso Nacional do dia 12-5-98, as quais revelam o seguinte diálogo entre o Relator da matéria e o Presidente do Congresso Nacional, **in verbis:**

«**O Sr. José Luiz Clerot** (Bloco/PMDB-PB) — Solicito a palavra pela ordem, Senhor Presidente, como Relator.

O Sr. Presidente (Antônio Carlos Magalhães) — Concedo a palavra a Vossa Excelência, pela ordem.

O Sr. José Luiz Clerot — Senhor Presidente, a discussão está encerrada e o projeto de lei vai à votação. Eu gostaria de fazer uma retificação no parecer.

O Sr. Presidente — Solicito a Vossa Excelência que mande por escrito a retificação. Não pode ser uma retificação verbal.

O Sr. José Luiz Clerot — Senhor Presidente, farei um comentário e o enviarei por escrito à Mesa, retirando as alterações que fiz no Projeto de Conversão. Explico-me: retirarei as modificações feitas nos §§ 6°, 8° e 9° do art. 7° e voltarei à redação da própria Medida Provisória. **Quanto ao art. 11, em que há um artigo e um parágrafo, o referido artigo fica restrito apenas ao *caput* do artigo que se refere aos agentes políticos, retirando-se o parágrafo único.**

O Sr. Presidente — Solicito a Vossa Excelência que encaminhe a retificação, para que não haja dúvida no Plenário. A Mesa já entendeu perfeitamente.

O Sr. José Luiz Clerot — Levarei à Mesa, Senhor Presidente.

O Sr. Presidente — Muito obrigado.»

4.2 Vê-se que houve erro material, que não pode ser imputado ao processo legislativo, mas a lapso manifesto ou a erro gráfico.

Com efeito, pelo Ofício n° 216, de 26 de maio deste ano, o Primeiro Secretário da Mesa do Senado dirigiu-se ao Chefe da Casa Civil da Presidência da República nos seguintes termos, **in verbis:**

«Encaminho a Vossa Excelência a Mensagem n° 37, de 1998, do Congresso Nacional, comunicando ao Senhor Presidente da República ter havido inexatidão material nos autógrafos e na publicação da Lei n° 9.639, de 26 de maio de 1998, oriunda do Projeto de Lei de Conversão n° 4, de 1998, do Congresso Nacional, que «dispõe sobre amortização e parcelamento de dívidas oriundas de contribuições sociais e outras importâncias devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, altera dispositivos das Leis n°s 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências».

A fundamentação legal para a presente retificação acha-se na letra **c** do art. 315 do Regimento Interno do Senado Federal.»

Por sua vez, dispõe o referido art. 325, **in verbis:**

«**Regimento Interno do Senado Federal**

(Resolução n° 93, de 1970)

Capítulo XV

Da Correção de Erro

Art. 325. Verificada a existência de erro em texto aprovado e com redação definitiva, proceder-se-á da seguinte forma:

a) tratando-se de contradição, incoerência, prejudicialidade ou equívoco que importe em alteração do sentido do projeto, **ainda não remetido** à sanção ou à Câmara, o Presidente encaminhará a matéria à comissão competente para que proponha o modo de corrigir o erro, sendo a proposta encaminhada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania antes de submetida ao Plenário;

b) nas hipóteses da alínea anterior, quando a matéria tenha sido encaminhada à sanção ou à Câmara, o Presidente, após manifestação do Plenário, **comunicará o fato ao Presidente da República ou à Câmara, remetendo os novos autógrafos, se for o caso, ou solicitando retificação do texto, mediante republicação da lei;**

c) tratando-se de inexatidão material, devida a lapso manifesto ou erro gráfico, cuja correção não importe em alteração do sentido da matéria, o Presidente adotará as medidas especificadas na alínea anterior, mediante ofício à Presidência da República ou à Câmara, dando ciência do fato, posteriormente, ao Plenário.»

4.3 Erro material não forma lei, e nem poderia, porque o texto não foi discutido nem aprovado pelo Parlamento. É simplesmente inexistente como lei.

Admitir o contrário implica desrespeito ao mais elementar princípio republicano, porque macula o processo de formação das leis que regem o Estado, passando a ser permitido legislar por erro e por fraude, formas imensuravelmente mais espúrias e arrogantes do que pelo execrado decreto-lei e só compatível com as republiquetas que ainda não se personificaram no concerto das nações civilizadas.

5. Senhor Presidente, sem prejuízo do que disse até aqui, há uma outra razão insuperável que impede o reconhecimento da anistia pretendida.

Dispõe o art. 48, VIII, da Constituição que **cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre concessão de anistia.**

Como se viu, o Congresso Nacional **não dispôs** sobre a concessão da anistia pretendida nesta impetração, de forma que ficamos diante de um obstáculo absolutamente insuperável, que é a letra clara e expressa da Constituição.

Por esta razão não se trata de lei materialmente inconstitucional, porque não contraria qualquer dispositivo da Constituição; também não se trata de lei formalmente inconstitucional, por ofensa ao processo legislativo, porque sequer processo legislativo houve no particular. É, pois, simplesmente lei inexistente.

6. **Concluo, Senhor Presidente, que o parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639, de 25-5-98, é inexistente como lei, razão pela qual não pode ser invocado pelas partes nem ser aplicado pelo Poder Judiciário.**

II — A isonomia

7. Entendo que não cabe, também, a invocação do **princípio da isonomia** em favor do paciente, pela aplicação extensiva da norma prevista no ***caput*** **do art. 11 da Lei nº 9.639/98.**

Cabem algumas rápidas considerações sobre o referido art. 11.

O **caput** está dirigido aos agentes políticos, ou seja, aos administradores politicamente investidos em cargos públicos, devendo a expressão «sem que fosse atribuição legal sua», ser compreendida como a de co-responsabilidade, dirigida simultaneamente ao Presidente da República, Governadores e Prefeitos, e bem assim aos seus Ministros, Secretários ou Órgãos equivalentes ou de menor escalão, mas também responsáveis pelo não-recolhimento criminoso das contribuições descontadas dos servidores ou do público. Não vejo outro sentido nesta expressão, até porque se o agente político não tem a atribuição nem o dever de praticar determinado ato, pela omissão na prática deste ato não pode ele ser responsabilizado.

O parágrafo único é dirigido a todas as demais pessoas que não sejam agentes políticos, ou seja, a todos os particulares.

7.1 Quando uma lei ofende ao **princípio de isonomia**, este fato resulta na sua inconstitucionalidade e, assim, não pode ser aplicada em qualquer caso.

Isto porque, no controle de constitucionalidade das leis, o Poder Judiciário não pode atuar como legislador positivo, porque, se o fizesse, estaria usurpando funções precípuas dos outros dois poderes: do Legislativo, encarregado de processar a elaboração das leis, e do Executivo, encarregado de sancionar ou vetar, promulgar e mandar publicar o seu texto.

É por esta razão, e só por ela, que o Poder Judiciário só pode atuar como legislador negativo, ou seja, declarando a inconstitucionalidade das leis e extirpando-as por serem perturbadoras da higidez do sistema jurídico.

7.2 Este princípio está expresso na Súmula 339, segundo a qual «não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia».

7.3 No mesmo sentido está orientada a jurisprudência do Tribunal como se vê no MS nº 20.287-DF, Rel. Min. **Soares Muñoz, *in*** RTJ 104/90, assim ementado, **in verbis:**

> «Anistia. Praças da Marinha punidos com base na Legislação Ordinária.
>
> — Ao Judiciário, que não cabe, por não ter função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia (Súmula 339), descabe, pela mesma razão, incluir no art. 1º da Lei nº 6.683/79, com arrimo no princípio da isonomia, servidores punidos com base na legislação ordinária.
>
> — Mandado de segurança indeferido.»

Também no HC nº 76.543-SC, Rel. Min. **Sydney Sanches, *in*** p. 6 do DJ de 17-4-98 e Ementário 1.906-03-494, este Tribunal entendeu que, segundo excerto da ementa, **in verbis:**

> **«Direito Constitucional, Penal e Processual Penal. ...**
>
> ...
>
> Ora, se a lei mais benigna tivesse ofendido o princípio da isonomia, seria inconstitucional. E não pode o Juiz estender o benefício decorrente da inconstitucionalidade a outros delitos e a outras penas, pois, se há inconstitucionalidade, o juiz atua como legislador negativo, declarando a invalidade da lei. E não como legislador positivo, ampliando-lhe os efeitos a outras hipóteses não contempladas.
>
> 5. De qualquer maneira, bem ou mal, o legislador entendeu ser mais

condescendente com o crime de tortura do que com os crimes hediondos, o tráfico de entorpecentes e o terrorismo.

Essa condescendência não pode ser estendida a todos eles, pelo Juiz, como intérprete da Lei, sob pena de usurpar a competência do legislador e de enfraquecer, ainda mais, o combate à criminalidade mais grave.»

7.4 Impende observar, por fim, que se trata de crime de mera conduta, independente, pois, do eventual proveito que poderia ser obtido pelo agente político ou pelo particular, ainda que este proveito possa ser relevante para particularizar as condutas quando praticadas por agente político ou por particular. É precisamente por esta razão — o proveito — que a anistia pode ser dirigida apenas aos agentes políticos, excluídos os agentes particulares, sem que se possa inquiná-la de inconstitucional por ferir o princípio da isonomia.

7.5 **Por tais razões, não há como deferir o pedido, sequer pela invocação da isonomia em relação ao *caput* do art. 11 da Lei nº 9.639/98.**

8. Ante o exposto e com a vênia dos que entendem em contrário, conheço do pedido, mas indefiro a ordem impetrada.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sr. Presidente, o caso, em síntese, é de dispositivo não votado nem aprovado quando da votação do projeto de lei de conversão mas, não obstante, inserido no autógrafo, que foi sancionado e publicado pelo Presidente da República e, no dia seguinte, excluído mediante republicação.

Sustentei, na tribuna dos advogados desta Casa, a irrevogabilidade de toda lei de anistia (cf. Extr 417): sendo a lei de anistia uma lei de descriminação retroativa de um determinado fato, é claro que, tendo incidido e dada a irretroatividade **in pejus** da lei penal, não pode mais ser revogada.

Mas é claro que a irrevogabilidade de lei de anistia pressupõe lei **válida** de anistia, vale dizer, lei constitucional. Não há distinguir, no caso, entre inconstitucionalidade material e inconstitucionalidade formal.

No caso, não se trata, já se acentuou aqui, de lei inexistente. O Presidente da República, que é um dos sujeitos do processo legislativo, sancionou e fez publicar a lei como constante do autógrafo. A lei, assim, existiu, mas como lei inconstitucional, porque inserida na sanção presidencial, ainda que, por equívoco, a que induzido o Chefe de Governo, sem ter sido objeto da aprovação do Congresso Nacional.

No memorial relativo ao **HC** 77.724, o ilustre impetrante suscita um segundo fundamento: se expungido o parágrafo, o **caput** do art. 11 da Lei 9.639/98 seria inconstitucional por ofensa ao princípio da isonomia.

Sustenta-se, então, a inconstitucionalidade, porque teria beneficiado, sem razão de ***discrimen*** objetiva, os agentes políticos, a quem se imputasse um determinado crime — no caso a apropriação indébita por equiparação de contribuições previdenciárias — e não outros que houvessem praticado a mesma infração penal. Daí que, a título de interpretação conforme, se postula extensão de anistia aos particulares.

O argumento, embora exposto com habilidade, não me convenceu. Não estou em que a lei de anistia não possa restringir-se a uma categoria abstrata de agentes. Tenho dúvida quanto à constitucionalidade de leis de anistia personalizada, mas não é o caso, ela abrange toda uma categoria de sujeitos abstratamente definidos: os agentes políticos a que imputada a prática de deter-

minada infração penal, ainda que não lhes seja própria.

Mas, de qualquer sorte, quando o **caput** violasse a isonomia, inconstitucional seria, então, a anistia nele deferida. O caso jamais comportaria interpretação conforme, porque o **caput** claramente quis restringir a anistia aos agentes políticos a que imputados, em razão de seus cargos, a prática da apropriação ilícita de contribuições sociais de trabalhadores. Como é de dogma corriqueiro, a título de interpretação conforme à Constituição não se pode inverter o sentido que o legislador tenha imposto conscientemente à lei questionada.

Com essas breves considerações, acompanho os eminentes Relatores e indefiro a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 77.734 — SC — Rel.: Min. Néri da Silveira. Pacte.: Marcelino Eduardo Britapaja. Impte.: Jorge Ricardo Silva. Coator: Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, «indeferiu» o «habeas corpus» e «declarou» a «inconstitucionalidade» do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639, em sua publicação no Diário Oficial da União de 26-5-1998, explicitando-se que a declaração tem efeitos «ex tunc». Votou o Presidente. Falou pelo Ministério Público Federal o Dr. Geraldo Brindeiro, Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Celso de Mello, Presidente. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso, Vice-Presidente.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 4 de novembro de 1998 — Gisele Menegale, p/Coordenador.

HABEAS CORPUS Nº 79.356 — RJ
(Primeira Turma)

Relator: O Sr. Ministro Sydney Sanches

Paciente: Alvaro Rodrigues Pereira — Impetrante: Sergio Geraldo Moreira Rodrigues Jr. — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Direito processual penal.

Habeas Corpus ***perante o Superior Tribunal de Justiça contra decisão estadual que considerou intempestivo recurso especial.***

Decisão do relator no STJ, não admitindo o **HC** ***preclusão.*** **Habeas Corpus** ***perante o STF. Cabimento e deferimento parcial.***

1. Tem razão o Ministério Público federal, enquanto sustenta que, nos Recursos Ordinários, os recorrentes devem declinar as razões pelas quais pleiteiam a reforma do acórdão denegatório de *Habeas Corpus*, proferido na instância de origem.

2. Aqui, porém, não se trata de Recurso Ordinário, mas, sim, de *Habeas Corpus* impetrado diretamente perante esta Corte, ainda que em substituição àquele, o que sua jurisprudência admite.

3. E, ao contrário do que pareceu a seu ilustre representante, a impetração está suficientemente fundamentada, procurando demonstrar a tempestividade do Recurso Especial.

4. Também tem razão o Ministério Público federal, quando afirma que, contra o indeferimento liminar do *Habeas Corpus*, pelo Ministro-Relator, no Superior Tribunal de Justiça, caberia Agravo Regimental para a Turma respectiva, a fim de que esta admitisse, ou não, a impetração.

Não o tendo interposto, porém, o impetrante, tornou-se preclusa tal decisão. E se esta causa constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do paciente, o *Habeas Corpus*, impetrado perante esta Corte, em princípio, deve ser considerado admissível.

5. O paciente, segundo alega, está condenado a 36 anos de reclusão, pela prática de crime de latrocínio e dois crimes de roubo de carro, reconhecida a continuidade delitiva.

Contra o acórdão estadual, interpôs Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça, que, todavia, na origem, foi considerado intempestivo.

Daí a impetração de *Habeas Corpus*, perante o Superior Tribunal de Justiça, com o propósito de demonstrar a tempestividade do referido Recurso.

Em princípio, se a tempestividade estiver demonstrada na impetração, então ficará caracterizado constrangimento ilegal, com a inadmissão do recurso especial. E a liberdade de locomoção do paciente estará em jogo, pois está condenado à reclusão e ainda quer recorrer à instância superior.

6. A esta Corte, porém, não cabe, desde logo, considerar comprovada, ou não, a tempestividade do Recurso Especial.

Cabe-lhe, isto sim, deferir, em parte, o presente *Habeas Corpus*, apenas para considerar cabível o *Habeas Corpus* impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça e para que este o examine como de direito.

7. *HC* deferido, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do pedido de «habeas corpus» e o deferir, em parte, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 4 de abril de 2000 — **Moreira Alves**, Presidente — **Sydney Sanches**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sydney Sanches (Relator): O ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Wagner Natal Batista**, no parecer de fls. 74/82, resumiu a impetração e, em seguida, opinou, nos termos seguintes:

> «***Habeas Corpus*** **substitutivo de recurso de** ***Habeas Corpus*****. Ausência de razões. Despacho de ministro do Superior Tribunal de Justiça que negou seguimento à ordem anteriormente impetrada. Inconstitucionalidade. Parecer pelo não conhecimento ou pela cassação da referida decisão.**

Trata-se de **habeas corpus**, impetrado contra ato praticado pelo Exm° Sr. Ministro Fernando Gonçalves, consistente na denegação do HC 8.178/RJ, em favor de Álvaro Rodrigues Pereira, acusado pela prática do crime definido nos arts. 157, § 3° e 157, § 2°, I e II (duas vezes), na forma do art. 71, parágrafo único, todos do Código Penal.

Ao apreciar referido **habeas corpus**, o Ilustre magistrado concluiu, monocraticamente, pelo indeferimento do pedido, restando a decisão assim fundamentada:

> «Vistos, etc. o **habeas corpus** não é remédio adequado para atribuir tempestividade a recurso, mas, tão-somente, para resguardar o direito de ir e vir. Indefiro o pedido inicial.»

Contra tal despacho, impetra-se a presente ordem de **habeas corpus**, pugnando o impetrante pela concessão da ordem, sob a alegação de que, ante a ocorrência de força maior, é de ser reconhecida e declarada a tempestividade do recurso especial.

É o relatório.

Preliminarmente

Inicialmente, é de se considerar tratar-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário de **habeas corpus** não interposto, eis que se volta contra a denegação, por Relator do STJ, de ordem lá pleiteada.

O impetrante não apresentou um só argumento acerca dos fundamentos da denegação; somente reiterou os termos da primitiva impetração, como se pode constatar de simples leitura comparativa das impetrações. Não há, pois, como conhecer do pedido. Isso porque tem entendido o STF que:

> «**Recurso de** ***habeas corpus*** **que não ataca os fundamentos do acórdão recorrido, descumprindo exigência do art. 310 do RISTF. Não conhecimento do apelo** (Grifei), sem concessão da ordem, de ofício (art. 193, II), porque o excesso de prazo no encerramento da instrução decorre de diligências de interesse da defesa; e também porque as razões da prisão preventiva, mantidas ao ensejo da denegação de **Habeas Corpus** anterior, ainda subsistem. Recurso de **habeas corpus** não conhecido.» (RHC n° 65.947, Relator **Ministro Sydney Sanches**, 1ª Turma, RTJ 141/144).

> «***Habeas Corpus*****. Recurso Ordinário interposto sem razões. Não conhecimento do apelo, de acordo com a jurisprudência do STF baseada no art. 310 de seu Regimento Interno** (Grifei)». (RHC n° 67.165, Relator **Ministro Néri da**

Silveira, 1ª Turma, DJ de 28-2-92, p. 2171).

«***Habeas Corpus*. Interposição contra decisão do Superior Tribunal Militar, que não conheceu de *Habeas Corpus*. Substituição de recurso ordinário».** O fundamento do não-conhecimento do pedido de **habeas corpus** pela instância **a quo** foi não se inserir a alegada divergência quanto à aplicação de lei entre as nulidades passíveis de correção a qualquer tempo pela via do **writ**, inclusive após o trânsito em julgado da decisão condenatória, ajustando-se melhor para exame da pretensão a revisão criminal. **O impetrante**, no entanto, ao se limitar a sustentar a aplicabilidade da Lei 9.099/95 aos processos penais militares, **esqueceu-se de questionar — e não o faz em nenhum momento — os argumentos que deram sustentação ao acórdão atacado. Ora, tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, deve conter ele razões contrárias ao decidido pela instância originária, não podendo limitar-se a adotar as inicialmente apresentadas** (*Grifei*). **Habeas Corpus** não conhecido. (HC 77.541/AM, Relator Ministro **Ilmar Galvão**, DJ de 18-12-98, p. 50, 1ª Turma).

Por qualquer razão afastada essa preliminar, outra se apresenta:

Quanto ao suposto constrangimento a que se encontraria submetido o paciente, consistente no indeferimento singular da ordem, cremos não constituir o **habeas corpus** o instrumento mais apropriado para combater a irregularidade aventada, pois, como é sabido, torna-se inviável o conhecimento de decisão monocrática da qual ainda caiba recurso na origem.

A propósito, prescreve o art. 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça ser cabível recurso de Agravo Regimental contra decisão de Relator, a ser apresentado no prazo de 5 dias, pelo que, deduz-se deveria o impetrante ter feito uso desse remédio processual, inicialmente, e não vir ao STF.

No mérito

Superadas as preliminares argüidas, temos que maculada pelo vício da inconstitucionalidade a decisão recorrida. De fato, não poderia o Il. Ministro ter indeferido a ordem singularmente, posto que tal competência está reservada a órgão colegiado e não a um relator, isoladamente. Senão, vejamos:

A Constituição Federal, por seu artigo 96, I, **a**, dispõe que «Compete privativamente aos Tribunais eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, **com observância das normas de processo** e das garantias processuais das partes...» (Grifei).

A Lei 8.038/90, por sua vez, reporta-se ao Código de Processo Penal, dispondo que, aos **habeas corpus** impetrados perante o Superior Tribunal de Justiça aplicam-se as leis processuais contidas naquele Diploma, precisamente as do capítulo referente ao remédio jurídico em comento.

Realmente, a Lei Adjetiva Penal, por seu artigo 663, corrobora o que dissemos alhures, dispondo que, caso entenda o presidente do tribunal que o **habeas corpus** deva ser indeferido **in limine**, o procedimento a ser tomado não é outro senão o de levar a petição **ao tri-**

bunal, câmara ou turma, para que haja deliberação a respeito (grifei).

O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, prevê, em seu art. 34, XVIII, a possibilidade de o relator negar seguimento a pedido manifestamente incabível, o que, uma vez aplicado em relação ao pedido de **habeas corpus**, vai de encontro, à evidência, ao que determina a Lei Maior, posto que a competência para indeferir a ordem assiste ao órgão colegiado e não a um magistrado, isoladamente, conforme já expusemos.

Daí por que, ao indeferir o pedido de forma singular, conforme lhe permite o Regimento Interno, o E. Ministro o fez com absoluta dissonância ao artigo 96, I, **a**, da Carta Magna, o que ficou minudentemente demonstrado, de tal sorte que a outra conclusão não se chega, senão a de que estamos diante de um ato maculado de flagrante inconstitucionalidade.

A melhor doutrina, aliás, apresenta entendimento consonante. Tal é o que se depreende das seguintes lições:

> «Regimento Interno **se assenta fundamentalmente nos preceitos da Constituição**, da Lei Orgânica da Magistratura e dos Códigos e Leis de Processo» (Grifei) (Comentários à Constituição Federal de 1988 — Roberto Barcellos de Magalhães)

> «legislador constituinte estabeleceu com minúcias os parâmetros a serem obedecidos pelos tribunais na elaboração de seus respectivos Regimentos Internos, lei material que esse segmento importante do Poder Judiciário pode e deve fazer. Além da **rígida observância das normas de processo** e das garantias processuais das partes...» (Grifei) (Comentários à Constituição do Brasil de 1988 — J. Cretella Jr.)

Dessa forma, não seria possível ao Ministro Relator indeferir liminarmente o pedido de **habeas corpus** e, sim, submetê-lo à apreciação da Egrégia Turma julgadora, o que se sugere. Outrossim, é possível notar-se que, muito embora o **habeas corpus** não seja a via prevista para atribuir tempestividade a recurso, o simples fato de o impetrante ter perdido o prazo para sua interposição poderá vir a representar, em tese, iminente risco de prisão ao ora paciente.

A ameaça à liberdade de locomoção, no caso, revela-se indireta, o que não impediria fosse a ordem de **habeas corpus** conhecida, conforme já restou assentado por esta Corte:

> «**Ementa: Constitucional. Processual penal. *Habeas Corpus*: Cabimento. Inconstitucionalidade *incidenter tantum***. I. — Não é somente a coação ou ameaça direta à liberdade de locomoção que autoriza a impetração do **habeas corpus**. Também a coação ou ameaça indireta à liberdade individual justifica a impetração da garantia constitucional inscrita no art. 5°, LXVIII, da CF. II. — Possibilidade da discussão da constitucionalidade de norma legal no processo do **habeas corpus**. Precedentes do STF. III.— Recurso provido.» (RHC 76.946/MS, Relator Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 11-6-99, p. 30, 2ª Turma)

De fato, equivocou-se o Ilustre Relator ao não conhecer da ordem impetrada ante os argumentos expendidos, posto que a mera perda do prazo recursal poderá vir, ainda que indiretamente, a afetar a liber-

dade de locomoção do paciente. Dessa forma, seria o caso de o Superior Tribunal de Justiça conhecer do pedido.

Sem mais, manifesta-se o MPF, inicialmente, pelo não conhecimento do recurso e, se conhecido, pela cassação da decisão proferida pelo impetrado, com o conseqüente prosseguimento do julgamento no Superior Tribunal de Justiça.»

É o Relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sydney Sanches (Relator): 1. Tem razão o Ministério Público federal, enquanto sustenta que, nos Recursos Ordinários, os recorrentes devem declinar as razões pelas quais pleiteiam a reforma do acórdão denegatório de **Habeas Corpus**, proferido na instância de origem.

2. Aqui, porém, não se trata de Recurso Ordinário, mas, sim, de **Habeas Corpus** impetrado diretamente perante esta Corte, ainda que em substituição àquele, o que sua jurisprudência admite.

3. E, ao contrário do que pareceu ao douto Subprocurador-Geral da República, a impetração está suficientemente fundamentada, ainda que um ou outro fundamento possa não ser relevante.

Na verdade, S. Exa. parece haver sido induzido a essa conclusão, diante da inversão das folhas da petição inicial, que, se lidas na seqüência em que se encontram, a fls. 2, 3, 4 e 5, levariam ao não entendimento do pedido e de sua fundamentação.

A leitura deve ser feita, porém, nesta seqüência: folha 2, folha 4, que deveria ser 3, e folha 3, que deveria ser 4. Esta a transcrição da inicial, na seqüência correta:

«**Exmo. Sr. Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal**

O advogado Sergio Geraldo Moreira Rodrigues Jr., inscrito na OAB/RJ sob o n. 36.235, com escritório na Av. Graça Aranha, 19, grupo 603, na cidade do Rio de Janeiro, vem impetrar ordem de **Habeas Corpus** em favor de **Alvaro Rodrigues Pereira**, que está sofrendo coação ilegal, como a seguir é exposto:

1. O paciente foi condenado a 36 anos de reclusão, pela prática de crime de latrocínio e dois crimes de roubo de carro, reconhecida a continuidade delitiva.

2. Interposta apelação, entendeu a 1ª Câmara do Tribunal de Justiça, por maioria, negar provimento ao recurso, vencido o Juiz Vogal, que o provia parcialmente, para reduzir a reprimenda corporal.

3. Em conseqüência, o paciente opôs embargos *infringentes*. Não obstante o parecer favorável do Ministério Público, os embargos foram rejeitados, também por maioria, pois que dois votos comungavam do voto vencido na apelação.

4. Em face do quadro que se estabeleceu, restava à defesa a interposição de recurso especial.

5. Sucede que no último dia do prazo para que o aludido recurso fosse protocolado, o impetrante participava de audiência na 2ª Vara Criminal Regional de Bangu, subúrbio localizado na Zona Oeste do Rio de Janeiro, onde permaneceu até as 16:15h, como comprova a ressalva expedida pelo douto Juízo mencionado.

6. Em virtude do congestionamento de tráfego, bastante comum à época (fato público e notório), o percurso até a Comarca da Capital consumiu mais de

duas horas e meia, impedindo o impetrante de protocolar o recurso.

7. Posto que instruída com a ressalva fornecida pela Vara Criminal de Bangu, a petição em que se pleiteava a reconsideração do despacho que declarou o recurso intempestivo foi indeferida.

8. Embora evidente a ocorrência de força maior, houve por bem o 3º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça não reconsiderar a decisão. Demonstrou, assim, olímpica indiferença ao direito à ampla defesa que a Constituição da República assegura aos acusados em geral.

9. Em face de tais circunstâncias, o impetrante requereu **habeas corpus** junto ao Superior Tribunal de Justiça, por se tratar de coação emanada de Desembargador.

10. O pedido teve a inicial indeferida ao argumento de que o **habeas corpus** «não é remédio adequado para atribuir tempestividade a recurso, mas, tão-somente, para resguardar o direito de ir e vir».

11. Com a devida vênia, o entendimento é insustentável.

12. O **habeas corpus** pode e deve ser admitido quando haja ilegalidade ou abuso de poder, violando ou ameaçando a liberdade física, pois assim estabeleceu, imperativamente, o texto constitucional, **regra que não pode ser interpretada ou aplicada restritamente contra a liberdade individual, não obstante qualquer disposição de lei ordinária, a esse respeito, ou em contrário (Supremo Tribunal Federal, 27 de julho de 1907)** — cf. **História e Prática do *Habeas Corpus***, Pontes de Miranda, Borsoi, 4ª ed., 1961, p. 466).

13. Essa Colenda Corte assim tem decidido numerosas vezes, dando ao **habeas corpus** uma nova dimensão. No HC 43.574, relator o eminente Ministro Luiz Gallotti, a antiga 3ª Turma concedeu a ordem para que se cumprisse a decisão do Tribunal de Justiça que mandou o paciente a novo Júri, sem prejuízo de sua prisão. Declara-se desta forma cabível o HC sempre que uma ilegalidade manifesta é cometida no curso do processo criminal, em prejuízo da defesa (cf. RTJ 39/369).

14. Na hipótese versada neste pedido, a concessão da ordem implicaria no reconhecimento do princípio da igualdade entre as partes. Afinal, são incontáveis as decisões que, a par de reconhecerem o excesso de prazo na prisão de réus ainda não julgados (e, portanto, presumidos inocentes), não concedem o **writ** fortes no argumento de que a Justiça Criminal está assoberbada de trabalho. Por uma questão de eqüidade, igual tolerância há de se entender aos advogados, obrigados a cumprir compromissos entre comarcas distantes dentro do Estado.

15. Ainda que se pudesse argüir de negligente o comportamento do advogado, o que importa é que o despacho sob censura sacrifica o direito à ampla defesa do paciente, e não o seu patrono. Contra este poderiam ser adotadas medidas cabíveis junto à OAB.

16. Isto posto, confia o impetrante na concessão da ordem, a fim de que seja declarada a tempestividade do recurso especial, reconhecida a ocorrência de força maior.

E. deferimento.

Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 1998.

as.) Sergio Moreira Junior

Adv. 36.235.»

4. Como se vê, nessa seqüência, a petição inicial está suficientemente fundamentada, procurando demonstrar o constrangimento ilegal, decorrente da decisão monocrática impugnada.

5. Também tem razão o Ministério Público federal, quando sustenta que, contra o indeferimento liminar do **Habeas Corpus**, pelo Ministro-Relator, no Superior Tribunal de Justiça, caberia Agravo Regimental para a Turma respectiva, a fim de que esta admitisse, ou não, a impetração.

Não o tendo interposto, porém, o impetrante, tornou-se preclusa tal decisão. E se esta causa constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do paciente, o **Habeas Corpus**, impetrado perante esta Corte, em princípio, deve ser considerado admissível.

6. Com efeito, o paciente, segundo alega, está condenado a 36 anos de reclusão, pela prática de crime de latrocínio e dois crimes de roubo de carro, reconhecida a continuidade delitiva (fl. 2).

Contra o acórdão estadual, interpôs Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça, que, todavia, na origem, foi considerado intempestivo.

Daí a impetração de **Habeas Corpus**, perante o Superior Tribunal de Justiça, com o propósito de demonstrar a tempestividade do referido Recurso.

Em princípio, se a tempestividade estiver demonstrada na impetração, então ficará caracterizado constrangimento ilegal, com a inadmissão do recurso especial. E a liberdade de locomoção do paciente estará em jogo, pois está condenado à reclusão e ainda quer recorrer à instância superior.

7. A esta Corte, porém, não cabe, desde logo, considerar comprovada, ou não, a tempestividade do Recurso Especial.

Cabe-lhe, isto sim, deferir em parte o presente **Habeas Corpus**, apenas para considerar cabível o **Habeas Corpus** impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça e para que este o examine como de direito.

8. Nestes termos, defiro, em parte, o pedido de **Habeas Corpus**, aqui impetrado.

EXTRATO DA ATA

HC 79.356 — RJ — Rel.: Min. Sydney Sanches. Pacte.: Alvaro Rodrigues Pereira. Impte.: Sergio Geraldo Moreira Rodrigues Jr. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma conheceu do pedido de «habeas corpus» e o deferiu, em parte, nos termos do voto do Relator. Unânime.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão. Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Frauzino Pereira.

Brasília, 4 de abril de 2000 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS Nº 79.388 – PR
(Primeira Turma)

Relator: O Sr. Ministro Sydney Sanches

Paciente: José Geraldo Nonino — Impetrante: Cezar Roberto Bitencourt — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Direito Constitucional, Penal e Processual Penal.

Habeas Corpus ***contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, i, da Constituição Federal).***

Paciente denunciado por co-autoria em estelionato praticado contra a Caixa Econômica Federal (art. 171, § 3°, do Código Penal).

Aditamento para alteração da classificação (art. 19 da Lei n° 7.492/86) (fraude contra instituição financeira, para obtenção de financiamento).

Emendatio libelli ***e não*** **mutatio libelli (*artigos 383 e 384, parágrafo único do C. P. Penal*).**

Habeas Corpus.

1. Não se trata aqui de Recurso Ordinário, contra denegação de *Habeas Corpus*, e que tenha vindo desacompanhado de razões.

Cuida-se, isto sim, de *Habeas Corpus* impetrado, perante esta Corte, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, denegatório do *writ* lá impetrado. Para julgar o pedido tem o Supremo Tribunal Federal competência originária (art. 102, I, *i*, da Constituição Federal).

Pouco importa que, na inicial, sejam invocados, para o deferimento da ordem, por esta Corte, os mesmos fundamentos deduzidos diante do Superior Tribunal de Justiça.

É que o impetrante se vale deles, para insistir na alegação de constrangimento ilegal, e para pleitear, com a cassação do aresto impugnado, a abertura do procedimento previsto no art. 384, parágrafo único.

Não há, pois, qualquer obstáculo ao conhecimento do pedido.

2. Quanto ao mérito da impetração: ao paciente, José Geraldo Nonino, se imputou co-autoria, na prática de atos fraudulentos contra a Caixa Econômica Federal, que viabilizaram um financiamento por esta concedido a Vitaliano Fiori.

A classificação incorreta do delito, na denúncia, como previsto nos artigos 171, § 3°, e 29 do CP (co-autoria em estelionato praticado contra «*entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência*») não obscurecia a clara imputação de co-autoria em fraude na obtenção de financiamento em instituição financeira, crime descrito no art. 19 da Lei n° 7.492, de 16-6-1986, que define os delitos contra o Sistema Financeiro Nacional.

Tanto que o réu, ora paciente, se defendeu quanto aos fatos imputados.

3. Nada obstava, pois, que o Ministério Público corrigisse a classificação do delito contida na denúncia.

E foi o que fez.

4. E nada igualmente era empecilho a que o Juiz admitisse o aditamento, como simples *emendatio libelli*, com base no art. 383 do

Código de Processo Penal, sem necessidade de observância do parágrafo único do art. 384, pois não há, no caso, inclusão, na imputação, de *«circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente na denúncia»* (*mutatio libelli*).

5. *HC* indeferido, por não caracterizado o alegado cerceamento de defesa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de «habeas corpus». Falou pelo paciente o Dr. Cesar Roberto Bitencourt.

Brasília, 2 de maio de 2000 — **Moreira Alves**, Presidente — **Sydney Sanches**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sydney Sanches (Relator): 1. Trata-se de **Habeas Corpus** impetrado, perante o Supremo Tribunal Federal, pelo Advogado Dr. Cezar Roberto Bitencourt, em favor de José Geraldo Nonino, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, denegatório de **Habeas Corpus** pleiteado àquela Corte e assim ementado (fl. 16):

«Ementa

Processual Penal. Alteração da classificação do delito. Hipótese de *emendatio libelli*. Art. 383 do CPP. Vista à defesa. Desnecessidade. Violação ao direito de defesa. Inocorrência.

— O réu, em princípio, defende-se do fato imputado e não da sua classificação, que pode ser alterada nos limites do art. 383 do CPP.

— Sendo o caso hipótese de **emendatio libelli** , não há nulidade no processo pela não abertura de vista à defesa.

— **Writ** denegado.»

2. Sustenta, em síntese, o impetrante que foi denunciado por co-autoria em estelionato praticado contra a Caixa Econômica Federal, com base no art. 171, § 3°, do Código Penal.

No curso da instrução, porém, o Ministério Público aditou as denúncias, para alterar a classificação do delito, para a prevista no art. 19 da Lei n° 7.492, de 16-6-1986, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

O Juiz recebeu o aditamento, sem ensejar ao réu, ora paciente, a oportunidade para nova defesa e apresentação ou indicação de novas provas, como determinado pelo parágrafo único do art. 384 do Código de Processo Penal.

3. Aduzindo que, assim, resta prejudicada sua defesa, com violação de princípios constitucionais e legais, conclui a inicial, pedindo «seja concedida ordem de **habeas corpus**, para suspender o cerceamento e determinar a realização do procedimento previsto no art. 384, parágrafo único, do CPP.» (fl. 15, «C»).

4. O Relator sorteado, eminente Ministro **Celso de Mello** indeferiu a medida liminar (fl. 63), deferiu a requisição dos autos nos quais proferido o aresto impugnado (fl. 68), colheu parecer do Ministério Público Federal (fls. 75/84), mas, à fl. 85v°, **«por razões supervenientes, de foro íntimo»**, afirmou incompatibilidade

para atuar no feito (fl. 85v°) que me foi redistribuído, em novo sorteio (fl. 87).

5. O parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Wagner Natal Batista** é pelo não conhecimento do pedido e, no mérito, pelo indeferimento (fls. 75/84), estando sua manifestação sintetizada na ementa de fl. 75, **in verbis**:

> «***Habeas Corpus*** **substitutivo de recurso ordinário não interposto. Ausência de razões. Alegação de nulidade decorrente de *mutatio libelli* sem observância de reabertura de defesa.**
>
> **Parecer pelo não conhecimento do recurso ou pelo seu improvimento.»**

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sydney Sanches (Relator): 1. Ao opinar pelo não conhecimento do pedido, o douto representante do Ministério Público Federal assim fundamentou seu parecer (fls. 75/78):

> «Ilustre advogado impetrou no Superior Tribunal de Justiça pedido de **habeas corpus** que restou denegado. Contra esta decisão vem, agora, o impetrante em **habeas corpus** originário, evidentemente substitutivo de recurso ordinário constitucional perante o Supremo Tribunal Federal, tanto que requereu a requisição dos autos do HC 8.569, para exame, pretendendo a concessão de ordem para anular a ação penal 94.2010539-3, em tramitação na Vara Federal de Londrina, PR, a partir do aditamento formulado pelo Ministério Público, para as providências previstas no art. 384, parágrafo único do CPP.
>
> É o relatório.
>
> **Preliminarmente**

Evidentemente, tratando-se de pedido substitutivo de recurso de **habeas corpus** não interposto, somente pode ser objeto de exame a decisão do STJ que indeferiu o pedido, que se referia à anulação da ação penal sob o argumento de desatendimento de abertura de vista para defesa.

A decisão ora questionada recebeu a seguinte ementa que a resume:

> «**Processual Penal. Alteração da classificação do delito. Hipótese de *emendatio libelli*. Art. 383 do CPP. Vista à defesa. Desnecessidade. Violação ao direito de defesa. Inocorrência.**
>
> — O réu, em princípio, defende-se do fato imputado e não da sua classificação, que pode ser alterada nos limites do art. 383 do CPP.
>
> — Sendo o caso hipótese de **emendatio libelli**, não há nulidade no processo pela não abertura de vista à defesa.
>
> — **Writ** denegado».

O impetrante não apresentou um só argumento acerca dos fundamentos da denegação, somente repetindo os termos da primitiva impetração, como se pode constatar de simples leitura da petição que apresentou, em confronto com a anterior. Não há, pois, como conhecer do pedido. Isto, porque, tem entendido o STF que:

> «**Recurso de *habeas corpus* que não ataca os fundamentos do acórdão recorrido, descumprindo exigência do art. 310, do RISTF. Não conhecimento do apelo** (grifei), sem concessão da ordem, de ofício (art. 193, II), porque o excesso de prazo no encerramento da instrução decorre de diligências de interesse

da defesa; e também porque as razões da prisão preventiva, mantidas ao ensejo da denegação de **Habeas Corpus** anterior, ainda subsistem. Recurso de **habeas corpus** não conhecido.»

(RHC nº 65.947, Relator **Ministro Sydney Sanches**, 1ª Turma, RTJ 141/144).

— ***Habeas Corpus*. Recurso ordinário interposto sem razões. Não conhecimento do apelo, de acordo com a jurisprudência do STF baseada no art. 310 de seu Regimento Interno** (grifei)». (RHC nº 67.165, Relator **Ministro Néri da Silveira**, 1ª Turma, DJ de 28-2-92, p. 2171).

***Habeas Corpus*. Interposição contra decisão do Superior Tribunal Militar, que não conheceu de *Habeas Corpus*. Substituição de recurso ordinário».**

O fundamento do não-conhecimento do pedido de **habeas corpus** pela instância **a quo** foi não se inserir a alegada divergência quanto à aplicação de lei entre as nulidades passíveis de correção a qualquer tempo pela via do **writ**, inclusive após o trânsito em julgado da decisão condenatória, ajustando-se melhor para exame da pretensão a revisão criminal.

O impetrante, no entanto, ao se limitar a sustentar a aplicabilidade da Lei 9.099/95 aos processos penais militares, **esqueceu-se de questionar — e não o faz em nenhum momento — os argumentos que deram sustentação ao acórdão atacado. Ora, tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, deve conter ele razões contrárias ao decidido pela instância originária, não podendo limitar-se a adotar as inicialmente apresentadas** (grifei).

Habeas corpus não conhecido». (HC-77.541/AM, Relator Ministro **Ilmar Galvão**, DJ de 18-12-98, p. 50, 1ª Turma).»

2. Deixo, porém, de acolher a manifestação do Ministério Público nesse ponto.

Não se trata aqui de Recurso Ordinário, contra denegação de **Habeas Corpus**, e que tenha vindo desacompanhado de razões.

Cuida-se, isto sim, de **Habeas Corpus** impetrado, perante esta Corte, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, denegatório do **writ** lá impetrado. Para julgar o pedido tem o Supremo Tribunal Federal competência originária (art. 102, **I, i**, da Constituição Federal).

Pouco importa que, na inicial, sejam invocados, para o deferimento da ordem, por esta Corte, os mesmos fundamentos deduzidos diante do Superior Tribunal de Justiça.

É que o impetrante se vale deles, para insistir na alegação de constrangimento ilegal, e para pleitear, com a cassação do aresto impugnado, a abertura do procedimento previsto no art. 384, parágrafo único.

Não há, pois, qualquer obstáculo ao conhecimento do pedido.

3. Quanto ao mérito: encontram-se em apenso os autos do **Habeas Corpus** nº 8.569, nos quais proferido, pelo Superior Tribunal de Justiça, o julgado aqui atacado.

A seguir serão feitas referências a folhas de tais autos.

4. A denúncia, formulada contra o paciente e co-réus, foi assim apresentada (fls. 28/30 do apenso):

«**Ministério Público Federal**

Procuradoria da República no Paraná

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da 1ª Vara de Londrina — Seção Judiciária do Paraná

O **Ministério Público Federal** vem oferecer a presente denúncia contra

Vitaliano Fiori, italiano, separado judicialmente, Representante Comercial, cédula de identidade de estrangeiro nº W639957-1, residente na Rua Grã-Bretanha, 45, aptº 601, em Londrina PR;

Vitor Bozolan Mendes, brasileiro, casado, Engenheiro Civil, RG nº 432.557-SSP/DF, residente na Rua Pará, 1.639, Londrina-PR;

Rosasco Fiori, Italiano, casado, Representante Comercial, cédula de identidade de estrangeiro nº W5 40353-M, residente na Rua Taquaritinga, 250, San Remo, Londrina-PR;

José Geraldo Nonino, brasileiro, casado, Engenheiro Civil, RG nº 1.254.998-9 — SSP/PR, residente na Rua Ó, nº 90, Bairro Miguel Sutil, Cuiabá-MT, pelas razões expostas a seguir:

Em outubro de 1991, em dia não especificado nos autos, Vitaliano Fiori habilitou-se a um financiamento para aquisição de casa própria, através do SFH, perante a Caixa Econômica Federal. Pretendia adquirir o apartamento 112, situado no bloco I do Edifício Maragogipe, do Conjunto Residencial Saveiros, rua Coronel Camisão, 380, nesta cidade, que fora posto à venda pela Construtora Santa Cruz, pertencente a Vitor Bozolan Mendes e José Geraldo Nonino.

Na ocasião Vitaliano informou a Caixa Econômica Federal que o imóvel lhe custaria o preço de Cr$ 22.603.062,50 (vinte e dois milhões, seiscentos e três mil e sessenta e dois cruzeiros e cinqüenta centavos), comprovando esse fato com uma cópia de opção de venda, firmada por ele pela Construtora, que registrava aquele valor, datada de 23 de outubro de 1991.

Com base nisso foi-lhe deferido o financiamento no valor equivalente a 80% do preço do imóvel, isto é, Cr$ 18.082.450,00 (dezoito milhões, oitenta e dois mil e quatrocentos e cinqüenta cruzeiros), consumando-se a venda e compra do imóvel em questão no dia 29 de outubro de 1991 (fl. 24).

Contudo, posteriormente a CEF descobriu que o valor efetivo da venda correspondeu a Cr$ 19.082.450,00 (dezenove milhões, oitenta e dois mil e quatrocentos e cinqüenta cruzeiros), sendo que a opção de venda apresentada por Vitaliano Fiori, datada de 23-10-91, era ideologicamente falsa, pois o valor ali consignado, Cr$ 22.603.062,50, não correspondia à realidade e visava apenas a aumentar o valor a ser liberado pela Caixa Econômica, que não poderia ser superior a 80% do efetivo preço do imóvel.

Questionados sobre os fatos, os gerentes da Construtora Santa Cruz, Vitor Bozolan Mendes e José Geraldo Nonino forneceram explicações desencontradas e inconsistentes para justificar a diferença de valores existentes entre a opção de venda e o verdadeiro ajuste formalizado com Vitaliano. Mendes afirmou que a diferença levou em conta a mobília que supostamente guarnecia o imóvel e o pagamento **pro rata dia**. Nonino, por sua vez, falou também na

mobília e na inflação galopante existente à época. A venda dos móveis não ficou de modo nenhum provada, e a inflação na época, por sua vez jamais justificaria um acréscimo de mais de 18% no valor do imóvel em seis dias. Ademais, o valor efetivamente pago não passou realmente de Cr$ 19.082.450,00, representado pela prestação de Cr$ 250.000,00, no ato da assinatura do contrato (fl. 131) e mais três parcelas no mesmo valor (fls. 135 e 136), além da parcela correspondente ao financiamento (fl. 134).

Além da falsificação do valor da venda, Vitaliano apresentou uma falsa declaração de renda (fl. 11), firmada por um dos sócios-gerentes da Rocarke-Representações Comerciais Ltda., Rosasco Fiori, sendo que a assinatura e o carimbo da contadora Josefa Gimenes Sofia ali apostos são falsos, tudo com o objetivo de induzir a CEF em erro, para a obtenção de vantagem ilícita.

Como se vê, os sócios-gerentes da Construtora Santa Cruz, Mendes e Bonino, em conluio com Vitaliano, usaram a opção de venda contida nas folhas 25 e 26 dos autos, ideologicamente falsa, para induzir em erro a Caixa Econômica Federal e obter o financiamento num valor maior que o permitido.

Vitaliano, também, usou o documento contido na folha 11, produzido com o concurso consciente de Rosasco Fiori, que, como se viu, possui falsidade material no que diz respeito à assinatura ali aposta de Josefa Gimenes Sofia.

Isto posto, estão os denunciados incursos nas penas do artigo 171, § 3°, c/c 29 do Código Penal (com a observância das regras da consunção no que diz respeito à falsificação e uso dos documentos mencionados), razão por que o Ministério Público Federal requer sejam citados para integrar a relação processual, prosseguindo-se nos demais atos até final sentença condenatória.

Requer, outrossim, a intimação da testemunha Wladimir Carlos Berbert (fl. 89), para que venha depor em juízo sobre os fatos.

P. deferimento.

Londrina, 7 de junho de 1996.

as.) João Heliofar de Jesus Villar

Procurador da República.»

5. Vê-se, pois, desde logo, que ao paciente, José Geraldo Nonino, se imputou co-autoria, na prática de atos fraudulentos contra a Caixa Econômica Federal, que viabilizaram um financiamento por esta concedido a Vitaliano Fiori.

A classificação incorreta do delito, na denúncia, como previsto nos artigos 171, § 3°, e 29 do CP (co-autoria em estelionato praticado contra **«entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência»**) não obscurecia a clara imputação de co-autoria em fraude na obtenção de financiamento em instituição financeira, crime descrito no art. 19 da Lei n° 7.492, de 16-6-1986, que define os delitos contra o Sistema Financeiro Nacional.

6. Tanto que ao apresentar sua defesa prévia, antes do aditamento feito pelo Ministério Público, o réu, ora paciente, assim a formulou (fls. 124/125 do apenso):

«1. Que os fatos descritos na douta denúncia de fl. são atípicos, ou seja, não constituem infração penal tipificada na legislação repressora em vigor, vez que não houve **fraude prejuízo** para a CEF e muito menos vantagem **ilícita** para o defendente;

2. Que as avaliações da CEF dos apartamentos «Tipo» posto a venda, são superiores ao valor de venda do apartamento em questão (doc. 01, 02, 03 e 04 dos autos);

3. Que o valor de venda do apartamento questionado, foi um pouco superior aos demais, por dois motivos: **a)** foi vendido 1 (um) ano após os demais (doc. 05); por se tratar de um apartamento **decorado**, para exposição ao público (doc. 06);

4. Que a diferença de preço nas opções de venda foi em função do sistema utilizado na época pela CEF de correção diária **pro-rata-dia**, conforme ficha financeira da CEF (doc. 07);

5. Que a aprovação do cadastro era feita de forma rigorosa, pela própria CEF;

6. Requer a oitiva das testemunhas abaixo arroladas, que deverão ser devidamente intimadas para o ato.»

7. Nada obstava, pois, que o Ministério Público corrigisse a classificação do delito contida na denúncia.

E foi o que fez, nestes termos (fl. 213 do apenso):

«O **Ministério Público Federal**, por seu membro infra-assinado, no uso das atribuições institucionais decorrentes do art. 129 da CF/88, vem, perante V. Exª, com base nos arts. 569 c/c. 383, do Código de Processo Penal requerer o **aditamento da denúncia**, o que faz da seguinte forma:

Imputa denúncia de fl. que os réus Vitaliano Fiori, Vitor Bozolan Mendes, Rosasco Fiori e José Geraldo Nonino foram denunciados nas penas do art. 171, § 3°, c/c art. 29, ambos do Código Penal, pois, em suma, os sócios — gerentes da Construtora Santa Cruz, Mendes e Bonino, em conluio com Vitaliano, usaram a opção de venda contida nas folhas 25 e 26 dos autos, ideologicamente falsa, para induzir em erro a Caixa Econômica e obter o financiamento num valor maior que o permitido.

No entanto, melhor analisando os fatos delituosos narrados explicitamente na denúncia, a definição jurídica correta é aquela contida no **art. 19 da Lei n° 7.492/86**, pois o valor excedente, vale dizer, a diferença entre o valor liberado inicialmente, com base no preço falso de venda, e o preço efetivo da transação entre o mutuário e a Construtora, caracteriza-se como fraude ao Sistema Financeiro Nacional.

Isto posto, os acusados estão incursos nas penas do **art. 19, da Lei n° 7.492/86 c/c art. 29 do Código Penal.**

Londrina, 25 de junho de 1998.

as.) Mário Ferreira Leite

Procurador Regional da República»

8. E nada igualmente era empecilho a que o Juiz admitisse o aditamento, como simples **emendatio libelli**, com base no art. 383 do Código de Processo Penal, sem necessidade de observância do parágrafo único do art. 384, pois não há, no caso, inclusão, na imputação, de **«circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente na denúncia»** (***mutatio libelli***).

9. Correta, portanto, a posição da douta maioria, formada no julgamento agora impugnado.

10. É este, aliás, o inteiro teor do acórdão (fls. 263/275 do apenso):

«Superior Tribunal de Justiça

***Habeas Corpus* n° 8.569 — Paraná**

Impetrante: Cezar Roberto Bitencourt

Impetrada: Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Paciente: José Geraldo Nonino

Relatório

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de **habeas corpus** impetrado pelo ilustre advogado Cezar Roberto Bitencourt em favor de **José Geraldo Nonino** contra decisão da colenda Segunda Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Segundo narra a inicial, o paciente foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 171 do CP. O paciente, junto com outros, na condição de sócios-gerentes de uma empresa, teriam usado documento falso para induzir em erro a Caixa Econômica Federal com o fim de obter financiamento em valor maior que o permitido.

Posteriormente, foi alterada a classificação do crime para o do art. 19 da Lei 7.492/86, nos termos do art. 383 do CPP.

Impetrado **writ** perante o egrégio TRF da 4ª Região, foi a ordem indeferida, por maioria.

Alega o impetrante que a alteração da denúncia proporcionou ampliação da imputação. Na denúncia, o crime indicado era estelionato, no qual o bem jurídico a ser protegido é o patrimônio individual; já o delito previsto no aditamento visa proteger o sistema financeiro, que é um bem de interesse geral e merecedor, por isso, de maior sanção. Desta forma, o aditamento não implicou em desistência da imputação da denúncia, mas se criou uma nova alternativa para julgamento, de forma que não se poderia negar que houve **mutatio libelli**, pois foi alterada a identidade do fato imputado. Assim, não se trata de hipótese do art. 383 do CPP, mas sim do 384, e portanto deveria ser observado o que este dispositivo dispõe.

A liminar foi denegada à fl. 229.

A douta Subprocuradoria-Geral da República se pronunciou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Habeas Corpus nº 8.569 — Paraná

Ementa

Processual Penal. Alteração da Classificação do Delito. Hipótese de *emendatio libelli*. Art. 383 do CPP. Vista à defesa. Desnecessidade. Violação ao Direito de Defesa. Inocorrência.

— O réu, em princípio, defende-se do fato imputado e não da sua classificação, que pode ser alterada nos limites do art. 383 do CPP.

— Sendo o caso hipótese de **emendatio libelli**, não há nulidade no processo pela não abertura de vista à defesa.

— **Writ** denegado.

Voto

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O paciente foi denunciado pelo uso de opção de venda ideologicamente falsa para induzir em erro a Caixa Econômica Federal e obter financiamento com valor maior que o permitido.

Esta foi a conduta descrita na peça acusatória.

A modificação — em verdade, proposta que não vincula o julgador — promovida pelo **Parquet** (fl. 213), reclassificando a conduta delituosa para a prevista no art. 19 da Lei 7.492/86 não caracteriza, como defende o impetrante, hipótese de **mutatio libelli**, mas sim caso de **emendatio libelli.**

É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que o réu se defende do fato imputado (**causa petendi**), e não da tipificação eventualmente adotada na prefacial acusatória.

O «aditamento» oferecido pela acusação, na verdade, foi apenas um pedido de reclassificação do delito. Por isso, seria até desnecessário, pois isso pode ser feito pelo juiz ao proferir a sentença, nos termos do art. 383 do CPP. O caso não é o do art. 384 do CPP, que envolveria, necessariamente, vista à defesa, mas sim o do art. 383.

Na **mutatio libelli**, por definição, há de haver nova definição jurídica do fato, ou seja, mudança dos fatos imputados ao réu pela acusação. Ora, **in casu**, o que ocorreu foi nada mais que nova classificação do delito.

Não procede o argumento esgrimido pelo impetrante de que a mudança na classificação do delito, e conseqüentemente do bem jurídico tutelado, trouxe prejuízo à defesa, pois a pena do novo delito é maior. Primeiro, porque não houve alteração dos fatos imputados. Segundo, porque o bem jurídico tutelado pelo crime previsto na Lei 7.492/86 também não deixa de ser o patrimônio da instituição financeira.

Esse ponto foi bem observado no pronunciamento da douta Subprocuradoria-Geral da República, da lavra do Dr. Eitel Santiago de Brito Pereira, transcrevendo a manifestação do Procurador Regional (fls. 259-260), de que o crime previsto no art. 19 da Lei 7.492/86 não difere fundamentalmente do crime de estelionato descrito no art. 171 do CP. A diferença está no sujeito passivo, que naquela hipótese deve ser instituição financeira — e a CEF o é. Mas a conduta criminosa em si, não difere: Obter vantagem ilícita mediante fraude.

A situação foi bem esclarecida no pronunciamento:

> «Manoel Pedro Pimentel ao referir-se ao objeto jurídico do artigo 19 da Lei nº 7.492/86, esclarece que o que se pretende é 'a boa execução da Política Econômica do governo, ofendida com a conduta fraudulenta do agente', mas aduz que 'protege-se, também, o patrimônio da instituição financeira que concede o financiamento, sob a égide da fraude'.
>
> Portanto, a distinção entre o estelionato comum e o previsto na Lei nº 7.492/86 é tão-somente do sujeito passivo. Haveria **mutatio libelli**, como quer o impetrante se a denúncia descrevesse um sujeito passivo que não fosse a instituição financeira, e, no aditamento, indicasse alguém com essa qualidade como vítima. Mas se a acusação, originariamente, indicou todos os elementos que integram o tipo do artigo 19 da Lei 7.492/86, à toda evidência, eventual alteração da classificação jurídica original não passa de **emendatio libelli**.»

Nesse sentido:

> **«Penal e Processual Penal, estelionato. majorante específica do par. 3º. *Emendatio libelli.***
>
> I — O réu, em princípio, se defende do fato imputado e não da sua classificação, que pode ser alterada nos limites do art. 383 do CPP. (...)»

(REsp 94.021/PE, do qual fui relator, DJ 2-6-97, p. 23812).

> **«Recurso Especial. Contrariedade aos arts. 383 e 384, do CPP. Dissenso pretoriano. Inocorrência.**

— Narrando a denúncia que acusados receberam dinheiro, mediante a emissão de duplicatas frias, ilaqueando o banco e causando-lhe sérios prejuízos, não há empeço, por força do art. 383, CPP, a nova classificação jurídica dos fatos (estelionato), eis que reunidos os elementos constitutivos do próprio tipo versado no dispositivo legal em que se assenta o decisório, representando mera **emendatio libelli**, sem incidência da regra do art. 384, do CPP. Os réus se defenderam da imputação dos fatos consignada na denúncia e não da definição do crime. Divergência não demonstrada.

— Recurso não conhecido.»

(REsp 106.495/RS, rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 6-4-98, p. 147).

«(...) 1. Se a denúncia narra, suficientemente, os fatos, possibilitando a defesa do acusado, não há razão para anulá-la em virtude de errônea capitulação legal, porquanto pode o magistrado, em atenção ao contido no art. 383, do CPP, corrigir a equivocada subsunção. (...)»

(REsp 147.419/AM, rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJ 22-6-98, p. 191).

«(...) — Conforme o autoriza o art. 383, do Código de Processo Penal, pode o Juiz, ao proferir a sentença condenatória, conferir ao fato descrito na denúncia definição jurídica diversa daquela que lhe deu o Ministério Público, mesmo que tenha que aplacar sanção mais severa. (...)»

(HC 6.610/SP, rel. Min. Vicente Leal, DJ 26/10/98, p. 155).

Pelo exposto, denego o **writ.**

É o voto.

***Habeas Corpus* nº 8.569 — PR (99/0008399-7)**

Voto

O Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp: Sr. Presidente, o pedido neste **habeas corpus** é tão-somente para determinar a realização do procedimento previsto no parágrafo único do art. 384 do Código de Processo Penal, **verbis:**

> «Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.»

Pelo que concluí do memorial do impetrante e sensibilizado pelo voto-vencido no acórdão objeto desse **writ**, a tipificação como crime que viola o sistema financeiro nacional importa na modificação do tipo penal, na sua estrutura, porque tutela bem jurídico diverso daquele do estelionato, o tipo penal exige o prejuízo, além do que a pena é mais grave. O que preconiza a impetração? Refere que a estrutura e a planificação da defesa estaria sendo prejudicada por esse aditamento, por essa nova tipificação. Parece-me que, dentro do princípio da ampla defesa, a planificação de defesa deve ser levada sim em conta, em função da modificação do tipo, com conseqüências mais graves. As testemunhas arroladas poderiam ser outras que não aquelas do sim-

ples estelionato, por exemplo. Os pacientes terão oportunidade de apresentar nova defesa prévia e um novo rol de testemunhas, se for o caso, produzindo defesa adequada.

***Habeas Corpus* nº 8.569 — Paraná (99/0008399-7)**

Relator : O Exmo. Sr. Min. Felix Fischer

Impte.: Cezar Roberto Bitencourt

Impdo.: Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Pacte.: José Geraldo Nonino

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca:

À vista do desencontro de entendimento entre os Ems. Ministros Felix Fischer e Gilson Dipp acerca da aplicação, ao caso, do art. 383 ou 384, do CPP, pedi adiamento do julgamento para melhor formar o meu convencimento.

A denúncia irroga ao paciente haver participado, em conluio com terceiros, de uso de opção de venda de imóvel ideologicamente falsa para induzir em erro a Caixa Econômica Federal e obter financiamento em valor superior ao permitido.

Na peça-base acusatória, foram denunciados como incidentes nas penas do art. 171, § 3ª c/c o art. 29, do Código Penal.

A **posteriori** (fl. 213), aditou o Ministério Público Federal a denúncia, nestes termos (fl. 213):

> «No entanto, melhor analisando os fatos delituosos narrados explicitamente na denúncia, a definição jurídica correta é aquela contida no art. 19, da Lei nº 7.492/86, pois o valor excedente, vale dizer, a diferença entre o valor liberado inicialmente, com base no preço falso de venda, e o preço efetivo da transação entre o mutuário e a Construtora, caracteriza-se como fraude ao Sistema Financeiro Nacional.»

E conclui: «Isto posto, os acusados estão incursos nas penas do art. 19, da Lei nº 7.492/86 c/c o art. 29 do Código Penal.»

Quando feito esse aditamento (em 25-6-98), nem havia sido tomado o depoimento das testemunhas de acusação (fls. 214/215).

O MM. Juiz Federal acolheu o aditamento nestes termos (fls. 239/40):

> «Acolho a manifestação do i. Representante do Ministério Público Federal, de fl. 196, considerando que no conflito aparente de normas entre o artigo 171, parágrafo 3º do Código Penal Brasileiro e o do art. 19 da Lei 7.492/86, há de prevalecer o disposto neste último dispositivo legal, em razão do princípio da especialidade, com fundamento no disposto no art. 383 do Código de Processo Penal. Procedam-se as anotações necessárias». (fl. 216)

É de livre trânsito em doutrina e jurisprudência que o réu se defende da imputação de fato constante da denúncia, e não da classificação do crime feita pelo órgão da acusação.

Merecem destaque estas considerações do il. Procurador Regional da República, Dr. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz (fl. 20):

> «Ao concretizar a imputação o órgão da acusação deverá descrever certo fato que tem por criminoso, atribuindo-o a alguém. E dessa descrição é que se saberá que o fato incriminado lesou a este ou a aquele

bem jurídico, sendo irrelevante, para esse fim, a norma escolhida pelo estado para classificar a imputação.

Todas essas considerações, na verdade, são ociosas, pois não há dúvida de que o artigo 19 da Lei 7.492/86 protege o patrimônio das instituições financeiras. Não há na verdade distinção de fundo entre as condutas previstas no estelionato e no artigo 171 do CP. Tanto é assim que a redação primitiva do projeto originário da Câmara dos Deputados rezava: «Induzir ou manter alguém em erro mediante, artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento, com o fim de obter financiamento».

Manoel Pedro Pimentel ao referir-se ao objeto jurídico do artigo 19 da Lei nº 7.492/86, esclarece que o que se pretende é «a boa execução da Política Econômica do governo, ofendida com a conduta fraudulenta do agente», mas aduz que «protege-se, também, o patrimônio da instituição financeira que concede o financiamento, sob a égide da fraude».

Portanto, a distinção entre o estelionato comum e o previsto na Lei nº 7.492/86 é tão-somente do sujeito passivo. Haveria **mutatio libelli**, como quer o impetrante se a denúncia descrevesse um sujeito passivo que não fosse instituição financeira, e, no aditamento, indicasse alguém com essa qualidade como vítima. Mas se a acusação, originariamente, indicou todos os elementos que integram o tipo do artigo 19 da Lei nº 7.492/86, à toda evidência, eventual alteração da classificação jurídica original não passa de **emendatio libelli.**

Pela mesma razão, não haverá qualquer incongruência entre o pedido da acusação e a sentença, ainda que esta acate a nova classificação adotada no aditamento. É que os limites da sentença são definidos na descrição do fato que constitui a causa de pedir e não na norma escolhida pela acusação para qualificá-lo juridicamente. (fls. 232/233)»

Nessa linha, tem cabida a aplicação do art. 383, do CPP, eis que se trata de nímia **ementatio libelli**, porquanto não se imputam ao paciente outros fatos, os fatos são os mesmos; a definição jurídica é que se alterou, e ainda na fase de oitiva das testemunhas arroladas pelo **Parquet** Federal.

«A regra do art. 384, do CPP só teria pertinência e aplicabilidade se a nova qualificação jurídica dada aos fatos descritos na peça acusatória do Ministério Público dependesse, para sua configuração, de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia.» (STF: RT 608/445; RTJ 79/95; 112/966; 113/153; STJ: RSTJ 42/348; JTACRESP 44/105, dentre outros, **in** Código de Processo Penal Interpretado, 3ª ed. — Júlio F. Mirabete, p. 441).

No caso, nenhuma circunstância ocorreu, a distinção entre o estelionato comum e o previsto na Lei 7.492/86 reside apenas no sujeito passivo, o qual, diga-se, é o mesmo constante da denúncia e do seu aditamento.

Com estas razões, acompanho o voto do Min. Relator, com a devida **vênia** ao Min. Gilson Dipp.

Ementa

Processual Penal. Alteração da classificação do delito. Hipótese de *emendatio libelli*. Art. 383 do CPP.

Vista à defesa. Desnecessidade. Violação ao direito de defesa. Inocorrência.

— O réu, em princípio, defende-se do fato imputado e não da sua classificação, que pode ser alterada nos limites do art. 383 do CPP.

— Sendo o caso hipótese de **emendatio libelli**, não há nulidade no processo pela não abertura de vista à defesa.

— **Writ** denegado.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, denegar o pedido. Votaram com o Relator os Ministros **José Arnaldo** e **Edson Vidigal**. Votou vencido o Ministro **Gilson Dipp** que deferiu o pedido.

Brasília, 18 de maio de 1999 (data do julgamento).

as.) **Ministro José Arnaldo da Fonseca**

Presidente

as.) **Ministro Felix Fischer**

Relator.»

11. É de se acolher, pois, o parecer do Ministério Público Federal, exarado perante esta Corte, no ponto em que opinou pelo indeferimento do pedido (fls. 78/84 dos presentes autos):

«**No mérito**

Vencida a preliminar, nota-se que o pedido de **habeas corpus** não foi concedido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça sob o argumento de inexistir no chamado «aditamento» qualquer inovação na denúncia e sim mera alteração da classificação do delito, a que na forma do disposto no art. 383 do CPP não estava jungido o juiz.

Ora, a decisão do STJ, não peca de nulidade. Se tem o Ministério Público de classificar o delito, pode o magistrado dar ao fato nova definição jurídica, mesmo para condenar por crime mais grave. Isto seria **emendatio libelli** e não **mutatio libelli** como pretende o impetrante.

Tal é a orientação do STF, como se pode ver:

«**Ementa:**

Habeas Corpus.

2. Pacientes denunciados como incursos no art. 334, combinado com o art. 14, II, do Código Penal, e condenados com base no art. 22 e parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986, combinado com o art. 14, II, do Código Penal.

3. Alegação de nulidade da sentença e do processo a partir da fase do art. 499 do Código de Processo Penal, por inobservância do art. 384 e parágrafo único, do mesmo diploma processual penal.

4. **Ocorrência, na espécie, de *emendatio libelli* e não de *mutatio libelli*. Invocação do art. 383, sendo inaplicável o disposto no art. 384 e parágrafo único, ambos do Código de Processo Penal.**

5. Cerceamento de defesa que não se verificou no caso concreto.

6. **O réu defende-se do fato que lhe é imputado na denúncia ou queixa e não da classificação jurídica feita pelo Ministério Público ou pelo querelante. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da denúncia**

ou da queixa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave (Código de Processo Penal, art. 383).

7. Não conhecimento do **habeas corpus**, no que concerne à alegação de retroatividade de lei mais rigorosa (Lei nº 7.766/1989), em relação ao crime de evasão de divisas, porque o tema não foi objeto de debate e decisão, no Tribunal *indigitado* coator, por ocasião do julgamento da apelação interposta pela defesa, já que não suscitado nas razões de recurso.

8. **Habeas Corpus** conhecido, em parte, e, nessa parte, indeferido.

9. Remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, para que julgue, como entender de direito, a parte do pedido não conhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

(HC-74.553/RS, 2ª Turma, Relator Ministro **Néri da Silveira**, DJ de 19-12-96, p. 51769)

Ementa:

— Penal. Processual Penal. Condenação: voto médio. *Emendatio libelli*. Crime de Concussão. Regime prisional.

I — Prevalência do voto médio, mais favorável ao réu. CPP, art. 615, § 1º.

II — **A *emendatio libelli*— a peça acusatória, não obstante descrever com precisão o fato concreto, empresta-lhe qualificação legal diversa (CPP, art. 383) — pode ser praticada pelo Tribunal de 2º grau, por isso que ela não se confunde com a *mutatio libelli* (CPP, art. 384), objeto da Súmula 453-STF.**

III — Crime de concussão: é crime formal, que se consuma com a exigência. Irrelevância no fato do não recebimento da vantagem indevida.

IV — HC indeferido. HC-74.009-/MS, 2ª Turma, Relator Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 14-3-97, p. 6903

Ementa: «— **Habeas corpus**— Impedimento de juiz federal — Atuação de seu cônjuge no processo na condição de representante do Ministério Público — CPP, art. 252, inciso I — Alegada inobservância dos princípios que regem a **mutatio libelli**— Hipótese de mera **emendatio libelli**— Suposta inversão na ordem de apresentação das alegações finais — Inocorrência (CPP, art. 565) — Ordem denegada.

— A norma inscrita no artigo 252 do Código de Processo Penal contém rol taxativo de situações excepcionais, cuja concretização atua como verdadeiro obstáculo ao exercício, pelo magistrado, de seu poder jurisdicional. Os atos praticados pelo juiz, nesse contexto normativo, não são apenas nulos. Mais do que isso, revelam-se juridicamente inexistentes. Inocorre, porém, situação de *impedimento* quando o magistrado federal limita-se a declarar nulos, por incompetência absoluta do órgão judiciário, todos os atos do procedimento penal instaurado perante a justiça local, em que atuou, na condição de representante do Ministério Público, o seu próprio cônjuge. Com a invalidação dos atos processuais, a partir do recebimento da denúncia, desfez-se qualquer possí-

vel eficácia incompatibilizadora da atuação formal da promotora de justiça — que sequer subscrevera a peça acusatória — pois tornou-se nenhuma a repercussão processual de sua participação. No processo-crime em que veio a oficiar, supervenientemente, o magistrado federal.

— A nova classificação jurídica dada aos fatos relatados de modo expresso na denúncia, inobstante a errônea qualificação penal por ela atribuída aos eventos delituosos, não tem o condão de prejudicar a condução da defesa técnica do réu, desde que presentes, naquela peça processual, os elementos constitutivos do próprio tipo descrito nos preceitos referidos no ato sentencial. Defende-se o réu do fato delituoso narrado na denúncia, e não da classificação jurídico-penal dela constante. A regra do artigo 384 do Código de Processo Penal só teria pertinência e aplicabilidade se a nova qualificação jurídica dada aos fatos descritos na peça acusatória do Ministério Público dependesse, para sua configuração, de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia.

— Inocorre situação configuradora de nulidade processual, por cerceamento de defesa, quando o próprio acusado, antecipando-se voluntariamente ao decurso do tríduo legal que então fluía para o Ministério Público, oferece, desde logo, as suas alegações finais. O alegado descumprimento do art. 500 do código de processo penal nesse contexto, é somente imputável à própria defesa que lhe deu causa (CPP, art. 565).»

(HC-67.997/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro **Celso de Mello**, DJ de 21-9-90, p. 9783)

Assim, o Ministério Público manifesta-se pelo não conhecimento do recurso e se conhecido pelo seu improvimento.»

12. Por todas essas razões, considerando não caracterizado o alegado cerceamento de defesa, indefiro o pedido de **Habeas Corpus.**

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sr. Presidente, acompanhei com atenção a sustentação oral do eminente Advogado. E não é por acaso que, nela impecável na exposição da tese — feita por um dos mais renomados penalistas do Brasil de hoje — não se ouviu a leitura da denúncia: é que a leitura da denúncia mostra que o descrito efetivamente não foi um estelionato, como então classificado, mais fraude na obtenção do financiamento. Tanto que nela não se alude a prejuízo da Caixa Econômica, mas se alude repetidamente a cuidar-se de fraude na obtenção de um financiamento de uma instituição financeira, o que é a descrição típica do art. 19 da chamada «lei do colarinho branco».

Acompanho o eminente Relator.

EXTRATO DA ATA

HC 79.388 — PR — Rel.: Min. Sydney Sanches. Pacte.: José Geraldo Nonino. Impte.: Cezar Roberto Bitencourt. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de «habeas corpus». Unânime. Falou pelo paciente o Dr. Cezar Roberto Bitencourt.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 2 de maio de 2000 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS Nº 79.533 — MS
(Primeira Turma)

Relator: O Sr. Ministro Moreira Alves

Paciente: Ademar Deola — Impetrante: DPU — Zeni Alves Arndt — Coator: Superior Tribunal Militar

Crime de insubmissão.

— A «instrução provisória de insubmissão» (art. 463 e seu § 1º do CPPM) faz as vezes do inquérito policial militar e só pode ser arquivada a requerimento do Ministério Público Militar.

— Inexistência de ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, porquanto essa espécie de prisão provisória fora do cárcere que é a menagem (art. 464 e §§ do CPPM) se caracteriza, por ser a insubmissão crime permanente, como prisão em flagrante, independentemente de se entrar na questão de saber se esse delito é, ou não, propriamente militar para a aplicação da ressalva do artigo 5º, LXI, da Carta Magna.

— No âmbito estreito do *writ* não se pode examinar se a conduta do paciente foi, ou não, dolosa.

***Habeas corpus* indeferido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de «habeas corpus».

Brasília, 7 de dezembro de 1999 — **Moreira Alves**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): Assim expõe e aprecia o presente **habeas corpus** o parecer da Procuradoria-Geral da República de autoria do Dr. Wagner Natal Batista:

«A defensora pública **Zeni Alves Arndt** impetra pedido originário de **habeas corpus** em favor de **Ademar Deola**, selecionado para prestar o Serviço Militar no 9º Batalhão de Suprimento, da 1ª RM/Comando Militar do Oeste e que não se apresentou para incorporação na data aprazada. Insurge-se a impetrante contra decisão proferida pelo Superior Tribunal Militar que, em sede de correição parcial, determinou o desarquivamento dos autos de instrução provisória de insubmissão, cujo arquivamento teria sido determinado pela juíza-auditora, sem que para tanto tivesse havido requerimento ministerial. Alega a impetrante que se o Certificado de

Alistamento Militar não estava em mãos do conscrito, não podendo este saber em que data deveria se apresentar, não houve dolo em sua conduta, de forma que agiu corretamente a juíza auditora ao determinar o arquivamento das peças da instrução provisória de insubmissão. Diz que os princípios constitucionais da presunção de não culpabilidade e do devido processo legal são ignorados pela justiça militar já que os artigos 463, § 1°, c/c o art. 464, § 3°, da Lei processual penal militar determinam que o insubmisso deve ser capturado e mantido preso por 60 dias se não tiver sido julgado e, como somente é denunciado após a captura ou apresentação voluntária, a instrução e o julgamento do processo ocorrem em data posterior a esse lapso temporal. Daí, mesmo com a absolvição, o insubmisso cumpre pena de maneira antecipada. Argumenta ainda que instrução provisória não é IPM nem processo e que a lei não impede que o juiz pratique o arquivamento. Pede a concessão da liminar para que seja suspenso liminarmente o prosseguimento do feito e a concessão definitiva da ordem para, cassado o acórdão, determinar o arquivamento da instrução provisória de insubmissão.

Indeferido o pedido de liminar, porque ausentes seus pressupostos, fl. 41.

Oficiada a autoridade impetrada prestou informações, fl. 46 e seguintes.

É o relatório.

Os autos foram requisitados, tendo sido juntado requerimento do Exmo. Sr. Defensor Público-Geral da União, no qual pugnava pelo reconhecimento da impossibilidade material e conjuntural da defensoria pública da União atuar junto ao Supremo Tribunal Federal, e falta de meios para atender ao despacho de fl. 41.

A respeito deste requerimento, pedimos vênia para tecer algumas considerações.

Observa-se, **a priori**, que o despacho do qual se abriu vista ao n. Defensor limitava-se, tão-somente, ao indeferimento da medida liminar.

Ora, sendo o indeferimento supra-mencionado decisão da qual não cabe recurso, caberia ao r. Defensor apenas dar-se por ciente da decisão, oficiando então à DPU impetrante sobre os termos do despacho.

Como se vê, se dessa forma tivesse procedido, levaria o n. Defensor menos tempo e gastaria menos «recursos materiais» do que para elaborar o requerimento de fls. 62/63 no qual busca se eximir de atuar na defesa daqueles que não podem constituir advogado, que afinal é sua função.

No mérito, entendemos oportuno transcrever parte do aresto objurgado:

> «Examina-se sobre Correição Parcial interposta pelo MPM oficiante junto à Aud/9ªCJM, ante despacho exarado pela MM magistrada titular da indicada auditoria, que, concorde com ponto de vista expresso pela DPU decidiu pelo arquivamento de IPI autuada, com data de 5-ABR-94, naquele Juízo **a quo.**
>
> Inicialmente, faz mister verificar quanto à adequação da via processual escolhida pelo Órgão Ministerial, para refutar o supracitado **decisum.**
>
> É cediço que, à luz da lei adjetiva castrense, a correição parcial, a requerimento das partes, como ocorre **in casu**, destina-se a corrigir erro,

abuso ou ato tumultuário, em processo, cometido ou consentido por juiz, caso não haja recurso previsto para tanto.

Ora, **in casu**, trata-se de **decisum** sobre arquivamento de instrução provisória de insubmissão, a qual, a rigor não se configura como um processo **stricto sensu**, eis que ainda não formalizada e recebida a correspondente peça acusatória, no entanto, o presente feito sobe a esta Egrégia Corte, devidamente fundamentado pelo **parquet** militar quanto à existência de erro inescusável, que, por iniciativa da juíza-auditora da aud/9ª CJM se configura como capaz de tumultuar o bom curso do processo **lato sensu**, isto é, o correto processamento do feito como um todo, incluindo o trato da instrução provisória de onde tudo se origina.

Assim, é de ser acolhida a presente Correição Parcial.

Isto posto, dos autos respectivos, se observa, **primo ictu oculi** que entre os documentos lastreadores da IPI em foco se encontra, fl. 9, original do Certificado de Alistamento Militar (CAM) pertencente ao Conscrito **Ademar Deola**, da classe de 1975.

Evidenciando tal constatação, a diligente Representante do Órgão Assistencial expõe, fls. 23/24, que, dando-se não estar de posse de seu CAM, não haveria como aquele conscrito saber da data exata de sua incorporação para cumprimento do Serviço Militar, requerendo, ante esse fato, o arquivamento da IPI lavrada contra o mesmo, uma vez que se teria como descaracterizada **in** concreto, a tipicidade do delito de insubmissão, previsto no art. 183 do CPM.

Por seu turno, o **Parquet** militar, além de se ver inconformado com o arquivamento do IPI em foco, por julgá-lo desconforme com o que reza o rito processual castrense, refuta o supracitado entendimento do Órgão Assistencial à luz dos documentos de fls. 07/08 que, tratando-se da respectiva relação de distribuição e designação do 9º B Sup, se vê devidamente assinada por **Ademar Deola** a demonstrar que este tinha pleno conhecimento da data de sua incorporação, ali assinalada.

Assim, configurada a vertente **quaestio** o seu dirimir implica, a meu sentir, em colações distintas, ou seja, quanto ao prisma através do qual a DPU considera no sentido do arquivamento **in** tela bem como, e principalmente, quanto à propriedade do **decisum** que entendeu, na esfera do juízo da aud/9ªCJM, conferindo razão à tese defensiva, determinar o arquivamento da IPI **in** tela.

Vejamos portanto, no tocante aos aspectos supramencionados.

É curial que o CAM trata-se de documento de porte pessoal comprobatório do alistamento obrigatório, a que se sujeita todo brasileiro, para o Serviço Militar, na conformidade da Lei 4.375, de 17-AGO-64.

Sua finalidade somente cessa de acordo com o que especifica o regulamento da citada **lex**, no § 4º do seu art. 163, **visto ut infra**.

«O CAM, quando substituído pelo Certificado definitivo, deverá ser recolhido e incinerado.»

Desse modo, é meridiano que, até a oportunidade de se proceder a sua substituição, seja à vista da situação de cada alistado, por Certificado de Reservista, de Isenção ou de Dispensa de Incorporação o CAM cabe ser portado pelo indivíduo em nome do qual se viu emitido.

Tem-se, assim, como deveras estranho, **in casu**, o fato de haver a Administração Militar acostado aos autos da IPI lavrada contra **Ademar Deola** o original do CAM pertencente a esse conscrito.

Por ocasião da lavratura do Termo de Insubmissão constante dos autos, fl. 04, em 8-MAR-94, o referido CAM deveria estar, normalmente, de posse do próprio alistado, no entanto, a verificação antes apontada faculta se crer que, a esse tempo, tal documento já se encontrava, de forma inusitada, em poder da administração Militar, melhor dizendo, do 9º BSUP da 9ª RM, Unidade do EB à qual caberia de se ver incorporado até 7-MAR-94, **Ademar Deola**, ora tido como insubmisso.

Faticamente, desse modo se constata que com relação à posse legal do dito CAM, é óbvio que alguma anormalidade ocorreu.

Há de se observar, ainda que, apesar de se ter nos autos uma cópia autenticada de Relação de Designação e Distribuição, fl.7, devidamente assinada pelo nominado conscrito, consignando o dia 7-MAR-94 como data final para sua incorporação, nota-se que isto não se deu por efetivamente lançado no verso de sua CAM, fl. 9, ali se tendo, como último lançamento, a aposição, em 7-JAN-94, por meio de um carimbo de teor ilegível, através do qual, se remetia tal incorporação à data futura de 28-FEV-94.

Não obstante, no que concerne à IPI em pauta, a constatação atinente não se presta como motivo oportuno e bastante para determinar o seu arquivamento, conforme proposto, sutilmente, pela DPU, haja vista que somente com a presença, em Juízo, do Conscrito **Ademar Deola**, para responder por violação do Art. 183 do CPM, se terá como avaliar concretamente sobre os deslizes da Administração Militar supra considerados, eis que, **in casu**, se manifesta, em tese, um quadro de insubmissão, prolongado, inclusive, por mais de cinco (5) anos, eis que, desde 8-MAR-94 até hoje, não se teve notícia de captura ou apresentação voluntária do conscrito **sub judice.**

Assim explicitado, tratemos de prosseguir, a respeito do arquivamento da IPI enfocada nestes autos, arquivamento esse hostilizado da parte ministerial, por considerar que o pedido defensivo nesse sentido, se traduziria, em realidade, como flagrante intromissão, da DPU, em assunto de competência exclusiva do MPM.

Na **quaestio** em crivo, procede inteiramente o reclamo exposto pelo **dominus litis.**

Sem dúvida alguma, se constata que, **in casu**, o propósito formulado pela Defensoria Pública da União terminou almejando uma medida processual suscetível de ser levada, a efeito, **juri et de jure**, apenas quando originária de requerimento do Órgão Ministerial, conforme as inteligências dos Arts. 397 e 464, § 2º, do CPPM.

Cristalina, portanto, a ocorrência de **error in procedendo** neste feito, desde que se vendo o Juízo da Aud/9ªCJM assentir por arquivamento de IPI formulado por atuação defensiva, conseqüentemente olvidou que tal finalidade somente se legitima em face de promoção ministerial.

Note-se, inclusive, que os argumentos pretendidos como lastro de validez para deferir o arquivamento **in tela** não se vêem desobrigados de avaliação comprobatória em momento para tanto oportuno, **id est**, diga-se uma vez mais, quando venha a ser, o conscrito **Ademar Deola** denunciado nos autos, submetidos ao processo especial que lhe compete responder, nos moldes dos Arts. 463,464 e 465 da Lei Adjetiva Castrense.

E, a título de conclusão, faço, ainda, palavras minhas, as que cuido de transcrever do douto Parecer da PGJM, trazido a estes autos, fls.47/48:

«o magistrado não pode determinar arquivamento de autos de inquérito (a instrução provisória de Insubordinação ontologicamente equivale ao inquérito policial), sem pedido anterior nesse sentido proposto pelo MP, que é o **dominus litis**, conforme tem decidido a jurisprudência criminal do país ... Só a partir da vista, tendo o MPM requerido o arquivamento, pode o juiz assim decidir....A decisão monocrática atacada equivale a uma extinção de punibilidade não prevista em lei, além de que importa em verdadeira isenção do serviço militar que a Constituição no **caput** do art. 143 declarou ser obrigatório.».

Ex positis, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em deferir a Correição Parcial **sub examine**, para, cassando-se o Despacho recorrido, determinar ao Juízo da Aud/9ª CJM que proceda o desarquivamento da IPI ali autuada com o nº 273/94, a fim de que se aguarde em Cartório a captura ou apresentação voluntária do Conscrito **Ademar Deola**, tido, em tese, como insubmisso.»

Esclarecida a questão fática, há que se analisar, primeiramente, a natureza da chamada instrução provisória de insubmissão.

Com efeito, o Código de Processo Penal Militar prevê um procedimento especial para a apuração do crime de insubmissão e a denomina instrução provisória de insubmissão: assim, tomando conhecimento de que o conscrito não se apresentou para a incorporação o comandante ou autoridade da unidade para a qual fora aquele designado lavrará o termo de insubmissão de forma circunstanciada que, juntamente com os demais documentos relativos à insubmissão, **são aptos a fornecer os elementos necessários à propositura da ação penal** (art. 463, § 1º).

Ora, o «inquérito policial militar destina-se justamente à apuração sumária de fato que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria» (art. 9º).

Por outro lado, é o próprio artigo 9º, em sua parte segunda que dispõe que o inquérito policial militar «tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade

precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal».

Daí concluir-se que a instrução provisória de insubmissão tem a mesma natureza e função do inquérito, de forma a não haver sentido no argumento da impetrante de que, em se tratando de mera instrução provisória, não haveria necessidade da intervenção do ministério público para o efeito de arquivamento.

Colocada a questão nestes termos, fica fácil demonstrar o acerto da decisão objurgada, neste aspecto. É que sendo o Ministério Público o único destinatário do inquérito que poderá avaliar um juízo de valor a respeito de seus elementos de convicção, apenas a este caberá requerer o arquivamento do mesmo. Admitir o contrário é permitir que seja usurpada função que foi constitucionalmente atribuída ao Ministério Público.

Esta Corte Suprema se manifestou, no julgamento do RHC 68.314, cujo relator foi o ilustre Ministro Celso de Mello, neste sentido:

> «A Constituição Federal deferiu ao Ministério Público o monopólio da ação penal pública (art. 129, I). O exercício do **jus actionis**, em sede processual penal, constitui inderrogável função institucional do Ministério Público, a quem compete promover, com absoluta exclusividade, a ação penal pública. A cláusula de reserva, pertinente à titularidade da ação penal pública, sofre apenas uma exceção, constitucionalmente autorizada (Art. 5° LIX), na hipótese singular de inércia do **Parquet**.»

Ainda proclamando a exclusividade da ação penal ao Ministério Público, a título de ilustração, citamos os seguintes precedentes: HC 68.204, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 130.273, Rel. Min. Ilmar Galvão; RE 134.515, Rel. Min. Carlos Velloso.

Equivoca-se ainda a impetrante quando alega maltrato aos princípios constitucionais da presunção de não-culpabilidade e do devido processo legal.

Cuida-se a insubmissão de crime impropriamente militar que só pode ter como sujeito ativo o civil. Daí porque a propositura da ação penal subordina-se à incorporação do civil às Forças Armadas, sendo a qualidade de militar condição de procedibilidade para a ação penal (art. 464, **caput**, §§ 1° e 2° do Código de Processo Penal Militar). (Lobão, Célio, Direito Penal Militar, Brasília Jurídica, p. 304).

Por outro lado, constitui a insubmissão crime permanente, cessando apenas com a apresentação ou com a captura do agente. Por se tratar de delito permanente, sujeita o insubmisso à prisão em flagrante (**Ibid**, 313).

De outra parte, a prisão cautelar, que neste caso se dará sobre a forma de menagem, não se confunde com a pena imposta para o crime, que é a pena de impedimento. Trata-se de prisão processual, de caráter cautelar, que não se confunde com a prisão decorrente de pena.

De qualquer modo, este Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que as prisões cautelares não afrontam o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

Cabe concluir afirmando que se houve dolo ou não na conduta do paciente, isto somente poderá ser consta-

tado na sede própria, e nunca no âmbito do **habeas corpus.**

Com estas considerações, opina o Ministério Público Federal pelo indeferimento do pedido.» (fls. 66/78).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): 1. Improcede a alegação de que a «instrução provisória de insubmissão» que é o procedimento especial, previsto no Código de Processo Penal Militar (artigo 463 e seu § 1°), para a apuração do crime de insubmissão pode ser arquivado pelo Juiz sem o requerimento do Ministério Público Militar por não se tratar de inquérito policial militar nem de processo. Com efeito, essa instrução especial faz, sem dúvida alguma, as vezes do inquérito policial militar que, à semelhança dela, como se vê do disposto no artigo 9° do CPPM. «é a apuração sumária de fato que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria» e que «tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal». Assim, essa instrução provisória especial só pode ser arquivada, como sucede com o inquérito policial militar, a requerimento do Ministério Público Militar, tendo em vista que é a ele que, em face dela, por ter o monopólio da ação penal, caberá pedir seu arquivamento ou denunciar.

Por outro lado, não ofende os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal essa espécie de prisão provisória fora do cárcere que é a menagem a que está sujeito até sessenta dias a contar da apresentação ou da captura do insubmisso (artigo 464 e parágrafos do CPPM). Com efeito, essa espécie de prisão provisória, independentemente de ordem escrita e fundamentadamente emanada de autoridade judiciária competente, como bem acentua **Jorge Alberto Romero** («Curso de Direito Penal Militar — Parte Geral», pp. 69/70, Editora Saraiva, São Paulo, 1994) se caracteriza, sem ser preciso entrar na controvérsia de a insubmissão ser delito propriamente militar ou não para o efeito da ressalva da parte final do artigo 5°, LXI, da Carta Magna, como prisão em flagrante, dado que esse crime é infração permanente (artigos 243 e 244, parágrafo único, ambos do CPPM).

Por fim, saber se houve, ou não, dolo na conduta do paciente é questão que não pode ser examinada no âmbito estreito do **writ.**

2. Em face do exposto, indefiro o presente **habeas corpus.**

EXTRATO DA ATA

HC 79.533 — MS — Rel.: Min. Moreira Alves. Pacte.: Ademar Deola. Impte.: DPU — Zeni Alves Arndt. Coator: Superior Tribunal Militar.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de «habeas corpus». Unânime. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Ilmar Galvão.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista.

Brasília, 7 de dezembro de 1999 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 79.568 — AM
(Segunda Turma)

Relator : O Sr. Ministro Nelson Jobim

Recorrente : José Roberval Carvalho dos Santos — Recorrido : Superior Tribunal Militar

Habeas Corpus. ***Justiça Militar. Penal. Processo Penal. Suspensão condicional do processo (L. 9.099/95). Princípio da ultratividade (L. 9.839/99).***

A jurisprudência do Tribunal firmou-se no sentido da aplicação na Justiça Militar do instituto da suspensão condicional do processo (L. 9.099/95).

Esse verbete era pacífico até o advento da L. 9.839/99, que vedou a aplicação da L. 9.099/95, no âmbito da Justiça Militar.

A nova lei, entretanto, não tem eficácia *ex tunc*.

Aos fatos ocorridos antes da sua vigência, pelo princípio da ultratividade da norma mais benigna é cabível o instituto da suspensão condicional do processo.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso e deferir o «habeas corpus».

Brasília, 9 de novembro de 1999 — **Néri da Silveira**, Presidente — **Nelson Jobim**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Relator): O recorrente, Cabo do Exército, foi denunciado por crime de lesão culposa, mediante disparo de arma de fogo (CPM, art. 210, **caput** (1), c/c art. 70, II, l(2); fl. 13).

Por ocasião do oferecimento da denúncia, o MPM deixou de propor a suspensão condicional do processo (L. 9.099/95, art. 89 (3); fl. 15).

Entendeu que o instituto era incompatível com a Justiça Militar (fl. 15).

Em 11 de dezembro de 1998, a denúncia foi recebida (fl. 12).

Por ocasião do interrogatório, a defesa requereu a suspensão condicional do processo (fl. 16).

O MPM manifestou-se contrariamente (fl. 16).

O Conselho Permanente de Justiça indeferiu o pedido (fl. 16).

Contra essa decisão, o recorrente impetrou **Habeas Corpus** (fls. 02/10).

Pleiteou:

(a) a suspensão condicional do processo (L. 9.099/95, art. 89(4); fls. 05/09);

(b) a concessão de liminar.

Em 20 de maio de 1999, o STM indeferiu o pedido de liminar (fl. 23).

Em 30 de junho de 1999, indeferiu o Habeas (fl. 55).

Contra essa decisão, o paciente interpôs o presente Recurso Ordinário (fls. 70/84).

O MPM ofereceu contra-razões pelo não acolhimento do Recurso (fls. 88/93).

O Presidente do STM exarou despacho remetendo os autos à consideração deste Tribunal. (fl. 98).

A PGR opinou pelo provimento do recurso (fl. 107).

É o relatório.

1 CPM:
Art. 210. Se a lesão é culposa:
Pena: detenção, de dois meses a um ano.

2 São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não integrantes ou qualificativas do crime:
.....
II — ter o agente cometido o crime:
.....
l — estando de serviço;

3 L. 9.099, 26-9-95.
Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

4 L. 9.099, 26-9-95.
Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

VOTO

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Relator): É pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que tem aplicação na Justiça Militar o instituto da suspensão condicional do processo (L. 9.099/95, art. 89[5]).

Precedentes: HC 77.037 e HC 78.056, **Carlos Velloso**; HC 79.427 e HC 75.706, **Maurício Corrêa**; HC 76.411, **Nelson Jobim** e RHC 74.547, **Octavio Gallotti**.

Verifico, no caso, que o paciente preenche os requisitos objetivos para alcançar o benefício.

A L. 9.099/95 é um diploma de natureza mista.

Contém normas de direito penal e de processo penal.

A L. 9.839, de 27 de setembro de 1999, que alterou a L. 9.099/95, não tem eficácia **ex tunc**.

Se for analisada do ponto de vista das normas de direito penal, ela não poderá retroagir, salvo para beneficiar o réu (CF, art. 5º, inciso XL [6].

Se for analisada sob o aspecto processual penal, sua eficácia é **ex nunc**, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior (CPP, art. 2º[7]).

O fato é de 25 de novembro de 1998.

Anterior à vigência da nova lei (27 de setembro de 1999).

O direito à suspensão condicional do processo era assegurado ao paciente na época em que a denúncia foi oferecida.

Aplica-se ao caso o princípio da ultratividade da lei mais benéfica.

Nesse sentido, o precedente do Ministro **Celso de Mello**, no HC 79.571.

Leio, em parte, a ementa:

«...

Justiça Militar. Lei nº 9.099/95. Inaplicabilidade determinada por legislação superveniente. Institutos de direito material favoráveis ao autor de crimes militares pra-

ticados antes da vigência da Lei nº 9.839/99. Ultratividade da lei penal benéfica. Imposição constitucional (CF, art. 5º, XL).

— A Lei nº 9.839/99 (**lex gravior**) — que torna inaplicável à Justiça Militar a Lei nº 9.099/95 (**lex mitior**) — não alcança, no que se refere aos institutos de direito material, os crimes militares praticados antes de sua vigência, ainda que o inquérito policial militar ou o processo penal sejam iniciados posteriormente.

— A eficácia ultrativa da norma penal mais benéfica — sob cuja égide foi praticado o fato delituoso — deve prevalecer por efeito do que prescreve o art. 5º, XL, da Constituição, sempre que, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, constatar-se que o diploma legislativo anterior qualificava-se como estatuto legal mais favorável ao agente.

— O sistema constitucional brasileiro impede que se apliquem leis penais supervenientes mais gravosas, como aquelas que afastam a incidência de causas extintivas da punibilidade (dentre as quais se incluem as medidas despenalizadoras da suspensão condicional do processo penal e da exigência de representação nos delitos de lesões corporais leves e culposas), a fatos delituosos cometidos em momento anterior ao da edição da **lex gravior**.»

Outro precedente: 79.501, **Celso de Mello**.

Conheço do recurso e lhe dou provimento.

Remetam-se os autos ao Juízo de origem para que o Procurador da Justiça Militar proponha as condições da suspensão condicional do processo.

Em caso de recusa, proceda-se na forma do art. 28 ([8])do CPP.

5 L. 9.099, 26-9-95.

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

6 CF:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....

XL — a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

7 CPP:

.....

Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

8 CPP:

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

EXTRATO DA ATA

RHC 79.568 — AM — Rel.: Min. Nelson Jobim. Recte.: José Roberval Carvalho dos Santos (Adva.: Assumpta Perez Jerônymo). Recdo.: Superior Tribunal Militar.

Decisão: Por unanimidade, a Turma deu provimento ao recurso e deferiu o «habeas corpus», nos termos do voto do Relator.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Subpro-

curador-Geral da República, Dr. Mardem Costa Pinto.

Brasília, 9 de novembro de 1999 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS Nº 79.580 — PE
(Segunda Turma)

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Pacientes: Paulo Sérgio Pereira de Oliveira e Luiz César Pereira de Oliveira — Impetrantes: Paulo Sérgio Pereira de Oliveira e outro — Coator: Superior Tribunal Militar

Prisão Preventiva — Excesso de Prazo. **Surgindo dos autos o extravasamento do somatório dos prazos alusivos à instrução e prolação de sentença na ação penal, cumpre, sem perquirir-se a origem da demora, concluir pela ocorrência de ato ilegal de constrangimento, assegurando-se ao acusado — simples acusado até então — o direito de aguardar o julgamento em liberdade.**

Conflito de competência — Liminar — Suspensão dos processos — Alcance. **Deferida liminar no conflito positivo de competência, suspendendo a tramitação dos processos, descabe aos Juízos em conflito restringir o alcance da medida. Possíveis dúvidas devem ser suscitadas perante o órgão formalizador da medida cautelar.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir o «habeas corpus» para, confirmando a liminar, determinar sejam mantidos em liberdade os pacientes se, por «al», não houverem de ser presos, cassando, ainda, o desmembramento do Processo nº 99.0046559-8, determinado por despacho da Juíza Federal da 6ª Vara Criminal da Justiça Federal de Primeira Instância, da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

Brasília, 15 de fevereiro de 2000 — **Néri da Silveira,** Presidente — **Marco Aurélio,** Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Este **habeas** foi, inicialmente, distribuído ao Ministro Octavio Gallotti que, à folha 19, aventou prevenção:

> Trata-se de **habeas corpus** vinculado a ação penal que é objeto do Conflito de Competência nº 7.087, cujo relator é o eminente Ministro **Marco Aurélio.**
>
> Encaminhem-se, assim, os autos ao Gabinete do Exmo. Sr. Ministro-Presidente, para fim de estabelecimento de prevenção.
>
> Brasília, 13 de outubro de 1999.
>
> Ministro **Octavio Gallotti**
> Relator

À folha 21, tem-se a determinação do Presidente, no sentido de ser o **habeas** redistribuído. Proferi, então, a decisão de folha 24 a 27, nos seguintes termos:

Ação penal — Prisão preventiva — Excesso de prazo — Artigo 390 do CPPM.

1. Paulo Sérgio Pereira de Oliveira, Tenente-Coronel-Aviador da Força Aérea Brasileira, e Luiz César Pereira de Oliveira, oficial reformado da Marinha Mercante Brasileira, impetram este **habeas corpus** contra ato do Superior Tribunal Militar decorrente do julgamento do **Habeas Corpus** nº 33.462.9. Em síntese, revelam que estão sob a custódia do Estado, à disposição do Juízo da 7ª Circunscrição da Justiça Militar, em Pernambuco, acusados da prática do crime tipificado no artigo 290 do Código Penal Militar, desde 22 de abril, o primeiro Impetrante, e 17 de junho do corrente ano, o segundo Impetrante, havendo ocorrido, em relação a ambos, a apresentação espontânea. A acusação versa sobre o tráfico de substância entorpecente, com uso de veículo e em local sujeitos à Administração Militar. A prisão preventiva está, segundo o sustentado, a exceder o prazo previsto no artigo 390 do Código de Processo Penal:

> Art. 390. O prazo para a conclusão da instrução criminal é de cinqüenta dias, estando o acusado preso, e de noventa, quando solto, contados do recebimento da denúncia.

O **habeas corpus** impetrado perante o Superior Tribunal Militar não frutificou, havendo sido denegada a ordem em 9 de setembro último e não estando, ainda, redigido o acórdão pertinente. Ressaltam os Impetrantes possuírem profissão definida, domicílio certo, não se podendo cogitar de periculosidade suficiente a afastar a limitação do período referente à prisão. O primeiro dos Impetrantes encontrar-se-ia no serviço ativo, contando com folha funcional de mais de 30 anos, tendo, inclusive, comandado o Boing presidencial. Entrementes, em que pese à declaração de inocência, já estaria recolhido há 169 dias. Já o segundo Impetrante estaria sob custódia em dependência da Polícia Federal, sem a mínima condição de respeito ao ser humano, apesar da norma asseguradora do direito a prisão especial. Esclarecendo as balizas limitadas do **habeas corpus**, apontam que foram envolvidos sem que conhecessem o conteúdo de certas malas que outro oficial, o Tenente-Coronel da reserva remunerada Washington Vieira da Silva, pedira para embarcar no avião C-130 da Força Aérea Brasileira. Aduzem que esta Corte, defrontando-se com o Conflito Positivo de Competência nº 7.087-1, do qual sou Relator, veio a conceder medida acauteladora, suspendendo os processos, relativos aos mesmos fatos e a envolverem os Pacientes, que corriam paralelamente na 7ª Circunscrição da Justiça Militar — Pernambuco e na 6ª Vara Criminal Federal do Rio de Janeiro, dando-se, assim, a paralisação dos atos processuais. Articulam com o disposto no inciso LXV do artigo 5º da Constituição Federal, revelador da garantia de que a prisão ilegal há de ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária. Teria sido extrapolado, em três vezes o prazo fixado na legislação de regência. É pleiteada liminar que resulte na expedição imediata de alvarás de soltura, requerendo-se a concessão em definitivo da ordem, para que os Impetrantes e Pacientes aguardem em liberdade o desfecho não só do Conflito referido, como

também da ação penal única a que venham a responder.

2. Em primeiro lugar, consigno que deferi, em 10 de setembro do corrente ano, liminar no Conflito de Competência nº 7.087-1, fazendo-o a partir do juízo de retratação ínsito ao agravo regimental interposto contra decisão da Presidência, no sentido de competir ao Superior Tribunal de Justiça apreciar o conflito no que envolvidas a 7ª Circunscrição da Justiça Militar Federal — Pernambuco e a 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro — Processos nº 10/99-8 e 9946559/8. Na oportunidade, consignei:

> Conheço do agravo interposto, porquanto observados os pressupostos de recorribilidade que lhe são próprios.
>
> A hipótese é mais complexa do que percebido inicialmente. Imagine-se venha a decisão, a ser proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, assentar a competência da Justiça Militar. Indaga-se: julgada a ação penal e interposto recurso para o Superior Tribunal Militar, o que decidido obrigará este último, no que se acha em patamar idêntico àquele em que situado o Superior Tribunal de Justiça? A par desse aspecto, há ainda a problemática concernente ao **habeas corpus** da competência do Superior Tribunal Militar. Neste primeiro exame, não considero suplantada pela Carta de 1988 a regra do artigo 121 do Código de Processo Penal Militar supramencionada. A óptica, repita-se, resulta da circunstância de poder surgir, em passo seguinte, incidente a envolver a definição do conflito pelo Superior Tribunal de Justiça e decisão do Superior Tribunal Militar.

Assim, os processos concernentes às ações penais estão sobrestados e, enquanto isso, tem-se em custódia os ora Pacientes neste **habeas corpus**. A denúncia foi recebida pela Justiça Militar Federal — Auditoria da 7ª Circunscrição Judiciária Militar-Pernambuco — em 21 de maio de 1999. Quanto aos Pacientes, assentou-se estar o primeiro «custodiado preventivamente» na Base Aérea de Recife — o Tenente-Coronel Paulo Sérgio Pereira de Oliveira — e o segundo em local incerto e não sabido — o oficial reformado da Marinha Mercante Luiz César Pereira de Oliveira (folhas 8 e 9). A papeleta de andamento do **habeas corpus**, apreciado pelo Superior Tribunal Militar, registra que o Tenente-Coronel Paulo Sérgio Pereira de Oliveira acha-se recolhido desde 22 de abril do corrente ano o que perfaz, hoje, cinco meses e vinte e sete dias. Já o segundo Paciente está preso, em decorrência de apresentação espontânea, desde 17 de junho, também deste ano, ou seja, há quatro meses e dois dias. Colho da Carta da República, presente o princípio da não-culpabilidade, o caráter excepcional da prisão preventiva e aí vejo-a sempre a pressupor, para que seja efetuada, o atendimento de certos requisitos que não se fazem em jogo nesta impetração. Todavia, a prisão preventiva, de caráter efêmero e precário, há de ficar balizada no tempo e os parâmetros relativos à duração são ditados, em primeiro lugar, pela razão de ser dela própria, ou seja, a instrução criminal, afastando-se, também, da vida em sociedade acusados que de fato se mostrem de periculosidade maior. Mais do que isso, a dilação legal decorre de uma opção político-legislativa. No caso es-

pecífico, dispõe o artigo 390 do Código de Processo Penal Militar que:

> Art. 390. O prazo para a conclusão da instrução criminal é de cinqüenta dias, estando o acusado preso, e de noventa, quando solto, contados do recebimento da denúncia.

Em relação aos Pacientes, a dilação já foi de há muito ultrapassada. Considerem-se, para assim concluir-se, as prisões formalizadas em 22 de abril e 16 de junho, respectivamente, e o recebimento da denúncia em 21 de maio intermediário. É certo que se tem no artigo 390 do Código Penal Militar o § 1°, afastando, do cômputo do prazo, demora determinada por doença do acusado ou do defensor, por questão prejudicial ou «por outro motivo de força maior justificado pelo auditor, inclusive a inquirição de testemunhas por precatória ou a realização de exames periciais ou outras diligências necessárias à instrução criminal, dentro dos respectivos prazos». Todavia, a projeção ilimitada da preventiva no tempo não se coaduna com a natureza que lhe é própria. Dificuldades na tramitação da ação penal, por vezes resultantes da deficiência da máquina judiciária, não justificam a manutenção de simples acusado, de cidadão que tem o respaldo da garantia constitucional da não-culpabilidade, afastado da vida gregária. Observe-se a excepcionalidade da prisão preventiva, alijando-se preceitos que a revelem projetada no tempo de forma praticamente indeterminada.

3. Concedo a liminar pleiteada. Expeçam-se os alvarás de soltura, a serem cumpridos com as cautelas legais, ou seja, caso os Pacientes não se encontrem presos por motivo diverso do referente ao Processo n° 10/99-8 da 7ª Circunscrição da Justiça Militar Federal — Pernambuco.

4. Publique-se.

Brasília, 19 de outubro de 1999.

Ministro **Marco Aurélio**
Relator

Constata-se haver ficado a liminar restrita à ordem de prisão formalizada no Processo n° 10/99.8 da 7ª Circunscrição da Justiça Militar Federal-PE. Seguiram-se as comunicações de praxe, vindo aos autos a petição de folhas 33 e 34, noticiando a permanência dos Pacientes sob a custódia do Estado, tendo em conta decretos de prisão preventiva oriundos do Juízo da 6ª Vara Criminal Federal do Rio de Janeiro. Esclareceu-se que os Pacientes respondiam a dois processos, considerado o mesmo fato, fenômeno que ensejara conflito de competência suscitado perante esta Corte e que foi autuado sob o n° 7.087.1. Ressaltou-se o transcurso de cento e oitenta e um dias de prisão dos Pacientes, considerado o ato do Juízo Criminal Federal, e requereu-se a extensão da liminar a ponto de alcançar, também, o processo a que respondem. Prolatei, então, a seguinte decisão:

> Os Pacientes e Impetrantes revelam não haverem sido postos em liberdade, como assegurado, porquanto se encontram sob a custódia do Estado também por ordem da 6ª Vara Federal Criminal do Estado do Rio de Janeiro, tendo em conta a dualidade de ações penais em virtude dos mesmos fatos, circunstância que autorizou a concessão de liminar no Conflito de Competência n° 7.087.1, suspendendo ambos os processos. Aludem à configuração do excesso de prazo da custódia tanto considerada a prisão resultante do processo da 7ª Circunscrição da Justiça Militar quanto a relativa à ação penal da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, no to-

tal de 181 dias. Requerem a extensão da liminar, de modo a apanhar, em si, o ato da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro.

2. A situação dos autos é peculiar. Registrem-se regências diversas sobre a custódia. A decorrente do Código de Processo Penal Militar diz respeito ao período máximo de 50 dias, já que não se pode, como ressaltado na decisão acima transcrita, agasalhar a indeterminação de prazo versada no § 1º do artigo 390 do referido Diploma. Já o processo em curso na 6ª Vara Federal Criminal tem balizamento ditado pelas Leis nºs 6.368/76 e 8.072/90. Leva-se em conta a dobra dos prazos concernentes à tramitação prevista no Código de Processo Penal e aí chega-se aos 182 dias. No caso dos autos, não houve o decurso desse tempo, ao menos em relação a Luiz César Pereira de Oliveira. Entrementes, certo fato está a conduzir à extensão pretendida. É que, diante da dualidade de ações penais, em vista dos mesmos fatos, o processo restou sobrestado pela liminar concedida no conflito de competência e aí, logicamente, não se terá a possibilidade de prolação de sentença dentro do prazo legal atinente à prisão preventiva. Frise-se, por oportuno, que, no último dia 19 de outubro, Paulo Sérgio Pereira de Oliveira já se encontrava preso há 5 meses e 27 dias e Luiz César Pereira de Oliveira há 4 meses e 2 dias, sendo que se apresentaram espontaneamente, não se podendo cogitar, na espécie, de periculosidade.

3. Pelas razões supra, acolho o pleito formulado. Expeçam-se alvarás de soltura, a serem cumpridos com as cautelas legais, consideradas as ordens de prisão emanadas da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro e as relativas ao Processo nº 9946559/8. Com este aditamento à decisão de folha 24 a 27, tem-se a liberdade assegurada em face aos dois processos, ou seja, o Processo nº 10/99-8 da 7ª Circunscrição da Justiça Militar Federal — Pernambuco e o Processo, repita-se, nº 9946559/8 da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro.

Às folhas 57 e 58, Luiz Antônio da Silva Greff peticionou dizendo-se réu nos processos a envolverem os Pacientes e pleiteando a extensão da liminar. Prolatei, então, a seguinte decisão:

1. Junte-se.

2. A hipótese não autoriza a extensão, tendo em conta não só a inexistência de elementos informadores do tempo de custódia, como também a problemática alusiva à competência — ato de Tribunal Superior a ser analisado.

3. Indefiro.

4. Publique-se.

Brasília, 27 de outubro de 1999.

Com a peça de folhas 61 e 62, os Pacientes noticiaram que o Juízo da 6ª Vara Criminal Federal do Rio de Janeiro, diante da liminar deferida, veio a desmembrar o processo, decretando a prisão preventiva. Determinei, então, fossem solicitadas informações. Nesse meio tempo, peticionou John Michel Wait, também dizendo-se réu nos processos reveladores do conflito e requerendo a extensão da liminar. Deu-se o indeferimento, considerada a questão alusiva à competência, bem como à inexistência de dados sobre o período de custódia (folhas 78 e 79). O mesmo ocorreu quanto ao pedido formulado por Washington Vieira da Silva (folhas 124 e 125). Às folhas 136 e 137 estão as informações do Su-

perior Tribunal Militar, sendo que voltei a decidir (folhas 166 a 176):

2. Conforme consignado na decisão de 21 de outubro de 1999, a determinação de alvará de soltura alcançou os dois processos em tramitação na Circunscrição da Justiça Militar Federal e na 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. Eis o teor da parte dispositiva:

> Pelas razões supra, acolho o pleito formulado. Expeçam-se alvarás de soltura, a serem cumpridos com as cautelas legais, consideradas as ordens de prisão emanadas da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro e as relativas ao Processo nº 9946559/8. Com este aditamento à decisão de folha 24 a 27, tem-se a liberdade assegurada em face aos dois processos, ou seja, o Processo nº 10/99-8 da 7ª Circunscrição da Justiça Militar Federal — Pernambuco e o Processo, repita-se, nº 9946559/8 da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro (folha 43).

Pois bem, a decisão trazida aos autos pelos Pacientes e Impetrantes, originária da citada 6ª Vara, implicou, em 22 de outubro de 1999, o desdobramento do processo em curso, ou seja, do Processo 990048604, surgindo outro com a numeração final 46559/8. O ato resultou do convencimento da Juíza de que certas ações penais compreendidas no processo originário não estariam envolvidas no conflito positivo de competência e, portanto, poderiam ter seqüência normal. Seriam elas as destinadas à punição pelos crimes de quadrilha ou bando, lavagem de dinheiro e uso de documento falso. Disse ainda mais a Juíza:

> Verifico que os mandados de prisão anteriormente expedidos por este juízo diziam respeito a todos os delitos imputados aos denunciados na exordial, não tendo este juízo, após o desdobramento, ordenado em relação ao tráfico, que recebeu, conforme já dito o nº 990048604-8, tido a preocupação de ordenar a expedição de novos mandados em relação ao feito desmembrado. A decisão liminar, entretanto, por apenas se referir ao processo suspenso, impõe sejam tomadas providências distintas em ambos os feitos.

Então, veio a concluir:

> Nos autos do proc. 9946559/8, considerando as razões já anteriormente expostas às fls. deste feito, as quais ora invoco, notadamente a necessidade da prisão cautelar para garantia da ordem pública, por se tratar de quadrilha ou bando com sofisticada organização, inclusive em tese infiltrada na própria Aeronáutica, com sólidas raízes na Espanha e também, suspeita-se, na Bolívia, decreto a prisão preventiva dos acusados **John Michael White, Paulo Sérgio Pereira de Oliveira, Luiz César Pereira de Oliveira, Luiz Antonio Greff e Lila Mirtha Ibanez Lopes** com relação aos crimes de quadrilha ou bando, lavagem de dinheiro e uso de documento falso.
>
> Expeçam-se alvarás de soltura no proc. 990048604-8 para os acusados Paulo Sérgio e Luiz César e, concomitantemente, mandados de prisão no proc. 9946559/8 para os acusados **John Michael White, Paulo Sérgio Pereira de Oliveira, Luiz César Pereira de Oliveira, Luiz Antonio Greff e Lila Mirtha Ibanez Lopes.**
>
> Oficie-se ao ilustre Ministro prolator da decisão, dando conta do integral cumprimento da decisão, po-

rém informando que o processo suspenso a que se refere a decisão liminar em **habeas corpus** tem o número 990048604-8, sendo fruto de desmembramento do proc. 9946559/8, por força da decisão liminar prolatada nos autos do conflito de competência nº.

Traslade-se cópia desta decisão para os autos do proc. nº 990048604-8.

O quadro revela a mitigação da liminar deferida, potencializando-se o aspecto formal em detrimento da realidade. A concessão alicerçou-se no excesso de prazo referente à custódia, consideradas as prisões decorrentes de processos que envolviam várias ações, ante as imputações verificadas. O desdobramento operado não poderia dar ensejo, sob pena de descumprimento da medida acauteladora, a nova ordem de prisão. Note-se que a liminar resultou de impetração dirigida contra ato do Superior Tribunal de Justiça e, à época da formalização deste, não havia o desdobramento. A inteligente construção realizada na decisão proferida conflita com a organicidade do Direito, especialmente o instrumental. Cumpre a observância da liminar, expedindo-se, relativamente aos Pacientes Paulo Sérgio e Luiz César, ambos possuidores do patronímico Pereira de Oliveira, os alvarás de soltura que, assim, passam a estar ligados, em face do desdobramento, a ambos os processos, ou seja, os de nºs 990048604-8 e 9946559/8.

3. Oficie-se ao Juízo da 6ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, objetivando o cumprimento da liminar, ou seja, a expedição dos alvarás de soltura com a abrangência supramencionada.

A Juíza da 6ª Vara Federal encaminhou as informações de folha 208 a 212, revelando o desdobramento ocorrido em 15 de outubro de 1999 e o fato de a prisão dos Pacientes haver resultado de nova decretação, formalizada no processo que surgiu. O Ministério Público Federal pleiteou a reconsideração da liminar, merecendo a peça o seguinte despacho:

1. Nada há a reconsiderar. O desdobramento ocorrido implicou, por si só, ato incompatível com a extensão da liminar no conflito de competência. O sobrestamento dos processos foi linear (folha 219 a 223).

Seguiu-se comunicação dos Pacientes quanto ao descumprimento da liminar (folhas 241 e 242) e despacho revelando que o jornal O Globo, de 19 de novembro de 1999, publicara a notícia da liberdade, ficando prejudicado, assim, o pleito relativo a providências.

A Procuradoria-Geral da República emitiu o parecer de folhas 303 a 308, no sentido do deferimento parcial da segurança, reconhecendo-se o excesso de prazo, unicamente em relação à custódia decorrente do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, mantendo-se, no entanto, a prisão cautelar de 22 de outubro de 1999, e que decorreu do desdobramento do processo em trânsito na Justiça Federal.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Sobre a questão alusiva ao excesso de prazo, consideradas as ordens de custódia emanadas da 7ª Circunscrição da Justiça Militar Federal-PE, não recaem dúvidas, conforme reconhecido pela própria Procuradoria-Geral da República. À época do deferimento da liminar de folha 24 a 27, de há muito estava ultrapassado o prazo de cinqüenta dias, previsto no artigo 390 do

Código de Processo Penal Militar. Reportando-me à fundamentação da decisão acauteladora, concedo, no particular, a ordem, para tornar o conteúdo definitivo.

Resta o incidente a envolver o Juízo da 6ª Vara Federal Criminal do Estado do Rio de Janeiro. De início, não teria esta Corte competência para julgar **habeas corpus** porventura impetrado. Todavia, vindo à balha os fatos que, sob a minha óptica, configuraram constrangimento, no bojo deste **habeas**, possível era não só o deferimento de liminar, como também o é a concessão de **habeas corpus** de ofício. Rememorem-se os fatos. No Conflito de Competência nº 7087, deferi liminar que foi transmitida aos juízos que se deram ao mesmo tempo por competentes. Eis como restou lavrada a comunicação:

> Comunico a Vossa Excelência que, nos autos do processo acima referido, deferi a liminar pleiteada para suspender, até decisão final do conflito, a tramitação dos processos 1.099-8 da 7ª Circunscrição da Justiça Militar Federal-PE e 9946559-8 da 6ª Vara Federal Criminal do Estado do Rio de Janeiro que o originaram.
>
> Atenciosamente.
>
> Ministro **Marco Aurélio**
>
> Relator/STF

Essa comunicação decorreu do teor da liminar:

> **Decisão**
>
> **Competência — Conflito — Circunscrição Militar x Justiça Comum — Apreciação — Agravo Regimental — Juízo de retratação.**
>
> 1. Nesta Corte, foi protocolizado conflito positivo de jurisdição entre a 7ª Circunscrição da Justiça Militar Federal, em Pernambuco, e a 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, presentes os processos nºs 10/99-8 e 99.46559-8, respectivamente (folha 2 a 23).
>
> O Ministro Carlos Velloso, no curso das férias coletivas de julho, decidiu:
>
> Vistos,
>
> A competência, no caso, é do Eg. Superior Tribunal de Justiça (Constituição Federal, art. 105, I, **d**). Remetam-se-lhe estes autos.
>
> P.
>
> em, 23-7-99 (folha 60).

Ainda no período das férias, os Suscitantes interpuseram o agravo regimental de folha 63 a 66. Em síntese, partem da premissa de que a definição do conflito vincula o Superior Tribunal Militar e, aí, não pode vir à balha decisão de corte que se encontra no mesmo patamar, como é o Superior Tribunal de Justiça. Aludem a **habeas** impetrado, no Superior Tribunal Militar, contra ato da circunscrição militar, tendo em vista o contraditório e o direito de defesa. Empolgam, mais, o disposto no artigo 121 do Código de Processo Penal Militar:

> Art. 121. A decisão de conflito entre a autoridade judiciária da Justiça Militar e a da Justiça Comum será atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

Pleiteia-se a definição da competência desta Corte para julgar o conflito.

O Autor do ato impugnado determinou a redistribuição dos autos (folha 93).

2. Conheço do agravo interposto, porquanto observados os pressupostos de recorribilidade que lhe são próprios.

A hipótese é mais complexa do que percebido inicialmente. Imagine-se venha a decisão, a ser proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, assentar a

competência da Justiça Militar. Indaga-se: julgada a ação penal e interposto recurso para o Superior Tribunal Militar, o que decidido obrigará este último, no que se acha em patamar idêntico àquele em que situado o Superior Tribunal de Justiça? A par desse aspecto, há ainda a problemática concernente ao **habeas corpus** da competência do Superior Tribunal Militar. Neste primeiro exame, não considero suplantada pela Carta de 1988 a regra do artigo 121 do Código de Processo Penal Militar supramencionada. A óptica, repita-se, resulta da circunstância de poder surgir, em passo seguinte, incidente a envolver a definição do conflito pelo Superior Tribunal de Justiça e decisão do Superior Tribunal Militar.

3. Reconsidero a decisão proferida.

4. Defiro a liminar pleiteada para suspender, até a decisão final deste conflito, a tramitação dos processos em andamento e que o originaram.

5. Dê-se conhecimento desta decisão aos Juízos em conflito e que deverão prestar as informações cabíveis.

6. Solicitem-se ao Superior Tribunal Militar informações sobre o **habeas** nele impetrado.

7. Vindo aos autos as informações, colha-se o parecer da Procuradoria- Geral da República.

8. Publique-se.

Brasília, 10 de setembro de 1999.

Esclareço que as informações de folhas 147/148 revela que o processo originário, alvo de suspensão no Conflito, tinha o número 99465559/8 e que surgiu, com o fenômeno do desmembramento do número 990048604-8, reconhecendo-se a eficácia da liminar em relação a este último, tendo continuidade o primeiro, abrangidos crimes diversos do relativo ao tráfico de entorpecente propriamente dito.

Pois bem, datando a comunicação da suspensão dos processos de 4 de outubro de 1999, eis que deliberou o Juízo da 6ª Vara Federal Criminal no sentido de estabelecer limitação à medida acauteladora. Ressalte-se, mais uma vez, que a liminar deferida no conflito alcançou a suspensão dos processos em curso, tais como se achavam, ou seja, envolvendo as ações penais neles retratadas. Descabia, assim, implementar o desdobramento, fato verificado, conforme consta à folha 248, em 15 de outubro de 1999, ou seja, em data posterior à suspensão determinada por esta Corte. Quando muito, deveria a Juíza ter provocado no sentido de ser elucidada a possibilidade de vir a ser desmembrado o processo. Quando implementada tal providência, já estava com a jurisdição, em relação a ele, suspensa por força da liminar concedida no conflito. Por isso, tenho como insubsistente a nova ordem de prisão que veio a ser implementada após o desmembramento.

Concedo a ordem de ofício para torná-la insubsistente, assentando que em jogo se encontra, até mesmo, princípio básico, que é o alusivo à soberania das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, cassando o ato do Juízo da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro que resultou no desdobramento do processo envolvido no Conflito de Competência nº 7.087-1.

É como voto na espécie.

VOTO (Aditamento)

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Senhor Presidente, faço uma observação, confirmando o que veiculado da tribuna. Realmente, a liminar emanada desta Cor-

te foi colocada em **stand by** pela titular da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro durante um bom tempo. E somente logrei retirá-la desse estágio após contato com o Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Dr. Alberto Nogueira, e também com o Corregedor-Geral da 2ª Região, Juiz Frederico Gueiros, o que é lamentável.

Não é assim que se constrói a respeitabilidade do Judiciário.

EXTRATO DA ATA

HC 79.580 — PE — Rel.: Min. Marco Aurélio. Pactes.: Paulo Sérgio Pereira de Oliveira e Luiz César Pereira de Oliveira. Imptes.: Paulo Sérgio Pereira de Oliveira e outro (Advs.: José de Siqueira Silva e outro). Coator: Superior Tribunal Militar.

Decisão: Por unanimidade, a Turma deferiu o «habeas corpus» para, confirmando a liminar, determinar sejam mantidos em liberdade os pacientes se, por «al», não houverem de ser presos, cassando, ainda, o desmembramento do processo nº 99.0046559-8 determinado por despacho da Juíza Federal da 6ª Vara Criminal da Justiça Federal de Primeira Instância, da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Falou, pelo paciente, o Dr. José de Siqueira Silva. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mardem Costa Pinto.

Brasília, 15 de fevereiro de 2000 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS Nº 79.949 — SP
(Primeira Turma)

Relator: O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence

Paciente: Marco Antonio Zeppini — Impetrante: Maurício Ramos Thomaz — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Individualização da pena: motivação: inidoneidade.

Não se prestam a motivar a exacerbação da pena-base nem circunstâncias elementares do tipo, nem a opinião do Juiz sobre o desvalor em abstrato da figura penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir, em parte, o pedido de «habeas corpus», nos termos do voto do Relator.

Brasília, 13 de junho de 2000 — **Sydney Sanches,** Presidente — **Sepúlveda Pertence,** Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Este o parecer do il. Subprocurador-Geral Edson de Almeida — fl. 55:

«Trata-se de **habeas corpus** impetrado contra a decisão denegatória proferida pela c. Quinta Turma do STJ no HC 10.696 (fl. 48):

> «***Habeas Corpus*. Penal. Individualização da pena. Pena-Base. Fixação acima do mínimo legal. Fundamentação suficiente. Art. 59, CP.**
>
> Não há falar em nulidade da sentença condenatória por ausência de fundamentação na fixação da reprimenda se o MM. Juiz sentenciante — atento às diretrizes do art. 59 do Código Penal justificou satisfatoriamente, embora de maneira sucinta, a fixação da pena-base acima do mínimo legal.
>
> De outro lado, a via estreita do **habeas corpus** — que não se coaduna com o exame aprofundado do material fático-probatório — não se presta para aferir se os fundamentos adotados pelo Magistrado sentenciante, para fixar a pena-base acima do mínimo, estão ou não lastreados nas provas dos autos.
>
> Ordem denegada».

O paciente, Agente Vistor da Prefeitura de São Paulo, foi condenado por infração ao art. 316 do Código Penal, sendo-lhe impostas as penas de cinco anos de reclusão, no regime fechado, mais multa, além da decretação da perda da função pública.

Os fatos que deram origem à condenação estão narrados no relatório da sentença (fls. 23/25):

> «**Marco Antonio Zeppini,** já qualificado nos autos foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 316 do Código Penal, porque juntamente com **Vera Lúcia Lopes Aires** e **Cláudio Francisco Palma,** todos Agentes Vistores em exercício na Administração Regional de Pinheiros, no mês de outubro de 1998, agindo previamente ajustados e com unidade de propósitos, exigiram para eles, indiretamente e em razão de suas funções, vantagem indevida de Soraia Patrícia da Silva.
>
> Segundo consta na denúncia, no dia 14 de outubro de 1998, por volta das 14:30 horas, Vera Lúcia Lopes Aires e Cláudio Francisco de Palma, no uso de suas funções de agentes vistores da Administração Regional de Pinheiros, vistaram o imóvel que se encontrava na posse de Soraia Patrícia da Silva, em razão de contrato de locação, quando constaram a realização de reformas destinadas a dar funcionamento a uma academia de ginástica. Nessa oportunidade, Vera Lúcia e Cláudio disseram a Soraia que o imóvel estava em situação irregular junto à Prefeitura e se ela não tomasse as providências cabíveis seriam obrigados a multá-la e lacrar o imóvel.
>
> Em seguida, os referidos agentes vistores solicitaram o telefone de Soraia, afirmando que em breve entrariam em contato. Já no dia seguinte a vítima recebeu um telefonema oriundo da Administração Regional Pinheiros, quando lhe foi determinado o comparecimento na sede dessa repartição. Nessa oportunidade Soraia, após contato com Vera Lúcia, foi encaminhada a Marco Antonio Zeppini.
>
> Marco Antonio disse à Soraia que haviam dois caminhos para solucionar o problema: a lavratura da multa e em conseqüência a lacração do

imóvel, até a regularização junto a Sehab ou pagando a ele a quantia de R$ 30.000,00, correspondente a 50% do valor da multa que seria devida, e assim o imóvel seria imediatamente liberado de qualquer fiscalização por parte dos agentes públicos, com o alvará.

No dia 2 de dezembro de 1998, data previamente designada pelos agentes vistores para o pagamento, Soraia foi chamada às dependências da sede Regional Pinheiros, e na sala utilizada por Marco Antonio, ele novamente reiterou a exigência indevida, aceitando por fim receber três cheques parcelados, dois no valor de R$ 7.500,00 e o terceiro no valor de R$ 15.000,00. Logo após o pagamento, Marco Antônio foi abordado e preso em flagrante por agentes policiais que se encontravam nas dependências da Regional de Pinheiros.

Determinada a notificação dos acusados nos termos do artigo 514 do Código de Processo Penal (fl. 110), logrou-se êxito tão-somente em relação ao réu Marco Antônio (fl. 162), sobrevindo em seu favor a resposta preliminar (fls. 363/373).

Recebida a denúncia em 2 de fevereiro de 1999 (fl. 392), foram os autos desmembrados em relação aos demais acusados porque não notificados pessoalmente. Citado (fl. 405), foi o réu Marco Antonio interrogado (fls. 407/409), tendo sido apresentada defesa prévia (fls. 435/437)».

A sentença está assim redigida, na parte referente à individualização da pena (fls. 42/44):

«Sendo inverossímil, a alegação de que o réu Marco Antonio agiu imbuído do mais elevado propósito filantrópico, tem-se por comprovado o dolo do acusado, consistente na vontade livre e consciente de exigir vantagem que sabia ser indevida, bem como o elemento subjetivo do tipo contido na expressão «para si ou para outrem».

Cabalmente comprovado que o réu, funcionário público municipal exercendo o cargo de agente vistor na Administração Regional de Pinheiros, exigiu para si, e em razão da função, vantagem indevida, caracterizado está o crime de concussão, impondo-se sua condenação nos exatos termos da denúncia.

Passo à dosimetria da pena.

Considerando o disposto no artigo 59 do Código Penal, em que pese o réu ser Primário, sem antecedentes criminais (fl. 462), fixo a pena-base em cinco (05) anos de reclusão e pagamento de vinte e cinco (25) dias-multa.

Justifica-se a exacerbação em nível pouco acima da média entre o *mínimo* e o *máximo* autorizado por lei, em virtude da periculosidade do acusado, que demonstrou não possuir escrúpulos ou temor, haja vista que praticou o crime nas próprias dependências da Administração Regional, da intensidade do dolo com que se houve, ao compelir a vítima à entrega da importância exigida, determinando um prazo final para tanto; da gravidade do crime que causa comoção social, posto que o cidadão vê-se ameaçado justamente por aquele que detém parcela da autoridade imanente à função.

Com base nos mesmos argumentos, fixo o regime **fechado** pa-

ra o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, evitando o retorno precoce do réu à liberdade, o que não atenderia à prevenção do crime e reprovação de sua conduta, ante o destemor e audácia por ele revelados.

Por derradeiro, considerando que o crime foi praticado com violação de dever para com a Administração Pública atenta ao preceito norteador do artigo 92, inciso I, alínea **a** , do Código Penal, bem como em face dos supracitados argumentos que ensejaram a fixação da pena conclui-se que o réu não reúne os princípios básicos para ocupar função alguma na Administração Pública, impondo a declaração da perda de sua função pública. Considerando a situação financeira do réu, comprovada nos autos (fl. 361), cada dia-multa deverá ser calculado em meio (1/2) salário mínimo vigente à época dos fatos.

Isto posto, julgo **procedente** a ação penal que a Justiça Pública moveu contra o acusado e **condeno Marco Antonio Zeppini**, por ter infringido o disposto no artigo 316 do Código Penal à pena de cinco (05) anos de reclusão e ao pagamento de vinte e cinco (25) dias-multa.

Outrossim, nos termos do artigo 92, inciso I, alínea **a** , do Código Penal, declaro a perda da função pública exercida pelo acusado, cujas providências no âmbito administrativo serão adotadas após o trânsito em julgado desta.

Oportunamente, lance-se o nome do acusado no rol dos culpados. Tendo permanecido custodiado preventivamente durante a instrução criminal não faz jus ao disposto no artigo 594 do Código de Processo Penal.

Recomende-se-o na prisão em que se encontra».

O pedido deve ser acolhido.

Para fixar a pena em cinco anos, duas vezes e meia acima do mínimo cominado, a sentença invocou simplesmente a falta de escrúpulos ou de temor do acusado ao praticar o delito nas Próprias dependências da Administração Regional, a gravidade do crime que causa comoção social e a intensidade do dolo com que se houve (o acusado) ao compelir a vítima à entrega da importância exigida, determinando um prazo para tanto. Ora, como tem sido reiteradamente decidido, de nada vale aludir à gravidade em abstrato do delito; sem aduzir qualquer circunstância específica que tenha cercado o cometimento do delito: «não justifica a exacerbação da pena aplicada a opinião subjetiva do juiz sobre o desvalor em abstrato do tipo penal» (HC 76.097-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19-12-97). Por outro lado, o fato de o paciente ter compelido a vítima à entrega da importância exigida é algo que integra o próprio tipo e, portanto, não pode ser levado em conta a título de medida da intensidade do dolo. E as tratativas entre o paciente e a vítima, que resultaram na aceitação do parcelamento da propina, não revelam, só por isso, maior grau de culpabilidade. Resta, portanto, como única circunstância de certa consistência, a referência à falta de escrúpulos ou audácia do paciente. Entretanto, lembrando que deve haver uma correlação proporcional entre a pena aplicada e as circunstâncias arroladas na sentença, tem-se que tal circunstância não pode, isoladamente, justificar um acréscimo de três anos além do mí-

nimo legal («congruência lógico-jurídica entre os motivos declarados e a conclusão» (HC 70.362-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 12-4-96).

Ausente a motivação, necessária para a concretização das circunstâncias judiciais pertinentes, restou caracterizada a ofensa à garantia constitucional da individualização da pena:

«Sentença condenatória: individualização da pena: coerência lógico-jurídica entre a fundamentação e o dispositivo.

A exigência de motivação da individualização da pena — hoje, garantia constitucional do condenado (CF, arts. 5º, XLVI, e 93, IX) —, não se satisfaz com a existência na sentença de frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la: a fundamentação há de explicitar a sua base empírica e essa, de sua vez, há de guardar relação de pertinência, legalmente adequada, com a exasperação da sanção penal, que visou a justificar.

É nula, no ponto, a sentença na qual o Juiz, explicitando os dados de fato em que assentou a exacerbação da pena — no caso, ao ponto de quadruplicar o mínimo da cominação penal, desvela o subjetivismo dos critérios utilizados, de todo distanciados dos parâmetros legais.»

(HC 69.419-MS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 143(2):600, fev. 1993)

«É lícito ao magistrado sentenciante, desde que o faça em ato decisório adequadamente motivado, proceder a uma especial exacerbação da pena-base. Impõe-se, para esse efeito, que a decisão judicial encontre suporte em elementos fáticos concretizadores das circunstâncias judiciais abstratamente referidas pelo art. 59 do CP, sob pena de o ato de condenação transformar-se numa inaceitável e arbitrária manifestação de vontade do magistrado aplicador da lei».

(HC 71.697-GO, rel. Min. Celso de Mello, DJ 16-8-96)

Isso posto, opino pelo deferimento parcial da ordem, sem prejuízo da condenação e da prisão (o paciente já estava preso preventivamente), para anular a sentença na parte referente à individualização da pena privativa da liberdade e de seu regime de cumprimento.»

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): O parecer é irretocável.

Nos seus termos, defiro parcialmente a ordem: é o meu voto.

EXTRATO DA ATA

HC 79.949 — SP — Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. Pacte.: Marco Antonio Zeppini. Impte.: Maurício Ramos Thomaz. Coator : Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma deferiu, em parte, o pedido de «habeas corpus», nos termos do voto do Relator. Unânime.

Presidência do Senhor Ministro Sydney Sanches. Presentes à sessão os Senhores Ministros Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Moreira Alves. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 13 de junho de 2000 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 106.614 — MG
(Primeira Turma)

Relator : O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence

Recorrente: Escolta Coelho Ltda. — Recorrido: João Simões

Não invade a competência privativa da União para legislar sobre Direito do Trabalho a estipulação, em ato normativo baixado por autarquia federal, de piso remuneratório para os empregados de empresas permissionárias de serviço público, como condição para a outorga da permissão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, «não conhecer» do recurso extraordinário.

Brasília, 30 de maio de 2000 —**Moreira Alves**, Presidente —**Sepúlveda Pertence**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Discute-se nesta reclamação trabalhista — ajuizada em 26 de abril de 1982 — se a empresa reclamada, tendo aceitado as condições estabelecidas pelo DNER numa tal «**instrução para credenciamento de empresas para execução de serviços especializados de escolta aos veículos transportadores de cargas especiais**», estaria obrigada a pagar ao reclamante o salário e as diárias nos valores previstos na referida instrução.

A reclamação foi julgada improcedente em primeira instância, pelos seguintes fundamentos (fl. 26):

«O pedido do reclamante se estriba em norma regulamentar expedida pelo DNER que ao fixar valores de custo, arbitra importes representativos da mão-de-obra.

Data venia, tais normas não obrigam as partes. O contrato de trabalho se atém à vontade das partes e às normas específicas emanadas de fonte competente. Ao DNER não é dado legislar sobre matéria trabalhista.»

O TRT, no entanto, acolheu a reclamação, em decisão na qual se lê (fl. 43):

«Entendo que o empregado faz jus à remuneração fixada nas instruções do DNER e às diárias também. A sentença recorrida se equivoca quando põe como razão de decidir, que o DNER não pode fixar salários, pois até aí se tem uma meia verdade.

O DNER não fixou salários de forma abstrata. Na sua função e no exercício de seu poder de polícia sobre as rodovias, preocupado com o importante, paciente e perigoso serviço de escolta, ele instituiu cursos especiais e fixou outras normas de seleção, uma delas o lucro empresário e outra o nível de salário do motorista, como claro está a fl. 15.

E nada de ilegal nisso: para conceder a permissão estipularam-se condições, inclusive em favor dos terceiros, os motoristas, principal peça da segurança buscada.»

A decisão foi mantida pelo TST, que negou provimento ao agravo interposto contra o indeferimento da revista, na qual se alegava contrariedade ao art. 8°, XVII, **b**, da CF/69, por violada a competência privativa da União para legislar sobre Direito do Trabalho.

No RE aponta a reclamante violação ao art.8°, XVII, **b**, c/c art. 43, e ao art. 142, § 1°, da CF de 1969.

O Ministério Público, em parecer do il. Subprocurador-Geral Leal Chaves, opina pelo não conhecimento do RE.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): Não se afirmou, na Justiça do Trabalho, que a estipulação do salário a ser pago aos motoristas da permissionária competia à autarquia e sim que a cláusula — imposta como condição da permissão administrativa em favor da segurança do serviço especial a ser desempenhado pela empresa —refletira-se no contrato de trabalho do recorrido.

O raciocínio foi desenvolvido com brilho pelo parecer do il. Subprocurador-Geral Leal Chaves — que a meu ver interpreta com fidelidade a tese do acórdão recorrido — e do qual extraio:

> «17. O contrato de trabalho havido entre o recorrido e a recorrente, permissionária de um serviço público, que assim o é em razão de ter aceito todas as condições fixadas pelo permitente para a outorga da permissão, esteve, necessária e automaticamente, jungido a tais condições, que o integraram, e no referente ao reclamante, ora recorrido, tanto lhe impunham deveres, quais os alinhados no art. 16 das «**instruções**» (antecedente item 14), como lhe conferiam vantagens, espelhada em salário, compatível com seu maior grau de responsabilidade profissional e capacitação especial, e reembolso de despesas de viagem e pousada, devidamente considerados e computados para a composição das tarifas que a permissionária estava, e está, autorizada a cobrar dos usuários do serviço público que executa e explora.
>
> 18. O DNER, ao outorgar a uma pessoa jurídica de direito privado a execução e a exploração de um dos serviços públicos de sua competência, qual o de escolta rodoviária, atento ao interesse público e em nome dele, tem o dever de estipular condições, a serem observadas pelo permissionário, capazes de ensejar seja o serviço prestado dentro de padrões básicos de eficiência e segurança, máxime, como na espécie de que se trata, quando o serviço confiado ao permissionário diz, diretamente, com a polícia e a segurança do trânsito nas rodovias federais.
>
> 19. Se o DNER fixa como condição para a outorga da permissão do serviço público de escolta rodoviária possua o permissionário veículos e equipamentos especiais, formalmente definidos, há de estipular, também, os requisitos do pessoal destinado a operar ditos veículos e equipamentos, e, considerando a presença de tais requisitos, que diferenciam um motorista de escolta de um seu símile, habilitado a dirigir veículos transportadores comuns, de passageiros e cargas, ao compor as tarifas a serem pagas pelos usuários ao permissionário, não só está autorizado a fixar a margem de lucro do permissionário, mas ainda, na estimativa dos custos, estabelecer o **quantum** referente à remuneração do pessoal especializado ne-

cessário à exata execução do serviço público outorgado, que, assim passa a configurar uma das condições estipuladas pelo permitente, aceita, de livre e espontânea vontade, pelo permissionário, para executar e explorar o serviço público em cogitação.

Dessarte, resta de evidência solar, que o DNER não legislou sobre matéria trabalhista, não dispôs além da sua competência, ao praticar o ato administrativo de permissão de serviço público, pelo qual transferiu, sob condições, a execução e exploração do serviço de escolta rodoviária à recorrente. O permitente, no caso, o DNER, não legislou sobre salário mínimo, não criou nenhum salário profissional e, muito menos, qualquer piso salarial...»

Certo, poderia discutir-se o reflexo da cláusula de permissão ao contrato de trabalho da empresa com o seu empregado, terceiro na sua relação com a autarquia: mas a solução dada a questão — seja ela qual for —não implicaria converter a edição de tais instruções em usurpação da competência legislativa.

Não conheço do RE: é o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RE 106.614 — MG — Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. Recte.: Escolta Coelho Ltda. (Adv.: Paulo Cesar Gontijo). Recdo.: João Simões (Adv.: Ildeu Leonardo).

Decisão: A Turma não conheceu do recurso extraordinário. Unânime.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministros Octavio Gallotti e Sepúlveda Pertence. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Sydney Sanches e Ilmar Galvão. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista.

Brasília, 30 de maio de 2000 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 159.228 (EDcl) — DF
(Primeira Turma)
(Mérito na RTJ 157/1045)

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Embargante: Distrito Federal — Embargado: Sindicato dos Servidores Públicos Civis da Administração Direta, Autarquias e Tribunal de Contas do Distrito Federal — Sindireta

Embargos de declaração — Ausência dos pressupostos de embargabilidade do julgado — Caráter infringente do recurso — Inadmissibilidade — Alegações de ofensa à Constituição deduzidas em caráter inaugural — Impossibilidade — Embargos rejeitados.

— O recurso de embargos de declaração *não tem cabimento* quando, a pretexto de esclarecer uma *inocorrente* situação de obscuridade, contradição, dúvida ou omissão do acórdão, vem a ser utilizado com o objetivo de *infringir* o julgado.

— A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da impossibilidade jurídico-processual de a parte re-

corrente buscar, pela via dos embargos de declaração, a ampliação e a complementação dos fundamentos do apelo extremo, deduzindo, *ex novo*, alegações de ofensa à Constituição que não foram formuladas no momento oportuno, vale dizer, quando da própria interposição do recurso extraordinário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, rejeitar os embargos de declaração.

Brasília, 29 de novembro de 1994 — **Moreira Alves**, Presidente — **Celso de Mello**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: O Distrito Federal opõe **embargos de declaração** a acórdão proferido nos autos do **RE 159.228-DF**, de que sou Relator, cuja ementa consigna, **verbis**:

«Mandado de segurança coletivo — Impetração por entidade sindical revestida de legitimidade (Sindireta) — Representação de categoria funcional vinculada à Administração Direta do Distrito Federal — Princípio da unicidade sindical — Observância — Reposição salarial (84,32%) — Direito adquirido dos servidores públicos do DF — Inaplicabilidade da Lei Federal 8.030/90 ao Plano Local — Autonomia constitucional do Distrito Federal — Recurso extraordinário não conhecido.

— A existência, na mesma base territorial, de entidades sindicais que representem estratos diversos da vasta categoria dos servidores públicos — funcionários públicos pertencentes à Administração direta, de um lado, e empregados públicos vinculados a entidades paraestatais, de outro, cada qual com regime jurídico próprio — não ofende o princípio da unicidade sindical. Legitimidade do Sindicato dos Servidores Públicos Civis da Administração Direta, Autarquias e Tribunais de Contas do Distrito Federal (Sindireta) para agir na defesa dos direitos e interesses de seus filiados.

— A autonomia constitucional reconhecida ao Distrito Federal, que lhe confere a prerrogativa de dispor, em sede normativa própria, sobre o regime jurídico dos seus servidores civis, impede que se estendam, automaticamente, ao plano local os efeitos pertinentes à política de remuneração estabelecida pela União Federal em favor dos seus agentes públicos.

— Os efeitos revocatórios gerados pela Lei nº 8.030/90 restringiram-se, no plano da organização federativa brasileira, à dimensão político-institucional da União Federal, que foi a única destinatária do comando normativo emergente desse diploma legal.

O reajuste de vencimentos de servidores do Distrito Federal, assegurado pela Lei distrital nº 38/89, só veio a ser revogado pela Lei distrital nº 117, de 23 de julho de 1990, época em que o percentual de 84,32%, correspondente à inflação apurada no período de 16 de fevereiro a 15 de março de 1990, já se integrara ao patrimônio jurídico dos agentes públicos locais.»

Os argumentos do recurso — que visa a sanar «obscuridades, dúvidas e omissões» — estão deduzidos nos seguintes termos (fls. 372/376):

«Na inicial do **mandamus**, requereu a entidade impetrante, ora embargada, 'a concessão da Segurança para que o Distrito Federal faça a reposição definitiva nos vencimentos e proventos dos associados do Impetrante do percentual de 84,32%, relativo à inflação do mês de março de 1990, a partir do mês de abril de 1990' (fl. 12).

Acolhendo a pretensão dos impetrantes, o Colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, em sua composição plenária, à unanimidade, concedeu a segurança pretendida, limitando seus efeitos financeiros a partir da impetração (fl. 260).

Inconformado com o v. aresto, o Distrito Federal dele recorreu extraordinariamente a essa Excelsa Corte, fazendo constar em suas razões recursais a ocorrência de ofensas aos artigos 5°, inciso XXXVI e 37, da Carta Magna. Por igual, demonstrou desconformidade do julgado com os imperativos insertos nos artigos 2°, inciso II e 9°, inciso II, da Lei 8.030/90 (fl. 284).

Afirmou-se, também, na ocasião, que fora concedido aos servidores do Distrito Federal, no mês de abril de 1990, reajuste salarial no Patamar de 10,25% (dez inteiros e vinte e cinco centésimos por cento).

Recebido e processado o recurso extremo, essa Colenda Turma dele não conheceu, **ex vi** das razões expostas pelo eminente Relator, Ministro **Celso de Mello**. Nessas, anotou Sua Excelência:

'... que os efeitos revocatórios gerados pela conversão da MP 154/90 na Lei n° 8.030/90, ao afetarem as Leis n°s 7.788/89 e 7.830/89, restringiram-se, no plano de nossa organização federativa, à dimensão político-institucional da União Federal. Esta, na realidade, foi a **única** destinatária do comando normativo emergente da Lei n° 8.030/90, que se revela absolutamente inaplicável à esfera jurídica do Distrito Federal, cuja autonomia, fundada no próprio texto da Constituição da República, confere-lhe o poder de dispor, **com exclusividade**, em sede legal, sobre a política remuneratória dos seus próprios servidores.'
(os grifos são do original)

Ao assim dispor, Sua Excelência, **data venia**, omitiu-se em analisar o tema à luz dos artigos 2°, inciso II e 9°, inciso II, da Lei 8.030/90, abaixo transcritos:

'Art. 2° O Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento estabelecerá, em ato publicado no Diário Oficial da União:

I — .....

II — no primeiro dia útil, após o dia 15 de cada mês, a partir do dia 15 de abril de 1990, o percentual de reajuste mínimo mensal para os **salários em geral**, bem assim para o salário mínimo;'

'Art. 9° O disposto nesta Lei aplica-se:

I — .....

II — aos salários e demais remunerações e vantagens pecuniárias dos servidores de fundações e empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente, pela União e **Distrito Federal**;'

Como se vê, a referida lei, instituidora de nova sistemática para reajuste de preços e salários em geral, tem abrangência, também, no âmbito do Distrito Federal, por expressa disposição contida em seu texto.

Sob esse argumento, o Colendo Superior Tribunal de Justiça vem dando provimento aos recursos especiais interpostos pelo Distrito Federal. Veja-se, **v.g.** o REsp nº 47.224-5/DF, assim ementado:

> '**Administrativo. Servidores públicos. Reasjuste salarial de 84,32%.**
>
> Inexistência de direito adquirido. Precedentes do STF e, mais recentemente, do STJ.
>
> A Lei 8.038/90 é aplicável não só aos funcionários públicos federais, mas aos salários em geral (art. 2º), alcançando, também, os servidores do Distrito Federal.
>
> Recurso especial conhecido e provido.'

O eminente Ministro Assis Toledo, prolator do voto condutor do julgado, fez constar em seu arrazoado o trecho seguinte, **verbis**:

> 'Além disso, pela Lei 8.030, de 12-4-90, aplicável não só aos funcionários públicos federais, mas aos salários em geral, como consta expressamente do art. 2º da referida lei, instituiu-se uma 'nova sistemática para reajuste de preços e salários em geral', incompatível com a prevista pela Lei Local 38/89.
>
> Por último, o art. 9º, inciso II, da Lei 8.030/90, ao mencionar a União e o Distrito Federal, não deixa dúvida sobre ter alcançado, igualmente, os servidores dessa unidade federativa.'

No v. acórdão embargado, embora houvesse prequestionamento, a Colenda 1ª Turma não enfrentou a matéria sob o prisma do constante nos artigos 2º, inciso II e 9º, inciso II, da Lei nº 8.030/90, omitindo-se, pois.

Omitiu-se, também, o ínclito órgão julgador, ao não vislumbrar o litígio sob a ótica do artigo 24, inciso I, da Constituição Federal, que dispõe:

> 'Art. 24 — Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> I — direito tributário, financeiro, penitenciário, **econômico** e urbanístico;'

Ora, a Lei nº 8.030/90, como ela própria o diz em seu preâmbulo, estabeleceu 'nova sistemática para reajuste de preços e salários em geral'. Dessume-se, pois, que estabeleceu **normas gerais**, dentro da sua competência, enquanto norma federal, para fazê-lo (Art. 24, § 1º). Como instituidora que foi de novo plano de estabilização econômica, conhecido como 'Plano Collor', é inegável que a norma em comento tem cunho eminentemente **econômico.**

Acrescente-se, ainda, que no âmbito da legislação concorrente entre a União e o Distrito Federal, prescrita no art. 24 retrocitado, estabelece o parágrafo 4º que '**a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário**'.

Parece-nos inquestionável, diante desta disposição constitucional, que a Lei Local nº 38/89 teve **suspensa sua eficácia** naquilo em que contrariou as normas gerais trazidas pela Lei Federal

nº 8.030/90, sem que isso signifique qualquer ofensa ao postulado constitucional que assegura autonomia ao Distrito Federal em matéria de organização administrativa e de definição do regime jurídico de seus servidores civis.

Não poderia a Colenda 1ª Turma, **data venia**, furtar-se em analisar a questão posta em apreciação sob este imprescindível prisma, mormente se considerada a relevância da matéria e os estrondosos efeitos da decisão sobre o erário do Distrito Federal, posto que conta o sindicato autor com cerca de 6.000 (seis mil) filiados.

A **omissão** tem que ser sanada e os presentes embargos declaratórios são o meio processual hábil para tanto.

Ao não conhecer do presente recurso extraordinário e, conseqüentemente, manter o v. acórdão recorrido em seus exatos termos, deixou-se de examinar duas outras relevantes questões suscitadas pelo recorrente, as quais não podem passar despercebidas, sendo a sede de embargos declaratórios, por igual, a própria para pronunciamento por essa Colenda Turma.

A primeira concerne à determinação do termo **ad quem** da incidência do percentual de 84,32%. Será ele até a seguinte data-base salarial dos servidores públicos, ocorrida em 1º de janeiro de 1991? Ou terá ele efeitos permanentes, **ad infinitum**, com efeito cascata sobre todos os demais reajustes e reposições que o procederam e os que vierem a procedê-lo no futuro?

É o nosso entendimento que, em se considerando devidos os 84,32%, há que se aplicar a hipótese, analogicamente, o enunciado nº 322, da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, vazado nestes termos:

> 'Os reajustes salariais decorrentes dos chamados 'gatilhos' e URP's, previstos legalmente como antecipação, são devidos tão-somente até a data-base de cada categoria.'

Isso porque todos os reajustes salariais concedidos fora da data-base dos servidores o são sob a forma de antecipação. Se na data-base — no caso, em 1º de janeiro de 1991 — as perdas de todo o período são consideradas efetivamente repostas, zeradas, não há razão para que a incidência do percentual requerido vá além dela.

A segunda diz respeito à compensação do reajuste concedido no mês de abril de 1990, no patamar de 10,25% (dez inteiros e vinte e cinco centésimo por cento), bem como dos demais concedidos no decorrer do ano de 1990. Deve-se esclarecer se são devidas ou não as pretendidas compensações.

Também nesses dois aspectos, a omissão constante do v. acórdão embargado deixa obscuridades e dúvidas que necessariamente devem ser sanadas, sob pena de tornar-se impossível uma liquidação de sentença adequada e que resguarde convenientemente o tesouro público do Distrito Federal.

Isto posto, demonstradas satisfatoriamente as **omissões, obscuridades e dúvidas** constantes do v. acórdão de fls. 345/370, faz-se necessário o conhecimento e provimento dos presentes embargos declaratórios, para o fim de saná-las, concedendo-se, em conseqüência, efeito **modificativo** ao julgado, para o fim de se conhecer e prover o recurso extraordinário interposto pelo Distrito Federal, na forma das razões aqui expostas.»

Dou por feito o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Rejeito** o presente recurso de embargos declaratórios, eis que não há, no acórdão emanado da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, qualquer obscuridade, dúvida, omissão ou contradição a sanar.

A via recursal dos embargos de declaração — especialmente quando inocorrentes os pressupostos que justificam a sua adequada utilização — não pode conduzir, sob pena de grave disfunção jurídico-processual dessa modalidade de recurso, à renovação de um julgamento que se efetivou de maneira regular e cujo acórdão não se ressente de **qualquer** dos vícios da obscuridade, da omissão, da dúvida ou da contradição.

A decisão ora recorrida apreciou, com plena exatidão e em toda a sua inteireza, a pretensão recursal deduzida pelo embargante.

A pretendida análise da **quaestio juris** posta nestes autos «à luz dos artigos 2°, inciso II, e 9°, inciso II, da Lei 8.030/90», revela-se absolutamente inadequada em sede de **recurso extraordinário**, cujo objeto, restrito que se encontra às questões eminentemente constitucionais, não comporta discussão de natureza meramente legal.

Ademais, **e como ressaltado pelo próprio Distrito Federal em sua petição de recurso extraordinário**, «o art. 9° da Lei n° 8.030/90 estende aos servidores públicos civis e militares de todos os níveis da Administração Pública a referida disposição, **à exceção da Administração Direta e Autárquica do Distrito Federal**» (fl. 284 — **grifei**).

Ora, tratando-se de mandado de segurança impetrado pelo Sindicato dos Servidores Públicos Civis da Administração Direta, Autarquias e Tribunal de Contas do Distrito Federal, ressalta, de modo evidente, a absoluta impertinência do dispositivo legal invocado.

O outro argumento deduzido nos presentes embargos consiste na alegada omissão do acórdão embargado em apreciar a questão debatida na causa em face do art. 24, I, da Constituição Federal.

Ocorre que a petição recursal extraordinária do Distrito Federal — que delimita o âmbito de apreciação jurisdicional deste apelo extremo — **não contém** qualquer alegação de ofensa, por parte do acórdão emanado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, da norma constitucional que somente veio a ser invocada, **em caráter inaugural**, nos presentes embargos de declaração.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da impossibilidade jurídico-processual de a parte recorrente buscar, pela via dos embargos de declaração, a ampliação e a complementação dos fundamentos do apelo extremo, deduzindo, **ex novo**, alegações de ofensa à Constituição que não foram formuladas no momento oportuno, vale dizer, quando da interposição do recurso extraordinário:

> «**Embargos de Declaração. Omissão do acórdão. Embargos *infringentes*.**
>
> Incabíveis embargos de declaração quando se propõem a suscitar **ex novo** discussão de mérito, em termos que atritam com o decidido pela Turma. Ao invés do cunho declaratório, mais não são do que infringentes, visando a modificar a substância do julgado. — Embargos em Recurso Extraordinário rejeitados.»
>
> **(RE 91.032-RJ (EDcl)**, Rel. Min. **Rafael Mayer)**

«Embargos de Declaração. Contrariedade à Constituição não deduzida expressamente na interposição do RE, que limitou-se a apontar violação de outro dispositivo constitucional. Impossibilidade de ampliação dos fundamentos do recurso extraordinário. Omissão inexistente.

EDcl rejeitados.»
(**RTJ** 133/852, Rel. Min. **Célio Borja**)

«Processual civil. Embargos de declaração. Questão nova não discutida nos autos.

I. A questão posta nos embargos de declaração (...) é questão nova, que não foi posta no recurso extraordinário, nem no agravo de instrumento, nem no agravo regimental. Inocorrência, portanto, de omissão, certo que os embargos apresentam caráter de infringentes.

II. Embargos de declaração rejeitados.»
(**Ag 152.837-SP (AgRg-EDcl)**, Rel. Min. **Carlos Velloso**)

Ressalta evidente, desse modo, o absoluto descabimento dos presentes embargos de declaração, cujo nítido caráter infringente denuncia o intuito do Distrito Federal de obter, de maneira inadequada, o reconhecimento do desacerto do julgado.

O efeito ora pretendido pelo embargante, com a utilização da presente via recursal, revela-se desautorizado pelo ordenamento jurídico, consoante proclama a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

«Embargos declaratórios só se destinam a possibilitar a eliminação de obscuridade, dúvida, contradição ou omissão do acórdão embargado (art. 337 do RISTF), não o reconhecimento de erro de julgamento.

E como, no caso, é esse reconhecimento que neles se reclama, com a conseqüente reforma do acórdão, ficam eles rejeitados.»
(**RTJ** 134/836, Rel. Min. **Sydney Sanches**)

«Embargos declaratórios. Inexistência de omissão, contradição, obscuridade ou dúvida, no acórdão embargado (art. 337 do RISTF).

Embargos rejeitados.

O que pretenderam os embargantes foi sustentar o desacerto do julgado e obter sua desconstituição. A isso não se prestam, porém, os embargos declaratórios.»
(**RTJ** 134/1296, Rel. Min. **Sydney Sanches**)

Por último, e no que se refere à alegada **omissão** do acórdão embargado em definir o termo **ad quem** da incidência do percentual de 84,32%, bem assim o cabimento de compensação do reajuste de 10,25% concedido aos servidores locais no mês de abril de 1990, parece indiscutível que o exame de tais questões não se revela possível em sede de recurso extraordinário, posto que inteiramente desvestido de natureza constitucional esse particular aspecto da controvérsia, que vem de ser apenas agora suscitado.

Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que o domínio temático do recurso extraordinário foi substancialmente restringido pela nova Lei Fundamental da República, que somente permite, uma vez instaurada a jurisdição excepcional do apelo extremo, a discussão de matérias que, além de devidamente prequestionadas, revistam-se de índole constitucional.

Assim sendo, considerando o caráter infringente atribuído aos presentes embargos de declaração — que visam, na realidade, e de modo absolutamente impróprio, a um novo julgamento da causa —, e tendo

em vista, sobretudo, a **inocorrência** dos pressupostos legais de embargabilidade a que se referem o **CPC** (art. 535) e o **RISTF** (art. 337), **rejeito** o recurso ora manifestado pelo Distrito Federal.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RE 159.228 (EDcl) — DF— Rel.: Min. Celso de Mello. Embte.: Distrito Federal (Adv.: Sergio Marcos Alvarenga da Silva). Embdo.: Sindicato dos Servidores Públicos Civis da Administração Direta, Autarquias e Tribunal de Contas do Distrito Federal — Sindireta (Advs.: Claudia Regina Silva e outro).

Decisão: A Turma rejeitou os embargos de declaração. Unânime.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Ilmar Galvão. Subprocurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 29 de novembro de 1994 — Ricardo Dias Duarte, Secretário.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 200.324 — RJ
(Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Recorrente: José Geraldo Garcia de Souza – Advogados — Recorrido: Município do Rio de Janeiro

ISS — Sociedade Uniprofissional — Parâmetros. **A Constituição Federal de 1988 implicou a recepção do Decreto-Lei nº 406/68 no que, mediante os preceitos do artigo 9º, §§ 1º e 3º, rege o ISS devido pelas sociedades uniprofissionais — § 5º do artigo 34 da Carta de 1988. Inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 1.513, de 27 de dezembro de 1989, e que deu nova redação ao artigo 29 da Lei nº 691, de 24 de dezembro de 1984, ambas do Município do Rio de Janeiro.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário, na forma do voto do Senhor Ministro Relator, declarando a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 1.513, de 27 de dezembro de 1989, no que deu nova redação ao artigo 29 da Lei nº 691, de 24 de dezembro de 1984, ambas do Município do Rio de Janeiro.

Brasília, 15 de março de 2000 — **Marco Aurélio,** Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Eis a síntese do acórdão impugnado mediante o extraordinário:

Imposto sobre Serviço de qualquer natureza — ISS. Lei municipal

nº 1.513/89 do Município do Rio de Janeiro. Argüição de sua inconstitucionalidade. Decisão em contrário do egrégio órgão especial. Tendo sido impetrada a segurança com o pedido de ser declarada a inconstitucionalidade da referida lei municipal, e tendo o órgão competente para declará-la no caso concreto entendido que não existe essa inconstitucionalidade, fica a Câmara, órgão julgador fracionário, jungido àquela decisão. Recurso improvido» (folha 347).

No recurso extraordinário, interposto com alegado fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, argúi-se a configuração de violência aos artigos 146, inciso III, 156, inciso IV e § 4º, inciso I, da Carta da República e 34, §§ 3º, 4º e 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O recurso está embasado ainda na alínea **c** do permissivo constitucional, pelo fato de ter-se considerado válida a Lei local de nº 1.513/89, contestada em face aos mencionados preceitos do Diploma Maior. Em síntese, assevera-se a necessidade de edição de lei complementar com prévia definição dos serviços tributáveis, do fato gerador, da base de cálculo e dos contribuintes. Em passo seguinte, procura-se demonstrar que os serviços de advocacia são prestados sempre pelo advogado e não pela sociedade de advogados que, assim, não pode ser onerada com o pagamento do Imposto sobre Serviços (folhas 352 a 368).

O Município apresentou as contra-razões de folhas 370 a 389, ressaltando o não-preenchimento dos requisitos de admissibilidade do recurso e o acerto da conclusão adotada pela Corte de origem.

Obstado o trânsito do recurso, deu-se o processamento em razão do provimento dado ao agravo em apenso, ocasião em que assim me manifestei:

O tema em debate está a merecer o crivo de Colegiado desta Corte. O Órgão especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assentou a harmonia da Lei nº 1.513/89, do Município do Rio de Janeiro, com a Carta Política da República, consignando:

> «Não é inconstitucional a lei municipal instituindo imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS), se editada quando já vigente o sistema tributário nacional, criado pela nova Constituição, e dentro dos limites de sua competência (art. 156, IV).»

Há de se definir a necessidade, ou não, de lei complementar que contenha o rol de serviços passíveis de serem tributados pelo Estado. Conforme fiz ver no pequeno relatório supra, ressalta a Agravante a impropriedade da disciplina local, no que se teria inovado relativamente à incidência do tributo, isto em face ao artigo 9º, § 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar nº 56/87.

Recebi os autos em 15 de abril de 1996 e os remeti à Procuradoria-Geral da República, com relatório parcial, em 16 de abril imediato. O parecer, de folhas 435 a 439, é no sentido do provimento do recurso.

Em suma, considerada óptica de Sacha Calmon Navarro Coêlho, contida em «Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário», Forense, 6ª Edição, páginas 138/139, consigna a peça do Ministério Público que:

> Optou a Constituição Federal em vigor, ao disciplinar o Sistema Tributário Nacional, pela intervenção legislativa do Congresso Nacional, mediante a edição de lei complementar, para definir, no tocante aos impostos discriminados no texto constitucional, os fatos gerado-

res, as bases de cálculos e os contribuintes (folha 437).

Estes autos vieram-me conclusos para exame em 3 de agosto de 1999, sendo que neles lancei visto em 16 imediato (folha 440).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Os pressupostos gerais de recorribilidade foram observados. O documento de folha 15 revela regular a representação processual, estando à folha 407 a guia relativa ao preparo. Quanto à oportunidade da manifestação de inconformismo, constata-se, à folha 351, que o acórdão impugnado restou publicado no Diário de 26 de outubro de 1994 — quarta-feira. Pois bem, o extraordinário foi protocolizado no dia 10 subseqüente — quinta-feira — (folha 352), portanto, dentro dos 15 dias legais.

No mérito, o julgamento do extraordinário há de fazer-se considerado o que proclamado, a uma só voz, por esta Corte, no julgamento dos Recursos Extraordinários 236.604-7/PR e 220.323-3/MG ambos relatados, em 26 de maio de 1999, pelo Ministro Carlos Velloso. O diploma municipal que se quer ver declarado inconstitucional previu que, possuindo a sociedade uniprofissional mais de dois empregados, o Imposto sobre Serviços incidirá sobre a receita do escritório, na alíquota de 5%, por profissional habilitado. Vê-se, assim, que, no âmbito local, passou-se a ter disciplina sobre o cálculo do tributo. Ora, o advento da Carta de 1988 não implicou lacuna. A previsão nela contida, segundo a qual cabe à lei complementar a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos nela discriminados, a dos respectivos fatos geradores, base de cálculos e contribuintes — alínea **a**, do inciso III, do artigo 146 —, e também a de que compete aos municípios instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza não compreendidos no artigo 155, inciso II, definidos em lei complementar — inciso III, do artigo 156 — resultou na recepção do Decreto-Lei nº 406/68, mais precisamente do disposto no artigo 9º, §§ 1º e 3º. É que o legislador constituinte, objetivando até mesmo afastar o vácuo legislativo, considerada a disciplina do Sistema Tributário Nacional, fez inserir, de forma pedagógica, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o § 5º do artigo 34:

> Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §§ 3º e 4º.

Vale dizer que não se abriu margem à disciplina momentânea e isolada, pelas unidades da Federação, de tributos apanhados pela Carta de 1988. Essa óptica ficou devidamente consignada no voto condutor dos julgamentos que hoje encerram os precedentes. Rechaçou-se a possibilidade de vislumbrar-se nos §§ 1º e 3º do artigo 9º do Decreto-Lei nº 406/68, hipótese de isenção. Tem-se, na verdade, regência da base de cálculo do imposto quando a prestação de serviços ocorre sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, pouco importando que se faça a reunião destes mediante sociedades. Daí haver-se assentado que os citados dispositivos do Decreto, recepcionados pela Carta de 1988 como lei complementar, mostraram-se harmônicos com os ditames maiores do artigo 146 da Constituição de 1988, não havendo lugar para vir-se a disciplinar a matéria à margem da exigência de lei complementar.

No tocante ao princípio da igualdade tributária — artigo 150, inciso II, da Constituição Federal — esta Corte teve presente a

máxima segundo a qual encerra ele o tratamento desigual a partir de hipóteses distintas. Conforme depreende-se dos dispositivos da lei complementar, levou-se em conta a forma da prestação dos serviços, a pessoalidade, considerando-se a reunião dos profissionais em sociedade, meio de organização do trabalho. Ao proferir voto nos Recursos Extraordinários nºs 236.604-7/PR e 220.323-3/MG, o Ministro-Relator deixou registrada a existência de pronunciamentos desta Corte sobre a compatibilidade do artigo 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406/68 com a Constituição pretérita, que também consagrava o princípio da igualdade. Eis os precedentes citados: Recursos Extraordinários nºs 96.475/SP, 105.185/RS, 105.854/SP, 105.273/SP, todos da Primeira Turma, relatados pelo Ministro Rafael Mayer e com acórdãos publicados, respectivamente, no Diário da Justiça de 4 de junho de 1982, na Revista Trimestral de Jurisprudência nº 113/1420, na Revista Trimestral de Jurisprudência nº 115/435 e no Diário da Justiça de 21 de junho de 1985. Da Segunda Turma houve referência ao que decidido no Recurso Extraordinário nº 82.560/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho, Diário da Justiça de 5 de agosto de 1983, mencionando-se, mais, o Recurso Extraordinário nº 82.724/CE, Pleno, relatado pelo Ministro Leitão de Abreu, com acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência nº 90/533.

Destarte, em harmonia com os dois precedentes mencionados — valendo notar que os parâmetros do tributo contestados nestes autos são idênticos ao do criado pelo Município de Curitiba e que foi fulminado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 236.604 — conheço deste extraordinário e o provejo para, reformando o acórdão de folhas 347 a 350, integrado pelo resultante da argüição de inconstitucionalidade — folhas 294 a 304 —, conceder a segurança, declarando a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 1.513, de 27 de dezembro de 1989, e que deu nova redação ao artigo 29 da Lei nº 691/84, ambos do Município do Rio de Janeiro, ficando assentado, assim, o direito do Recorrente de recolher o Imposto Sobre Serviços de acordo com o Decreto-Lei nº 406/68 e a Lei Complementar nº 56/87.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Sr. Presidente, acompanho V. Exa. na linha do que decidido à época do julgamento do RE nº 220.323, da relatoria do Sr. Ministro Carlos Velloso, julgado em 26 de maio de 1999.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo mencionado.

EXTRATO DA ATA

RE 200.324 — RJ — Rel.: Min. Marco Aurélio. Recte.: José Geraldo Garcia de Souza – Advogados (Advs.: Lourdes Helena Moreira de Carvalho e outros). Recdo.: Município do Rio de Janeiro (Adv.: Elaine Tisser).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, «conheceu» e «deu provimento» ao recurso extraordinário, na forma do voto do Senhor Ministro Relator, «declarando» a inconstitucionalidade do art. 29 da Lei nº 1.513, de 27-12-1989, do Município do Rio de Janeiro, publicada no Diário Oficial de 28-12-1989. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Marco Aurélio (Vice-Presidente). Plenário, 4-11-99.

Decisão : Por unanimidade, o Tribunal, por proposta do Senhor Ministro Relator, decidiu «retificar», por erro material, a proclamação da «decisão» proferida no RE nº 200.324-7/RJ, constante da Ata da Trigésima Segunda Sessão Extraordinária, realizada em 4 de novembro de 1999, publicada no

Diário da Justiça de 16 de novembro de 1999, que passa a ser a seguinte: «O Tribunal, por unanimidade, «conheceu» e «deu provimento» ao recurso extraordinário, na forma do voto do Senhor Ministro Relator, «declarando» a inconstitucionalidade do artigo 1° da Lei n° 1.513, de 27 de dezembro de 1989, no que deu nova redação ao artigo 29 da Lei n° 691, de 24 de dezembro de 1984, ambas do Município do Rio de Janeiro». Votou o Presidente.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 15 de março de 2000 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 214.747 — SC
(Primeira Turma)

Relator: O Sr. Ministro Sydney Sanches

Recorrente: Estado de Santa Catarina — Recorrido: Wilde Carlos Gomes

Direito Constitucional, Administrativo e Processual Civil.

Funcionário público aposentado da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Pretensão a proventos que correspondam aos subsídios de prefeito de certo município, cargo que exercera antes. Lei Complementar Estadual n° 43/92. Direito adquirido: inocorrência. Art. 90, II, § 6°, da Lei Estadual n° 6.800, de 23-6-1986. Alegação de ofensa ao art. 18 da Constituição Federal.

1. O autor, na inicial, pleiteou que seus proventos, de funcionário público aposentado da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, correspondam, em substância, aos subsídios devidos ao Prefeito Municipal de São João Batista. E isso, desde 23-6-1986, data da Lei n° 6.800, com apostilamento e os acréscimos legais.

2. A sentença de 1° grau julgou improcedente a ação, mas foi reformada, em grau de Apelação, pelo acórdão recorrido, que a julgou procedente.

3. Tem razão, porém, o recorrente, Estado de Santa Catarina, ao menos enquanto sustenta que o aresto, interpretando, como o fez, o art. 90, II, § 6°, da Lei Estadual n° 6.800, de 23-6-1986 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado), acabou por violar o art. 18 da Constituição Federal, ou seja, o princípio que assegura a *autonomia do Estado*, pois este ficou por ele obrigado a pagar os vencimentos e proventos de seu servidor (estadual), com observância do subsídio que, a qualquer tempo, vier a ser fixado para o Prefeito de São João Batista.

4. RE conhecido e provido, para o restabelecimento da sentença de 1° grau, que julgou improcedente a ação, inclusive quanto aos ônus da sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 26 de março de 1999 — **Moreira Alves**, Presidente — **Sydney Sanches**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sydney Sanches (Relator): 1. Trata-se de Recurso Extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado à fl. 198:

«Agregação — Cômputo do prazo de exercício de mandado eletivo de prefeito municipal por funcionário estadual — Desempenho do cargo público eletivo do tempo de vigência do art. 90 da Lei 6.745 de 28-12-85 — Admissibilidade — Agravo provido — Sentença reformada.

O instituto da agregação ou mais precisamente da estabilidade financeira no setor público teve sua constitucionalidade consagrada pelo colendo STF. Na consonância com o disposto no art. 90, parágrafo 6°, II, da Lei 6.745/85 e de inúmeros precedentes de nosso egrégio Tribunal, é aplicável para efeito de agregação o lapso de mandado eletivo de Prefeito Municipal, desempenhado ao tempo da vigência do dispositivo supra, plenamente harmonizável com as disposições constitucionais, não podendo a lei que revogou o instituto em apreço ter efeito retroativo para desconstituir situações jurídicas, plenamente consolidadas na vigência do dispositivo revogado. A agregação do tempo de serviço de Prefeito Municipal ao cargo de serviço público estadual não representa ingerência do município, uma vez que se trata de disposição de Lei Estadual em plena vigência e ademais, com o advento de Lei Complementar n° 43/92, a remuneração para efeito de agregação não mais passaram a acompanhar as elevações salariais do cargo agregado.»

2. Embargos Declaratórios, opostos pelo Estado de Santa Catarina (fls. 207/210), foram rejeitados (fls. 214/216).

3. No Recurso Extraordinário, baseado no art. 102, III, **a** e **c**, alega o recorrente que o aresto violou o art. 18 da Constituição Federal (fls. 218/223).

4. Indeferido na instância de origem, o Recurso Extraordinário acabou subindo a esta Corte, porque provido, pelo Relator, o Agravo de Instrumento, cujos autos se encontram em apenso.

5. Às fls. 270/273, opinou o Ministério Público federal pelo improvimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sydney Sanches (Relator): 1. Na inicial, o autor, ora recorrido, expôs os fatos e o direito da seguinte forma (fls. 2/3):

«1 — Os fatos em retrospecção

1.1. O A. foi admitido aos serviços da R., interinamente para as funções de Oficial Legislativo, pela Resolução n° 290/64, de 28-8-64, sendo efetivado nesse cargo, nível 10-AL, pela Resolução n° 135/65 de 30-7-65.

1.2. Todavia, nos períodos de 1°-2-69 a 31-1-71 e de 1°-2-77 a 31-1-83 exerceu o mandato de Prefeito Municipal, conforme Diplomas em anexo, pe-

ríodos estes que se incorporaram nos assentos funcionais do Autor, conforme disposições contidas no art. 104 da Constituição Federal anterior e art. 38 da Constituição Federal vigente, restando computados para, juntamente com as alterações de sua vida funcional, ser aposentado no cargo de Técnico de Controle Legislativo, código PL/ART-8, conforme Resolução nº 549/88, de 3-6-88, sob matrícula nº 0231.

1.3. Com efeito, passando a integrar em seu patrimônio funcional os benefícios do Estatuto dos Funcionários Civis do Estado, requereu junto a Ré, conforme **art. 90 — II, parágrafos 1º a 5º da Lei 6.754/85 e parágrafo 6º, incluído pela Lei 6.800/86** nesse mesmo Estatuto, o apostilamento de 100% da diferença dos vencimentos do seu cargo de Técnico de Controle Legislativo e o cargo de Prefeito Municipal de São João Batista. Em outras palavras, requereu apenas que passasse a perceber os vencimentos do cargo de Prefeito Municipal, posto que, **ex-vi-legis**, todos os ex-Prefeitos tinham assegurado esse direito.

1.4. Para melhor explicitar esse direito, pede permissão para declinar as disposições contidas no art. 90 **caput**, inciso II e § 6º, com a redação introduzida pela Lei 6.800 de 23-6-86 do mencionado Estatuto (Lei 6.745/85):

> «Art. 90. O Funcionário que contar doze (12) meses consecutivos, ininterruptos ou não, de exercício de cargo em comissão, função de confiança ou substituições terá adicionada ao vencimento do seu cargo efetivo, passando a integrá-lo, para todos os efeitos legais a importância equivalente a 10% do valor:
>
> .....
>
> II — Da diferença entre os vencimentos do cargo em comissão e os vencimentos do cargo efetivo.
>
> .....
>
> § 6º Para os efeitos do previsto no **caput** deste artigo e no item II, considerar-se-á cargo em comissão o exercido pelo Funcionário Público no cumprimento de mandato eletivo que exija o seu afastamento.»
> (Redação introduzida pelo Art. 1º da Lei 6.800, de 23-6-86, in DOE nº 12.983, de 24-6-86)

1.5. Observa-se, pois, flagrante que assiste ao A. o direito de adicionar aos seus vencimentos o pagamento do adicional de 100%, correspondente à diferença entre o cargo efetivo e os vencimentos do cargo de Prefeito Municipal de São João Batista.»

2. Enfim, o que pleiteou o autor, na inicial, foi que seus proventos de funcionário público aposentado da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, correspondam, em substância, aos subsídios devidos ao Prefeito Municipal de São João Batista. E isso, desde 23-6-1986, data da Lei nº 6.800, com apostilamento e os acréscimos legais (fls. 08/09).

3. A sentença de 1º grau julgou improcedente a ação (fls. 124/146), mas foi reformada, em grau de Apelação, pelo acórdão recorrido, que a julgou procedente (fls. 198/205).

4. Para chegar a essa conclusão, fez algumas considerações relativas ao direito adquirido, porque se valeu de alguns precedentes, que dele cuidaram. No caso, porém, essa matéria não estava **sub judice**.

O que se discutia, desde a instância primeira, é se o dispositivo da lei estadual em questão podia implicar responsabilidade do Estado pelo pagamento, a seus próprios

servidores (estaduais), de vencimentos correspondentes aos subsídios de Prefeito Municipal (fls. 2/9, 4/62, 78/90, 124/148, 153/169, 172/178).

5. Nas contra-razões de apelação, aliás, o Estado de Santa Catarina voltou a focalizar o art. 18 da Constituição Federal, sustentando que o atendimento à pretensão do autor, então apelante, implicaria ofensa a esse dispositivo, pois o Estado acabaria sempre obrigado a pagar, a seu servidor, vencimentos ou proventos correspondentes a subsídios de Prefeito Municipal, afetada, assim, sua própria autonomia (fl. 155).

6. O aresto considerou inocorrente o vício (v. fls. 193/195, 198/205), havendo o Estado de Santa Catarina oposto Embargos Declaratórios, para insistir no exame mais detido dessa questão (fls. 207/210).

Porém, sem sucesso, pois os Embargos Declaratórios foram rejeitados (fls. 214/216).

7. Enfim, o tema do art. 18 da Constituição Federal foi oportunamente suscitado, desde as contestações, as contra-razões de apelação e em embargos declaratórios, satisfeito, assim, o requisito do prequestionamento (Súmulas 282 e 356, **a contrario sensu**).

8. Para sustentar, com base no art. 102, III, **a** e **c**, a ocorrência de violação ao art. 18 da Constituição Federal, e pleitear a reforma do julgado, o Estado de Santa Catarina fez estas considerações (fls. 219/223):

«O caso concreto

O autor, ora recorrido, servidor público estadual requereu, com fundamento no artigo 90, II, parágrafo 6° do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de Santa Catarina (Lei 6.745/85), para que fosse agregado nos seus proventos o valor correspondente a diferença entre o cargo efetivo de nível estadual e o do exercício de mandato eletivo de Prefeito Municipal nos termos do dispositivo citado. O valor daí oriundo, contudo, era automaticamente reajustável, de acordo com o aumento de vencimentos concedido ao titular do cargo eletivo exercido.

Esta lei no entanto, está eivada de inconstitucionalidade no que concerne ao reajuste automático do valor agregado que propiciam. Em decorrência disso, mostrava-se inviável o cumprimento da lei orçamentária, posto que não se tinha como saber, antecipadamente, a repercussão que um aumento de vencimentos do cargo eletivo municipal iria acarretar na folha de pagamento estadual.

E, em casos como o em apreço, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em sede de mandado de segurança, assentou orientação totalmente contrária a decisão proferida nestes autos, inclusive com voto do eminente Desembargador Relator da Apelação Cível n° 43687, ora recorrida, senão vejamos:

> «O par. 6° e o inc. II, do Art. 90, da Lei n° 6.745/85, prevendo a incorporação aos vencimentos do cargo da diferença entre este e os do cargo eletivo exercido por funcionário público estadual, a par de revogado pela Lei 7.373/88, **viola preceito maior (Constituição Federal/88, art. 18), assegurador da autonomia financeira do Estado.**» (Mandado de Segurança n° 7.066, da Capital, Rel. Des. Alcides Aguiar, com votos vencedores os Exmos. Srs. Des. Amaral e Silva, **Anselmo Cerello**, Francisco Borges e Eder Graf).

É de se ressaltar Excelência, que a jurisprudência citada pelo autor, ora recorrido, para fundamentar a preten-

são foi superada por essas manifestações mais recentes da Corte local. Por exemplo, a decisão citada às folhas 39 dos autos foi objeto da Ação Rescisória nº 721, cuja manifestação **recente** (18-5-94) do Órgão Especial do Tribunal Pleno assentou:

«Rescisória — Servidor Público Estadual — Estabilidade financeira decorrente do exercício do cargo de prefeito — Impossibilidade — Ilegitimidade ativa *ad causam* e carência de ação recusadas — Art. 485, inciso V, do CPC — Exegese — Procedência do Pedido.

A pessoa jurídica de direito público é parte legítima para interpor apelo de pronunciamento negativo em mandado de segurança. **Mutatis Mutandis**, satisfeitos os pressupostos necessários, tem legitimidade ativa **ad causam** para deflagrar ação rescisória.

A palavra lei insculpida no art. 485, inciso V, do CPC, compreende a Constituição, Lei Complementar, ordinária ou delegada, Decreto-Lei, Decreto-Legislativo e outras manifestações normativas. A interpretação é extensiva.

Incogitável, em tal contexto, carência de ação, cujas hipóteses estão elencadas no art. 267, inciso VI, do cânone processual.

A concisão do art. 90, parágrafo 6º, inciso II, da Lei Estadual nº 6.745, de 28-12-85, reclama exegese restritiva. Relacionando-se aquela norma jurídica com o art. 18 da Magna Carta, incabível é a Lei Municipal fixar vencimentos de servidores do Estado, sob pena de ofensa a sua autonomia.

«Ipso Facto, em virtude de ter sido Prefeito, não pode o servidor do Poder Legislativo agregar a diferença de remuneração com o estipêndio daquele cargo eleito.»

E, no corpo do Acórdão, o relator deixa claro os fundamentos da inconstitucionalidade do pleito:

«Ipso facto, de imediato, é necessário trazer à baila o **caput** do art. 18 da **Lex Fundamentalis**, que soa o seguinte: 'A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição'.

Ora, existindo um procedimento estadual próprio, impregnado de compromissos, para fixação e aumento das despesas públicas com pessoal, incogitável é admitir-se a possibilidade da Lei Municipal definir a majoração dos vencimentos e proventos de servidores pagos através dos cofres estaduais.

A autonomia do Estado estaria violada, o princípio político de oportunidade, justiça social, e o postulado relativo às forças do tesouro, todos essenciais na administração pública, seriam levados de roldão se entendimento contrário prevalecesse.

O pranteado Aliomar Baleeiro, referido por Cláudio Martins ('Compêndio de Finanças Públicas', Forense, 3ª edição, p. 44), acerca do conceito de despesa pública, ensina que esta consiste na 'aplicação de certa quantia, em dinheiro, por parte da autoridade ou agente público competente, dentro duma autorização legislativa, para execução de fim a cargo do governo'.

A despesa pública, portanto, deve ser autorizada pelo Poder Competente (José Paciulli, 'Direito Financeiro', Saraiva, 2ª ed, p. 16).

Evidente, desta forma, em tal contexto, em face da interpretação sistemática, que o mandato eletivo a que se refere o parágrafo 6º do item II, do art. 90 da prefalada Lei Estadual nº 6.745, de 28 de dezembro de 1985 (Estatuto dos Funcionários Públicos), só pode ser mesmo de âmbito estadual, sob pena de absoluto descontrole do erário, por ser inadmissível lei municipal elevar vencimentos e proventos de servidores estipendiados pelos cofres da Unidade Federada» (Mandado de Segurança nº 2.383, da Capital, de 13-6-90)

Finalmente, o argumento desenvolvido no acórdão recorrido, no sentido de que a Lei Complementar nº 43/92, ao estabelecer que o valor agregado seria reajustado conforme o cargo efetivo e não com base no cargo eletivo, teria superado eventual interferência de outra pessoa jurídica de direito público, **é muito frágil** na medida em que o referido valor agregado ainda seria determinado pelo vencimento de Prefeito Municipal, pois quanto maior o valor deste, maior seria a diferença a ser incorporada ao vencimento do cargo de nível estadual. O que é isso, senão uma clara interferência municipal na esfera estadual. Para tornar claro o argumento exemplifico: 1) Se o servidor estadual «**IX**» com vencimento fixado em 10 reais, exercendo o cargo de Prefeito Municipal com vencimentos de 15 reais, agregasse a diferença de 5 reais, totalizaria uma remuneração total de 15 reais. 2) Agora, se o servidor estadual «**Y**» com vencimento fixado em 10 reais, exercendo o cargo de Prefeito em Município diverso cuja remuneração é fixada em 25 reais, agregasse a diferença de 15 reais, atingiria uma remuneração total de 25 reais. Assim, servidores estaduais em condições idênticas perceberiam remuneração diferenciada em função do cargo eletivo municipal. Fica evidente, dessa forma, a interferência do município na esfera estadual, em clara ofensa ao artigo 18 da Constituição Federal.

Contudo, v. acórdão recorrido, ao dar provimento à apelação reconhecendo a procedência do pedido do autor, ora recorrido, com a devida vênia, negou vigência ao art. 18, da Constituição Federal.

Ante o exposto, requer seja admitido o presente recurso e, seguindo a forma prescrita em lei, seja o mesmo remetido ao Supremo Tribunal Federal para que este possa exercer o papel que lhe confere a Carta Magna, qual seja, a de interpretar e guardar a Constituição da República.

Por fim, requer a reforma do julgado com o fim de fazer valer os mais elementares preceitos constitucionais no que tange a Administração Pública!!!.»

9. Penso que tem razão o recorrente, ao menos enquanto sustenta que o aresto, interpretando, como o fez, o art. 90, II, § 6º, da Lei Estadual nº 6.800, de 23-6-1986 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de Santa Catarina), acabou por violar o art. 18 da Constituição Federal, ou seja, o princípio que assegura a **autonomia do Estado**, pois este ficou por ele obrigado a pagar os vencimentos e proventos de seu servidor (estadual), com observância do subsídio que, a qualquer tempo, vier a ser fixado para o Prefeito de São João Batista.

10. Isto posto, conheço do Recurso Extraordinário e lhe dou provimento, para restabelecer a sentença de 1º grau, que julgou improcedente a ação, inclusive quanto aos ônus da sucumbência (fl. 146).

EXTRATO DA ATA

RE 214.747 — SC — Rel.: Min. Sydney Sanches. Recte.: Estado de Santa Catarina (Adv.: PGE-SC — Vitor Antonio Melillo). Recdo.: Wilde Carlos Gomes (Advs.: Apóstolo Nicolau Pítsica e outros).

Decisão: A Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti e Ilmar Galvão. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Subprocurador-Geral da República, Dr. Vicente de Paulo Saraiva.

Brasília, 26 de março de 1999 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 218.061 — SP
(Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Velloso

Recorrente: Companhia Docas do Estado de São Paulo — CODESP — Recorrido: NAVIBRÁS — Comercial Marítima e Afretamentos Ltda.

Constitucional. Tributário. Adicional de Tarifa Portuária — ATP. Lei 7.700, de 1988, art. 1º, § 1º.

I — Natureza jurídica do ATP: contribuição de intervenção no domínio econômico, segundo o entendimento da maioria, a partir dos votos dos Ministros Ilmar Galvão e Nelson Jobim.

II — Voto do Relator, vencido no fundamento: natureza jurídica do ATP: taxa: criado por lei, Lei 7.700/88, art. 1º, § 1º, remunera serviço público (CF, art. 21, XII, *d* e *f*; art. 175. Decreto 25.408/34).

III — Constitucionalidade do ATP: Lei 7.700/88, art. 1º, § 1º.

IV — RE conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento, nos termos dos votos dos Srs. Ministros Ilmar Galvão e Nelson Jobim. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Celso de Mello (Presidente) e Nelson Jobim.

Brasília, 4 de março de 1999 — **Carlos Velloso**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Navibrás — Comercial Marítima e Afretamentos Ltda.** contra ato do **Presidente da Companhia Docas do Estado**

de São Paulo, objetivando o não recolhimento do Adicional de Tarifa Portuária (ATP), em operação de comércio exterior, instituído pela Lei nº 7.700, de 21-12-88. Alega a impetrante a inconstitucionalidade de sua exigência, porque o referido adicional não se convalida nem como preço, nem tampouco como tributo.

A sentença de fls. 116/122 denegou a segurança.

A Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu provimento à apelação, uma vez que o Plenário daquela Corte já havia declarado a inconstitucionalidade da Lei nº 7.700/88. Assim está ementado o acórdão:

«**Constitucional. Tributário. Adicional de Tarifa Portuária — ATP. Inconstitucionalidade.**

— O Órgão Especial deste Tribunal, em sessão realizada no dia 10 de agosto de 1995, por maioria de votos, declarou inconstitucional a Lei nº 7.700, de 21-12-88, que instituiu o Adicional de Tarifa Portuária — ATP (Arguição de Inconstitucionalidade na AMS nº 75.175-SP, registro nº 92.03.37252-0, Rel. Juiz Homar Cais), restando atendida, dessa forma, a pretensão da(s) postulante(s).» (Fl. 164)

Daí os recursos, especial e extraordinário, este fundado no art. 102, III, alíneas **a** e **b** da Constituição Federal, alegando violação dos arts. 175, parágrafo único, incisos III e IV, da mesma Carta.

Sustenta, em síntese:

a) o não recolhimento do ATP por parte dos usuários implica em redução de receita para os investimentos nos portos brasileiros, assim impedindo a recorrente de manter serviço adequado;

b) o ATP difere completamente da extinta Taxa de Melhoramento dos Portos. Incide sobre as tabelas da Tarifa Portuária, sendo mera majoração do preço dos serviços portuários. É acessório de um preço público;

c) somente quem usa tais serviços é que é obrigado a pagar as tarifas e, conseqüentemente, o ATP, que é seu adicional, sendo de uso facultativo e não compulsório.

Contra-razões às fls. 236/248.

Inadmitido o recurso especial, sem recurso, e admitido o extraordinário, subiram os autos.

O ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, opina pelo desprovimento do recurso (fls. 257/262).

É o relatório.

VOTO

«**Ementa: — Constitucional. Tributário. Adicional de Tarifa Portuária — ATP.** Lei 7.700, de 1988, art. 1º, § 1º.

I — Natureza jurídica do ATP: taxa: criado por lei, Lei 7.700/88, art. 1º, § 1º, remunera serviço público (CF art. 21, XII, **d** e **f**; art. 175; Decreto 25.408/34).

II — Constitucionalidade do ATP: Lei 7.700/88, art. 1º, § 1º.

III — RE conhecido e provido.»

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): A Lei 7.700, de 1988, estabeleceu:

«Art. 1º É criado o Adicional de Tarifa Portuária-ATP, incidente sobre as Tabelas das Tarifas Portuárias.

§ 1º O Adicional a que se refere este artigo é fixado em 50% (cinqüenta por cento), e incidirá sobre as operações realizadas com mercadorias importadas ou exportadas, objeto do comércio na navegação de longo curso.

.....

Art. 2° O produto da arrecadação do Adicional de Tarifa Portuária destinar-se-á à aplicação em investimentos para melhoramento, reaparelhamento, reforma e expansão de instalações portuárias.

Parágrafo único. O produto da arrecadação do Adicional de Tarifa Portuária será depositado, semanalmente, pelas Administrações portuárias no Banco do Brasil S/A; constituindo recursos da Empresa Brasileira de Portos do Brasil S/A. — PORTOBRÁS, a quem caberá sua gestão.»

Dispõe, a seu turno, a Lei 8.029, de 1990:

«Art. 28. O Adicional de Tarifa Portuária — ATP, a que se refere a Lei n° 7.700, de 21 de dezembro de 1988, passa a ser recolhido como receita vinculada da União, de acordo com o disposto no art. 1° do Decreto-Lei 1.755, de 7 de dezembro de 1979, e aplicado o produto de sua arrecadação em programas aprovados no orçamento anual do Ministério da Infra-Estrutura.»

A Lei 8.032, de 1990, estabelece:

«Art. 9° .....

§ 3° O produto da arrecadação do Adicional de Tarifa Portuária — ATP (Lei n° 7.700, de 21-12-88) passa a ser aplicado, a partir de 1°-1-91, pelo Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social de acordo com as normas baixadas pelos Ministérios da Infra-Estrutura e da Economia, Fazenda e Planejamento.»

No Tribunal Federal da 2ª Região, o Relator, eminente Juiz Homar Cais, depois de longas e judiciosas considerações a respeito da matéria, concluiu o seu voto no sentido de que o ATP não é taxa, porque o aspecto material de sua hipótese de incidência não se acha vinculado a uma atuação estatal. Trata-se, na verdade, de um imposto, que se inclui na competência residual da União — CF, art. 154, I. Todavia, porque não foi criado por lei complementar, é inconstitucional. Assim a conclusão do voto do eminente Juiz Homar Cais:

«(...)

É inegável que o ATP acha-se subsumido ao conceito de tributo contido no art. 3° do CTN. Por outro lado, consoante o critério jurídico preconizado por Geraldo Ataliba para a classificação dos tributos (Hipótese de Incidência Tributária, 5ª ed, pp. 115 e seguintes), verificado que o aspecto material da hipótese de incidência não se acha vinculado a uma atuação estatal, pode-se afirmar tratar-se de um imposto.

Como imposto, no entanto, não se encontrando incluído dentre aqueles arrolados no art. 153, incisos I a VII da Constituição Federal, só pode ser tido como da competência residual da União, para cuja instituição exige-se lei complementar. É a regra inserta na Carta Política.

'Art. 154. A União poderá instituir:

I — mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição.'

O ilustre Juiz Hugo Machado, examinando a questão, não obstante tenha votado no sentido de que a extinção da Portobrás implicou na extinção do ATP, com o que, **data venia**, discordo, pois a mesma lei que permitiu fosse

aquela empresa extinta deu ao tributo em exame outra destinação, afirmou:

'Admitindo-se, porém, que a extinção da Portobrás não implicou na extinção do ATP, tem-se de examinar a tese da impetrante, segundo a qual a questionada exação é imposto, e como tal somente por lei complementar poderia ter sido validamente instituída.

Essa tese, que a meu pensar tinha consistência jurídica desde a criação da multicitada exação, ficou robustecida com a integração do produto de sua arrecadação à receita da União Federal.

Tarifa o ATP não é, porque tarifa, ou preço público, é apenas a remuneração pela prestação do serviço. É receita de quem presta o serviço.

Taxa também não é, porque inadmissível a incidência de taxa sobre a prestação de serviços remunerados mediante tarifa ou preço público. A taxa, como tributo que é, incide sobre o exercício regular do poder de polícia, ou sobre a prestação de serviço público específico e divisível, por pessoa jurídica de direito público, até porque somente a pessoa jurídica de direito público pode ser sujeito ativo da obrigação tributária (CTN, art. 19).

Induvidosamente, a exação cobrada pela União, incidente sobre a prestação de serviços por entidade de direito privado, é imposto sobre aquele serviço. Se incide sobre a remuneração daquele serviço, com maior razão, é imposto e não taxa.

Sendo imposto, e não estando o seu âmbito de incidência albergado pelo elenco das competências da União Federal (art. 153, da CF), sua instituição podia ocorrer, em virtude da competência dita residual. Neste caso, porém somente seria válida instrumentalizada por lei complementar (art. 154, I, da CF).' (RMS nº 25.741-CE, TRF/5ª Região, 1º Turma, v.u., RTRF/5ª Região 17/202.)

Tratando-se, portanto, de imposto da competência residual da União e não sido instituído por meio de lei complementar, segue-se a inconstitucionalidade do ATP.

Ante o exposto, por meu voto acolhe-se a presente argüição e o faz para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.700, de 21 de dezembro de 1988, que instituiu o imposto denominado Adicional de Tarifa Portuária.

(...)» (fls. 207/208)

Lavrou-se, então, o acórdão, que porta a seguinte ementa:

«**Ementa: Constitucional — Tributário — Adicional de Tarifa Portuária — Lei nº 7.700/88 — Inconstitucionalidade.**

1. Sendo o serviço portuário explorado mediante concessão do poder público (CF, art. 21, XII, **f**), remunera-se-o mediante tarifa (preço público), a qual, para atender à cláusula constitucional de manter serviço adequado, deverá ser estipulada de forma justa, em ordem a manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a continuidade de sua prestação, descartando-se, em conseqüência, a natureza de adicional da exação em causa. O adicional tem sempre e necessariamente a mesma natureza da exação e a mesma destinação (RE nº 117.315-7-RS, STF, Pleno, v.u., Rel. Ministro Moreira Alves, RTJ 132/873-874).

2. O fato de não ser, desde sua origem, adicional de tarifa evidencia-se com as alterações legislativas introduzidas pela Lei nº 8.029/90, que autorizou o Poder Executivo a dissolver ou privatizar a Empresa de Portos do Brasil S/A — Portobrás, até então destinatária dos recursos arrecadados, que passaram a ser recolhidos como receita vinculada da União e pela Lei nº 8.032/90, que alocou-os para aplicação pelo Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social «de acordo com normas baixadas pelos Ministérios da Infra-Estrutura e da Economia, Fazenda e Planejamento».

3. O denominado Adicional de Tarifa Portuária — ATP não tem a natureza jurídica de taxa ou de contribuição social, consoante assinalado no voto do Juiz Andrade Martins.

4. Achando-se subsumido no conceito de tributo (CTN, art. 3º) e verificado que o aspecto material da hipótese de incidência não se acha vinculado a uma atuação estatal (Geraldo Ataliba, Hipótese de Incidência Tributária, 5ª edição, pp. 115 e seguintes), o Adicional de Tarifa Portuária — ATP é um imposto que, por não se encontrar dentre aqueles arrolados no art. 153, incisos I a VII da Constituição Federal, só pode ser tido como da competência residual da União, para cuja instituição exige-se lei complementar (CF, artigo 154, I), seguindo-se, pois, a sua inconstitucionalidade.

5. Argüição de inconstitucionalidade acolhida para declarar-se a inconstitucionalidade de Lei nº 7.700/88 que instituiu o imposto denominado Adicional de Tarifa Portuária.

6. Declaração de voto vencido.» (Fl. 221)

Abrindo o debate, registre-se, que o acórdão entendeu que o Adicional de Tarifa Portuária — ATP, criado pela Lei 7.700/88, art. 1º, é um tributo, podendo ser conceituado como imposto residual.

Registre-se, também, que a Lei 7.700, de 1988, destinou o ATP como recurso da Portobrás. Posteriormente, foi convertido em receita da União (Leis 8.029/90 e 8.032/90).

A exata conceituação jurídica do ATP não dispensa, ainda que de forma rápida, algumas considerações a respeito da taxa e do denominado preço público.

Em linha de princípio, tratando-se de atividade própria do Estado — CF, art. 175 — o serviço prestado será remunerado pela taxa; todavia, se a atividade exercida pelo Estado inserir-se no campo da atividade privada, ou da atividade econômica — CF, art. 173 — ter-se-á o preço.

Não fico, entretanto, somente nisto.

No voto que proferi quando do julgamento da ADIn 447-DF, em 5-6-91, versei o tema. Destaco daquele meu voto:

«(...)

A taxa, espécie de tributo vinculado, tendo em vista o critério jurídico do aspecto material do fato gerador, que Geraldo Ataliba denomina de hipóteses de incidência («Hipótese de Incidência Tributária», Ed. Rev. Dos Tribs. 4ª ed., 1991, pp. 128 e ss.), ou é de polícia, decorrente do exercício do poder de polícia, ou é de serviço, resultante da utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição (CF, art. 145, II).

A materialidade do fato gerador da taxa, ou de sua hipótese de incidência, é, «sempre e necessariamente um fato produzido pelo Estado, na esfera jurí-

dica do próprio Estado, em referibilidade ao administrado» (Geraldo Ataliba, «Sistema Trib. na Constituição de 1988», Rev. de Dir. Trib., 51/140), ou «uma atuação estatal diretamente referida ao contribuinte», que «pode consistir ou num serviço público ou num ato de polícia.» (Roque Antônio Carrazza, «Curso de Dir. Const. Tributário», Ed. RT, 2ª ed., 1991, p. 243).

III

As taxas de polícia, conforme mencionamos, decorrem do exercício do poder de polícia, conceituado este no art. 78 do CTN, e as de serviço, de um serviço público prestado ao contribuinte, serviço público específico e divisível (CF, art. 145, II). Os serviços públicos, ensina Roque Carrazza, «se dividem em gerais e específicos», certo que os primeiros, ou gerais, «são os prestados **uti universi**, isto é, indistintamente a todos os cidadãos», alcançando «a comunidade, como um todo considerada, beneficiando número indeterminado (ou, pelo menos, indeterminável) de pessoas.» (Ob. Cit., p. 243). Esses serviços não constituem fato gerador de taxa, não podem, portanto, ser custeados por meio de taxa, mas pelos impostos. «Já os serviços específicos», acrescenta Carrazza, «são os prestados **uti singuli.** Referem-se a uma pessoa ou a um número determinado (ou, pelo menos, determinável, de pessoas). São de utilização individual e mensurável. Gozam, portanto, de **divisibilidade**, é dizer, da possibilidade de avaliar-se a utilização efetiva ou potencial, individualmente considerada.» (Ob. E loc. Cits.).

Noutras palavras, o serviço «é específico quando possa ser separado em unidades autônomas de intervenção da autoridade, ou de sua utilidade, ou de necessidade pública, que o justificou: p. ex., a existência do corpo de bombeiros para o risco potencial de fogo»; e «é divisível quando possa funcionar em condições tais que se apure a utilização individual pelo usuário: — a expedição de certidões, a concessão de porte de armas, a aferição dos pesos e medidas, etc.» (Aliomar Baleeiro, «Direito Trib. Brasileiro», Forense, 10ª ed., pp. 353-354).

O serviço público, pois, que dá ensejo ao nascimento da taxa, há de ser um serviço específico e divisível. A sua utilização, pelo contribuinte, ou é efetiva ou é potencial, vale dizer, ou o serviço público é prestado ao contribuinte ou é posto à disposição deste. O Código Tributário Nacional oferece explicações a respeito, tanto dos serviços usufruídos quanto dos usufruíveis, bem assim do que seja serviço específico e divisível, no artigo 79:

> 'Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o art. 77 consideram-se:
>
> I — utilizados pelo contribuinte:
>
> a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;
>
> b) potencialmente, quando sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;
>
> II — específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade pública;
>
> III — divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um de seus usuários.'

IV

Há quem sustente que quando o Estado presta serviço público, se quiser que tais serviços sejam remunerados, somente poderá fazê-lo mediante taxas (Geraldo Ataliba, «Sistema Trib. na Constituição», Rev. de Dir. Trib., 51/140; Roque Carrazza, ob. Cit., p. 247). Não vamos a tanto, não obstante reconhecermos que são poderosos e científicos os argumentos de Ataliba e de Carrazza. Ficamos na linha da lição de **Sacha Calmon Navarro Coelho**, que entende possível a cobrança de preços pela prestação de serviço público. Sacha argumenta com o § 3° do art. 150 da Constituição, do qual deflui que «o Estado, além das atividades econômicas exercíveis em lide concorrencial pode, mediante instrumentalidade, prestar serviços públicos mediante contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelos usuários», conclusão que se completa da leitura do que está disposto no art. 175, parágrafo único, inciso III, da Lei Fundamental. Por isso, acrescenta o magistrado e professor, que «só resta mesmo editar a lei requerida pela Constituição, necessária a uma segura política tarifária, em prol dos usuários.» (Sacha Calmon Navarro Coelho, «Comentários à Const. de 1988 — Sistema Tributário», Forense, 1990, pp. 56-57).

V

Concedo que há serviços públicos que somente podem ser remunerados mediante taxa. Do acórdão do RE n° 89.876-RJ, relatado pelo eminente Ministro **Moreira Alves** (RTJ 98/230) e da conferência que S. Exª proferiu no «X Simpósio Nacional de Direito Tributário», subordinado ao tema: «Taxa e Preço Público», realizado em São Paulo, em 19-10-85, cujo resumo, da lavra dos ilustres professores Vitorio Cassone e Carlos Toledo Abreu Filho, encontra-se publicado no «Caderno de Pesquisas Tributárias», vol. XI, co-edição Ed. Resenha Trib. e Centro de Estudos de Extensão Universitária, São Paulo, 1986, penso que podemos extrair as seguintes conclusões, com pequenas alterações em relação ao pensamento do eminente Ministro Moreira Alves: os serviços públicos poderiam ser classificados assim: 1) serviços públicos propriamente estatais, em cuja prestação o Estado atue no exercício de sua soberania, visualizada esta sob o ponto de vista interno e externo: esses serviços são indelegáveis, porque somente o Estado pode prestá-los. São remunerados, por isso mesmo, mediante taxa, mas o particular pode, de regra, optar por sua utilização ou não. Exemplo: o serviço judiciário, o de emissão de passaportes. Esses serviços, não custa repetir, por sua natureza, são remunerados mediante taxa e a sua cobrança somente ocorrerá em razão da utilização do serviço, não sendo possível a cobrança pela mera potencialidade de sua utilização. Vale, no ponto, a lição de **Geraldo Ataliba**, no sentido de que não é possível instituir taxas por serviços não efetivamente prestados. O que acontece é que certos serviços podem ser tornados obrigatórios pela lei e é isto o que significa a locução **«posto a disposição»** do contribuinte. É isto, aliás, o que resulta do disposto no art. 79, I, **b**, CTN. 2) serviços públicos essenciais ao interesse público: são serviços prestados no interesse da comunidade. São remunerados mediante taxa. E porque são essenciais ao interesse público, porque essenciais à comunidade ou à coletividade, a taxa incidirá sobre a

utilização efetiva ou potencial do serviço. É necessário que a lei — para cuja edição será observado o princípio da razoabilidade, mesmo porque, como bem lembrou o Ministro Moreira Alves, citando Jèze, a noção de serviços essenciais é de certo modo relativa, porque varia de Estado para Estado e de época (RTJ 98/238) — estabeleça a cobrança sobre a prestação potencial, ou admita essa cobrança por razão de interesse público. Como exemplo, podemos mencionar o serviço de distribuição de água, de coleta de lixo, de esgoto, de sepultamento. No mencionado RE nº 89.876-RJ, o Supremo Tribunal decidiu que, «sendo compulsória a utilização do serviço público de remoção de lixo — o que resulta, inclusive, de sua disciplina como serviço essencial à saúde pública — a tarifa de lixo instituída pelo Decreto nº 196, de 12 de novembro de 1975, do poder Executivo do Município do Rio de Janeiro, é, em verdade, taxa.» (RTJ 98/230). 3) Serviços públicos não essenciais e que, não utilizados, disso não resulta dano ou prejuízo para a comunidade ou para o interesse público. Esses serviços são, de regra, delegáveis, vale dizer, podem ser concedidos e podem ser remunerados mediante preço público. Exemplo: o serviço postal, os serviços telefônicos, telegráficos, de distribuição de energia elétrica, de gás, etc.

VI

As taxas estão sujeitas aos princípios constitucionais que limitam a tributação (CF, arts. 150, 151 e 152) e a outros princípios instituídos em favor do contribuinte pela norma infraconstitucional, já que os princípios constitucionais expressos são enunciados «sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte» (CF, art. 150). Estabelece a Constituição, ademais, que as taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos (CF, art. 145, § 2º). No voto que proferi, no Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.065-PR (Rev. do STJ, 9/310), examinei a base de cálculo da taxa. Destaco do voto que então proferi:

> 'A base de cálculo, ou base imponível, segundo **Aires Barreto**, que cuidou do tema com rigor científico, na esteira da lição de Geraldo Ataliba («Hipótese de Incidência Trib.», Ed. RT, 1973, pp. 113 e ss.), é o atributo dimensível do aspecto material da hipótese de incidência, ou «o padrão, critério ou referência para medir um fato tributário», ou, em palavras outras, é o padrão que possibilita a quantificação da grandeza financeira do fato tributário (**Aires Barreto**, «Base de Cálculo, alíquota e princípios constitucionais», Ed. Rev. dos Tribs. 1987, p. 38).

Consistindo a base de cálculo, ou base imponível, no padrão ou critério quantitativo da consistência material da hipótese de incidência, há de ser ela adequada a esta. Por isso se diz que a base de cálculo caracteriza o tributo, se vinculado ou não vinculado — classificação jurídica do tributo devida ao labor científico de **Geraldo Ataliba** e que distingue os tributos em duas espécies, fazendo-o com base no critério jurídico do aspecto material do fato gerador, que Geraldo Ataliba denomina de hipótese de incidência (Geraldo Ataliba, «Hipótese de Incidência Tributária», Ed. Rev. dos Tribs., 1973, p. 141). Dizíamos que a base de cálculo caracteriza a espécie tributária, se vinculado (taxas e contribuições) e não

vinculadas (impostos). É que, se a base de cálculo, ou base imponível, é a mensuração do fato tributário, será ela, nos tributos não vinculados, o valor da consistência material da hipótese de incidência que será sempre um fato qualquer que não uma atuação estatal; de outro lado, nos tributos vinculados a base de cálculo consistirá na grandeza numérica ou econômica de uma atividade estatal. Confira-se, no ponto, as lições de **Aires Barreto** (Ob. Cit., pp. 28-29) e **Alfredo Becker**, este a dizer que «a regra jurídica tributária que tiver escolhido para base de cálculo do tributo um fato lícito qualquer (não consistente em serviço estatal ou coisa estatal), terá criado um imposto» e que «a regra jurídica tributária que tiver escolhido para base de cálculo do tributo o serviço estatal ou coisa estatal, terá criado uma taxa.» (**Alfredo Augusto Becker,** «Teoria Geral do Direito Tributário», Saraiva, 1972, p. 345).'

VII

Prossigo.

Dou destaque a um princípio constitucional limitador da tributação, o princípio da igualdade tributária, que está inscrito no art. 150, II, da Constituição. Esse princípio se realiza, lembra Geraldo Ataliba, no tocante aos impostos, mediante a observância da capacidade contributiva (CF, art. 145, § 1°); quanto às contribuições, por meio da «proporcionalidade entre o efeito da ação estatal (o seu reflexo no patrimônio dos particulares) e o seu custo, ou, noutras palavras, por meio da proporcionalidade entre o custo da obra pública e a valorização que esta trouxe para o imóvel do particular; e, referentemente às taxas, «pelo específico princípio da retribuição ou remuneração. Cada um consome uma certa quantidade de serviço público e remunera o custo daquela quantidade. (Geraldo Ataliba, «Sistema Trib. na Constituição de 1988», Rev. de Dir., 51/140).

(...)»

Posta assim a questão, voltemos ao tema específico de que estamos tratando, o Adicional de Tarifa Portuária, ATP.

A primeira questão a saber é se a ATP remunera serviço público.

A resposta parece-me afirmativa.

É que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de transporte aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território e os portos marítimos, fluviais e lacustres (CF, art. 21, XII, **d** e **f**).

Esses serviços, prestados pelas administrações dos portos, estão disciplinados em norma regulamentar expedida pelo Poder Executivo, conforme esclarece, com propriedade, a eminente Juíza Diva Malerbi, no voto que proferiu quando do julgamento da argüição de inconstitucionalidade, às fls. 209/220:

«(...)

Ora, a movimentação de mercadorias nos portos e as atividades a ela correlacionadas consubstanciam típicos serviços prestados pelas administrações dos portos. Com vistas a possibilitar sua remunerabilidade, o mecanismo utilizado foi o fracionamento das vantagens e serviços de que o comércio e a navegação podem usufruir, nos portos organizados, matéria esta objeto de descrição pelo Decreto n° 25.408/34 que, em seu art. 5°, assim os enumera: **a)** utiliza-

ção do porto; **b)** atracação; **c)** capatazias; **d)** armazenagem interna; **e)** armazenagem externa; **f)** armazenagem em armazéns gerais; **g)** armazenagem especial; **h)** transportes; **i)** estiva de embarcações; **j)** suprimento do aparelhamento portuário; **k)** reboques; **l)** suprimento d'água às embarcações; **m)** serviços acessórios.

Os artigos 6° a 18 do Decreto n° 25.408/34 definem cada uma das citadas operações portuárias, em demonstração de que as operações realizadas com mercadorias importadas ou exportadas, objeto do comércio de navegação de longo percurso, acham-se apenas enquadradas nas aludidas alíneas **c, d, e, f, g, h,** e **i**. A Lei assim dispõe porque, nos portos organizados, há operações realizadas com navios ou em navios que absolutamente nada têm a ver com tais operações (isto é, as realizadas com mercadorias importadas ou exportadas, objeto do comércio de navegação de longo percurso) e sobre as quais já incidem as denominadas tarifas portuárias.

Assim, o denominado ATP tem efeitos remuneratórios pelos serviços prestados nos portos organizados, incidindo apenas nas operações realizadas com mercadorias importadas ou exportadas, objeto do comércio de navegação de longo percurso. Excluem-se, pois, os serviços prestados nos portos às embarcações não relacionadas com tais mercadorias, e sobre as quais incide a tarifa portuária. Ademais disso, navegações de longo percurso são aquelas relativas a importações e exportações (transporte internacional), ficando, portanto, excluídas do denominado ATP todas as mercadorias movimentadas no comércio interno, objeto de transporte fluvial, lacustre e de cabotagem. As operações realizadas com mercadorias, são, enfim, apenas, aquelas que envolvem movimentação de cargas, a exemplo da capatazia, armazenagem e transporte dentro dos limites dos portos; não podendo ser assim consideradas os serviços de utilização do porto, atracação, o suprimento, o reboque, o fornecimento de água potável e os serviços acessórios. Esta é, aliás, a inteligência dada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, cristalizada no enunciado de sua Súmula n° 50.

(...)» (fls. 211/212)

Afirmamos, linhas atrás, que, tratando-se de atividade própria do Estado — CF, art. 175 — o serviço prestado será, de regra, remunerado pela taxa; todavia, se a atividade inserir-se no campo da atividade econômica — CF art. 173 — ter-se-á o preço.

No caso, a atividade é própria do Estado (CF, art. 21, XII, **d** e **f**; art. 175), incluindo-se, porém, entre aquelas que podem ser remuneradas pela taxa ou pelo preço (tarifa), conforme se depreende do art. 175, da Constituição. A decisão, portanto, é do legislador ordinário.

A Portobrás está, sem dúvida, submetida ao art. 175 da CF e não ao art. 173 da mesma Carta, porque não explora atividade econômica, mas é prestadora de serviço público (CF , art. 175, art. 21, XII, **d** e **f**).

Com absoluta propriedade, concluiu a eminente Juíza Diva Malerbi, o seu voto:

«(...)

Por derradeiro, importa distinguir as estatais que prestam serviços públicos por delegação ou por concessão. Aqui, mais uma vez, socorro-me da autoridade de Celso Antônio Bandeira de Mello, para extremar as estatais e a concessão de serviço público, **in verbis:**

'49. Habitualmente, as prestadoras de serviços públicos são consideradas concessionárias de serviço público. Tal suposição, na qual já incorremos no passado, nem sempre é exata. Com efeito, parece forçado considerá-las como concessionárias, quando forem formadas exclusivamente por recursos oriundos da mesma esfera governamental que as criou com o fito de secundá-las na prestação de serviço público de sua própria alçada. Idem, quando na formação do capital das referidas entidades concorrem apenas simbólicos e ínfimos recursos privados, que os diretores designados aportam apenas para ensejar que a entidade tenha a configuração de sociedade mista e não de empresa pública. Com efeito, em hipóteses deste jaez, não faria sentido considerar presente, na relação entre a criatura e seu sujeito criador (que pode até mesmo extingui-la, a seu talante), o específico plexo de direitos oponíveis pelo concessionário ao concedente. De outro lado, os poderes da entidade criadora em relação a criatura também não teriam por que se delinear na conformidade dos específicos poderes que se reconhecem a um concedente. Logo, considerar tais situações como configuradoras de uma concessão de serviço público não faz sentido algum e só propicia confusões.

Diversamente, caberá, sim, falar em concessão de serviço público, quando se ponham em pauta os direitos, deveres e poderes que entram em jogo no referido instituto. Isto ocorre nos casos em que há verdadeiramente concurso de: **a)** capitais particulares na formação do capital da sociedade; **b)** capitais provenientes de órbita governamental diversa da órbita da pessoa a quem assiste a competência constitucional para prestá-lo.' (Obra citada, páginas 94 e 95)'

Assim, somente haverá concessão de serviço público, nos termos em que prescreve o art. 175 da Constituição, quando o Estado decidir pela prestação de maneira indireta, conferindo sua execução a uma entidade que não é um prolongamento personalizado do próprio concedente, hipótese inocorrente no caso, já que a Portobrás é criatura da União, titular do serviço público que exerce. Não se trata, portanto, de concessão, e sim, de delegação. Os serviços que desempenha não perdem a natureza e o regime públicos que os informam. E dessa qualidade, de delegada de serviço público emerge a obrigatoriedade da adoção do regime de taxas, para sua remuneração.

Ora, guardando o denominado ATP a natureza jurídica específica de taxa, não há, nesta argüição, qualquer demonstração de que ultrapassa os limites constitucionais à competência tributária, o que impele à sua rejeição.

(...)» (fls. 219/220)

Em suma: no caso, o ATP é taxa, foi criado por lei, a sua hipótese de incidência é um serviço público (CF, art. 21, XII, **d** e **f**) — serviços prestados nos portos organizados, incidindo nas operações realizadas com mercadorias importadas ou exportadas, objeto do comércio na navegação de longo curso (Lei 7.700/88, art. 1°, § 1°).

De todo o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

EXTRATO DA ATA

RE 218.061 — SP — Rel.: Min. Carlos Velloso. Recte.: Companhia Docas do Estado de São Paulo — CODESP (Advs.: Célio Juliano da Silva Coimbra e outros). Recdo.: NAVIBRÁS — Comercial Marítima e Afretamentos Ltda. (Advs.: Osvaldo Sammarco e outros).

Decisão: Depois do voto do Ministro Carlos Velloso (Relator), que conhece e dá provimento ao recurso extraordinário, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Ilmar Galvão. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Sydney Sanches e Nelson Jobim.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 4 de dezembro de 1997 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO (Vista)

O Sr. Ministro Ilmar Galvão (Relator): Trata-se de recurso extraordinário que, na forma do art. 102, III, **a** e **b**, da Constituição, foi interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que exonerou empresa usuária do porto de Santos do pagamento do Adicional de Tarifa Portuária (ATP), ao fundamento de haver o Plenário da referida Corte, em incidente de argüição de inconstitucionalidade, declarado ser incompatível com a Carta da República a Lei nº 7.700, de 21-12-88, que instituiu a exigência.

Alega a recorrente, em síntese, que o referido encargo constitui mera majoração do preço dos serviços portuários, obrigando tão-somente os usuários dos serviços portuários, que são remunerados mediante preço público, razão pela qual não pode ser conceituada como taxa.

Sustenta, mais, que sua criação como adicional, e não como simples majoração das tarifas portuárias, que dispensaria a providência legislativa, se deveu à necessidade de vincular-se o produto de sua cobrança à constituição de um fundo destinado ao melhoramento e ao reaparelhamento dos portos.

O recurso, admitido na origem, foi regularmente processado, havendo a douta Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, opinado no sentido do desprovimento.

O eminente Relator, Min. Carlos Velloso, na Sessão de 4-12-97, votou no sentido de conhecer do recurso e de dar-lhe provimento, ao entendimento de que se está, no caso, diante de exigência tributária, da espécie taxa, que tem por hipótese de incidência a prestação de serviços portuários relativos a mercadorias importadas ou exportadas, objeto de navegação de longo curso.

Acolheu S. Exa, assim, os fundamentos do voto, que restou vencido, da douta Juíza Diva Malerbi, que — partindo da distinção que faz Celso Antônio Bandeira de Mello entre entidades estatais que prestam serviço público por delegação, configurando prolongamento do próprio Estado (quando formadas exclusivamente por recursos oriundos da mesma esfera governamental que as criou), de entidades estatais que prestam serviço público por concessão (quando concorrem capitais particulares ou de outros entes governamentais na formação do capital da entidade), atuando como particulares —, entendeu encontrar-se a Portobrás compreendida na primeira hipótese, impondo-se, conseqüentemente, a remu-

neração dos serviços por ela prestados por meio de taxa.

O Adicional de Tarifa Portuária (ATP) foi criado pela Lei nº 7.700/88, que lhe definiu a base de cálculo no art. 1º («incidente sobre as tabelas das Tarifas Portuárias»), a alíquota e o fato gerador, no § 1º do art. 1º (50%, incidentes «sobre as operações realizadas com mercadorias importadas ou exportadas, objeto do comércio na navegação de longo curso»). E no art. 2º e seu parágrafo vinculou o produto da arrecadação «à aplicação em investimentos para melhoramento, reaparelhamento, reforma e expansão de instalações portuárias», ao mesmo tempo em que designou gestor dos recursos, reunidos no Banco do Brasil, a Empresa de Portos do Brasil S/A — PORTOBRÁS.

A Lei nº 8.029, de 12-4-90, no art. 28, mandara recolher o ATP, como receita vinculada da União, para aplicação do produto da arrecadação em programas aprovados no orçamento anual do Ministério da Infra-Estrutura, mas diploma legal do mesmo dia (a Lei nº 8.032, de 12-4-90), no art. 9º, § 3º, em face da extinção da Portobrás, transferiu a gestão dos recursos para o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, a fim de serem aplicados de acordo com normas baixadas pelos Ministérios da Infra-Estrutura e da Economia, Fazenda e Planejamento.

Por fim, a Lei nº 8.630, de 25-2-93, reduziu a alíquota progressivamente para 40%, 30% e 20%, e determinou a aplicação parcial do produto da arrecadação nos portos de origem desta (art. 52).

Registre-se que, no caso destes autos, o ATP é alusivo aos meses de janeiro/fevereiro/95, valendo dizer que a exigência é feita sob o regime dessa última lei.

Os referidos serviços portuários não eram, então, prestados pela Portobrás, que foi extinta em abril/90 (Lei nº 8.029/90, art. 4º), mas por subsidiária dessa, a ora recorrente Cia. Docas do Estado de São Paulo (CODESP), instituída por escritura pública em 1º-10-80, sob o regime de capital misto, subscrito, em boa parte, por particulares, logo, na forma de sociedade anônima e não de empresa pública.

Não se trata, portanto, de serviço prestado por delegatária de serviço público, mas por concessionária, não tendo condições de subsistir, em face dessa circunstância, a tese sustentada no voto vencido, invocado pelo eminente Relator, de que sua remuneração somente pode ser feita mediante taxa.

Aliás, condicionar a natureza do adicional de tarifa portuária à natureza da entidade exploradora dos serviços portuários, valeria por atribuir-lhe conceituação jurídica variável em razão de cada porto, visto que os portos nacionais não são explorados por uma única entidade. Acresce, no caso, a circunstância de a Cia. Docas do Estado de São Paulo não ser a destinatária do adicional em questão, sendo certo, repita-se, que à data dos fatos descritos na inicial da ação — janeiro/95 —, o produto de sua arrecadação se achava sob gestão do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social — BNDES.

Pela mesma razão, não há falar-se, no caso, em sobrepreço público ou sobretarifa, como quer a recorrente, posto que o ATP não foi instituído para reforço das receitas da concessionária, ora recorrente, mas para aplicação, primeiramente pela Portobrás, e presentemente pelo BNDES, «em investimentos para melhoramento, reaparelhamento, reforma e expansão de instalações portuárias», destinação que ainda possui, em face da norma do art. 52 da Lei nº 8.630/93, como acima exposto.

Tampouco se trata de imposto. Pelo singelo motivo de que, como se viu, não obje-

tiva o reforço do caixa único do Tesouro, destino dos tributos dessa espécie. Na verdade, segundo conhecida e repetida lição de Geraldo Ataliba, «Não se terá imposto quando a exigência formulada pela lei revestir a figura de exação vinculada; ou seja: quando a hipótese de incidência consistir numa atuação estatal, atual ou potencial, referida ao obrigado».

Resta saber se se está diante de contribuição de intervenção no domínio econômico.

De acordo com a sentença, nessa parte acolhida pelo acórdão recorrido,

> «...também não se ajustaria a roupagem de imposto a algo que mais tem ares de contribuição, já que a aplicação da receita obtida com a respectiva arrecadação é predestinada a certas finalidades. Isso é proibido em relação aos impostos (CF art. 167, inc. VI), mas não em relação às contribuições em geral, por isso que é de sua essência tal espécie de vinculação. No entanto, também esbarraria em dificuldades intransponíveis uma eventual — pois em princípio cogitável — classificação do ATP sob a estrutura das contribuições interventivas.
>
> Deveras, o problema da reserva absoluta da lei impede a instituição de qualquer gravame sem que no próprio texto da lei instituidora estejam explicitados todos os elementos do tipo tributário de que se trata, sendo certo que, no caso de uma contribuição interativa, a finalidade deveria vir expressa e especificada em sua materialidade, ou seja, o setor a ser beneficiado não poderia deixar de estar definitiva e concretamente organizado contemporaneamente ao início da cobrança dos recursos financeiros que em seu benefício seriam arrecadados.
>
> Em suma, com o advento da norma contida no art. 28 da Lei nº 8.029/90, e do art. 9º da Lei nº 9.032/90, foi substancialmente alterado o regime jurídico do ATP, que antes — investimento para melhoramento, reaparelhamento, reforma e expansão de instalações portuárias, todos esses investimentos sendo geridos pela antiga Portobrás.
>
> Hoje, desabridamente, tais recursos são carreados para o orçamento da União, destinando-se à aplicação em programas a cargo do Ministério da Infra-Estrutura.»

Esse entendimento seria irretocável se a referida Lei nº 8.029/90 não houvesse sido alterada, no mesmo dia de sua edição, como registrado acima, pela Lei nº 8.032/90, que, no art. 9º, § 3º, estabeleceu que «o produto da arrecadação do Adicional de Tarifa Portuária — ATP (Lei nº 7.700, de 21 de dezembro de 1988) passa a ser aplicado, a partir de 1º de janeiro de 1991, pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, de acordo com normas baixadas pelos Ministérios da Infra-Estrutura e da Economia, Fazenda e Planejamento» e não houvesse a Lei nº 8.630/93, no art. 52, § 1º estabelecido que, «a partir do exercício de 1992, os recursos do ATP serão aplicados no porto organizado que lhes deu origem...»

Fora de dúvida, portanto, que, em 1995, quando ocorreram os fatos descritos na inicial, os recursos decorrentes da arrecadação do ATP já se destinavam a ser aplicados, pelo BNDES, na modernização, expansão e reaparelhamento dos portos.

É certo que a exploração dos portos, no Brasil, constitui atividade afeta à União, que a pode realizar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão (CF, art. 21, XII, f).

Estaria, aí, configurada uma intervenção no domínio econômico, para fim de instituição da contribuição correspondente?

Parece evidente que sim, visto não se estar diante de serviço público «ínsito à soberania do Estado», ou prestado «no interesse da comunidade» (RE n. 89.876-RJ, Min. Moreira Alves). Aliás, nenhum dos serviços elencados no inciso XII possui tais características. Não passam de atividades de natureza econômica que, por revestidas, isso sim, de interesse público, a Carta de 88 incumbiu à União, autorizando-a a explorá-las (e não a prestá-las) diretamente ou por via de empresa privada.

Entre elas, conta-se o serviço de transporte marítimo, para citar apenas um que, embora submetido ao regime de concessão, foi mantido sob regime interventivo, financiado por meio de contribuição especialmente destinada a esse fim — O Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante — AFRMM —, exação que o Supremo Tribunal Federal, no RE 75.972, Min. Thompson Flores definiu como contribuição especial, tendo em vista a intervenção no domínio econômico que, sabidamente, opera com o objetivo de melhor organizar serviço de interesse nacional cuja execução é confiada à iniciativa privada.

Confira-se a ementa do acórdão:

«Adicional ao frete para renovação da Marinha Mercante.

Não constitui taxa, nem imposto, com destinação especial. É ele uma contribuição parafiscal, tendo em vista a intervenção no domínio econômico, nos termos do art. 21, § 2°, I, c/c o art. 163 e seu parágrafo único, da Constituição (Emenda n° 1/69) e decorre da Lei n° 3.381/58 e Decretos-Leis n°s 362/68, 432 e 799/69).

(...)»

Se assim ocorreu relativamente ao serviço de transporte entre portos brasileiros, previsto na alínea **d** do inciso XII do artigo 21 da Carta de 1988, nada podia impedir que idêntico tratamento fosse dispensado pelo legislador ao serviço de portos, previsto na alínea **f** do mesmo dispositivo, serviço esse, por igual, suscetível de exploração pela iniciativa privada, por meio de concessão, permissão ou autorização.

Não infirma esse entendimento a imprópria denominação que ostenta — adicional de tarifa portuária — impropriedade que, coincidentemente, também se verificou relativamente à contribuição destinada à navegação, igualmente cognominada de adicional.

Meu voto, portanto, também conhece do recurso e lhe dá provimento, embora por entender que, no caso, se está, não diante de taxa, mas de contribuição de intervenção no domínio econômico, que considero recebida pela Constituição de 1988.

EXTRATO DA ATA

RE 218.061 — SP — Rel.: Min. Carlos Velloso. Recte.: Companhia Docas do Estado de São Paulo — CODESP (Advs.: Célio Juliano da Silva Coimbra e outros). Recdo.: NAVIBRÁS — Comercial Marítima e Afretamentos Ltda. (Advs.: Osvaldo Sammarco e outros).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após os votos dos Srs. Ministros Carlos Velloso (Relator) e Ilmar Galvão, conhecendo do recurso extraordinário e dando-lhe provimento, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Celso de Mello, Presidente. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso, Vice-Presidente.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Auré-

lio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 19 de março de 1998 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO (Vista)

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Sr. Presidente, trata-se de MS em que se discute o Adicional de Tarifa Portuária (ATP).

I. O acórdão do TRF

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região proveu recurso da ora recorrida.

Declarou inconstitucional a L. 7.700, de 21 de dezembro de 1988.

Leio, parte da ementa do acórdão do incidente de Argüição de Inconstitucionalidade que foi aplicado ao caso:

«...

1. Sendo o serviço portuário explorado mediante concessão do poder público (CF, art. 21, XII, **f**), **remunera-se o mediante tarifa (preço público)**, a qual, ..., deverá ser estipulada de forma justa, em ordem a manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a continuidade de sua prestação, descartando-se, em conseqüência, a natureza de adicional da exação em causa. O adicional tem sempre e necessariamente a mesma natureza da exação e a mesma destinação (RE n.º 117.315-7-RS, STF, Pleno, v.u., Rel. Ministro Moreira Alves, RTJ 132/873-874).

...

4. Achando-se subsumido no conceito de tributo (CTN, art. 3º) e verificado que o aspecto material **da hipótese de incidência não se acha vinculado a uma atuação estatal** (Geraldo Ataliba, Hipótese de Incidência Tributária, 5ª edição, pp. 115 e seguintes), o Adicional de Tarifa Portuária — ATP é um imposto que, ..., só pode ser tido como da competência residual da União, para cuja instituição exige-se lei complementar (CF, artigo 154, I), ...» (fl. 221).

II. Voto Relator Velloso

O Relator — Min. **Velloso** — fixou as seguintes premissas:

«...

(Premissa 1)

A **taxa**, espécie de tributo vinculado, ... ou é de **polícia**, ... , ou é de **serviço**, resultante da utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição (CF, art. 145, II).

(Premissa 2)

A ... **hipótese de incidência**, é, '... um **fato produzido pelo Estado**, na esfera jurídica do próprio Estado, em referibilidade ao administrado» (Geraldo Ataliba, «Sistema Trib. na Constituição de 1988», Rev. de Dir. Trib., 51/140), ...

(Premissa 3)

... Os **serviços públicos**, ...

(Premissa 3.1) gerais, 'são os prestados ... indistintamente a todos os cidadãos', alcançando 'a comunidade, ..., beneficiando número indeterminado (ou, pelo menos, indeterminável) de pessoas.' (Carazza, Ob. Cit., p. 243). Esses serviços **não constituem fato gerador de taxa**, não podem, portanto, ser custeados por meio de taxa, mas pelos **impostos.**

(Premissa 3.2) '.. os **serviços específicos**», ... '... Referem-se a uma pessoa ou a um número determinado (ou, pelo menos, determinável, de pessoas). São de utilização individual e mensurável. Gozam, portanto, de **divisibili-**

dade, é dizer, da possibilidade de avaliar-se a utilização efetiva ou potencial, individualmente considerada.» (Ob. E loc. Cits.).

..., o serviço '**é específico** quando possa ser separado em unidades autônomas de intervenção da autoridade, ou de sua utilidade, ou de necessidade pública, que o justificou: p. ex., a existência do corpo de bombeiros para o risco potencial de fogo'; e '**é divisível** quando possa funcionar em condições tais que se apure a utilização individual pelo usuário: — a expedição de certidões, a concessão de porte de armas, a aferição dos pesos e medidas, etc.' (Aliomar Baleeiro, «Direito Trib. Brasileiro», Forense, 10ª ed., pp. 353-354).

(Conclusão 1)

O serviço público, ... que dá ensejo ao nascimento da taxa, há de ser um **serviço específico e divisível**[1]. ...

Velloso analisa a forma de remuneração dos serviços públicos. Refere-se à conferência proferida por **Moreira Alves** e conclui:

... os serviços públicos poderiam ser classificados assim:

1) **serviços públicos propriamente estatais**, em cuja prestação o Estado atue no exercício de sua soberania, ... : esses serviços são indelegáveis, ... São remunerados, por isso mesmo, mediante **taxa**, mas o particular pode, de regra, optar por sua utilização ou não. Exemplo: o serviço judiciário, o de emissão de passaportes. ... sua cobrança somente ocorrerá em razão da utilização do serviço, não sendo possível a cobrança pela mera potencialidade de sua utilização. ...

2) **Serviços públicos essenciais ao interesse público:** são serviços prestados no interesse da comunidade. São remunerados mediante **taxa**. E porque são essenciais ao interesse público ... a taxa incidirá sobre a utilização efetiva ou potencial do serviço. ... Como exemplo, ... o serviço de distribuição de água, de coleta de lixo, de esgoto, de sepultamento. No ... RE nº 89.876-RJ, o Supremo Tribunal decidiu que, 'sendo compulsória a utilização do serviço público de remoção de lixo — ... — a tarifa de lixo ... é, em verdade, taxa.» (RTJ 98/230).

3) **Serviços públicos não essenciais** e que, não utilizados, disso não resulta dano ou prejuízo para a comunidade ou para o interesse público. Esses serviços são, de regra, delegáveis, vale dizer, podem ser concedidos e podem ser remunerados mediante **preço público**. Exemplo: o serviço postal, os serviços telefônicos, telegráficos, de distribuição de energia elétrica, de gás, etc.

Estas premissas **Velloso** aplica para solução do tema.

Eis o seu raciocínio.

(1) «... o **ATP remunera serviço público** ... [pois] compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de transporte aquaviário entre portos ...

(2) «... tratando-se de atividade própria do Estado — CF, art. 175 — o serviço prestado será, de regra, remunerado pela taxa; todavia, se a atividade inserir-se no campo da atividade econômica — CF art. 173 — ter-se-á o preço.»

(3) «No caso, **a atividade é própria do Estado** (CF, art. 21, XII, **d** e **f**; art. 175), incluindo-se, ..., entre aquelas que **podem ser remuneradas pela taxa ou**

pelo preço (tarifa), conforme se depreende do art. 175, da Constituição. A decisão, portanto, é do legislador ordinário.»

(4) «A Portobrás está, ... , submetida ao art. 175 da CF e não ao art. 173 ..., porque não explora atividade econômica, mas é prestadora de serviço público (CF, art. 175, art. 21, XII, **d** e **f**)».

(5) Por último, com a juíza Diva Malerbi, que votou no acórdão recorrido, diz que, na hipótese, «.. Não se trata de ... concessão, e sim, de delegação. Os serviços que desempenha não perdem a natureza e o regime público ... E dessa qualidade, **de delegada de serviço público emerge a obrigatoriedade da adoção do regime de taxas**, para sua remuneração ...'».

Conclui **Velloso:**

«... o ATP é taxa, foi criado por lei, a sua hipótese de incidência é um serviço público (CF, art. 21, XII, **d** e **f**) — serviço prestado nos portos organizados ...».

Velloso não considera o ATP como imposto.

Nega, por isso, a necessidade de lei complementar para sua instituição, que é o fundamento do acórdão recorrido.

Dá provimento ao recurso.

III. Voto Ilmar

O Min. **Ilmar Galvão** pediu vistas.

(1) Sustenta que o ATP **não é taxa.**

Observa **Galvão:**

(a) que «... o ATP é alusivo aos meses de **janeiro/fevereiro/95** ...», ou seja, «... a exigência é feita sob o regime ...» da lei de 1993;

(b) que a «... Portobrás ... foi extinta em abril/90 (L. 8.029/90, art. 4°). Os serviços eram prestados pela «... Cia. Docas do Estado de São Paulo (CODESP), instituída por escritura pública de 1°-10-80, sob o regime de capital misto, subscrito, em boa parte, por particulares, logo na forma de sociedade anônima e não empresa pública»;

(c) que «Não se trata ... de serviço prestado por delegatária de serviço público, mas por concessionária ...» o que abala a tese do Relator;

(d) por último, registra **Galvão** que a Codesp «... não [era] a destinatária do adicional ...».

(2) Afirma **Galvão** que **não é** «...**sobrepreço público ou sobretarifa** ... posto que o ATP não foi instituído para reforço das receitas da concessionária ... mas para aplicação, ... [à época] e, investimentos ... [nas] instalações portuárias».

(3) Afirma **Galvão** que **não** «...**se trata de imposto** ... [porque] não objetiva o reforço do caixa único do Tesouro ...».

(4) Conclui **Galvão** que «... se está diante de **contribuição de intervenção no domínio econômico**».

Os recursos, em 1995, «... se destinavam a ser aplicados, pelo BNDES, na modernização, expansão e reaparelhamento dos portos», cuja atividade está «... afeta à União, que a pode realizar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão ...» (fl. 07).

Entende **Galvão** que a exploração dos portos não se constitui em um «... serviço 'ínsito à soberania do Estado', ou prestado 'no interesse da comunidade' (RE n° 89.876-RJ, Min. Moreira Alves). Aliás, nenhum dos serviços elencados no inciso XII possui tais características. Não passam de atividades de natureza econômica que,

revestidas ... de interesse público, a Carta de 88 incumbiu à União, autorizando-a a explorá-las (e não prestá-las) diretamente ou por via de empresa privada».

Por isso **Galvão** entende tratar-se de contribuição de intervenção no domínio econômico.

Aliás, aplica **Galvão** precedente do RE 75.972, Rel. Min. **Thompson Flores.**

Nesse precedente tratava-se do Adicional de Frete para Renovação da Marinha Mercante que foi caracterizado pelo Tribunal como «... uma contribuição parafiscal, tendo em vista a intervenção no domínio econômico ...» (fl. 09).

Galvão, como **Velloso**, dá provimento ao recurso «... embora por entender que ... se está, não diante de taxa, mas de contribuição de intervenção no domínio econômico, que [considera] recebida pela Constituição de 1988» (fl. 09).

IV. Voto Pertence.

O Min. **Pertence** divergiu.

Assinalou que o caso concreto ocorreu quando já extinta a Portobrás, razão pela qual, afirma **Pertence**, o ATP foi convertido «... em receita da União, **já não vinculada ao financiamento de obras de infra-estrutura portuária**(2), de que se incumbia a finada empresa pública (cf. L. 6.222/75 — que autorizou a constituição da Portobrás)».

Em face dessa circunstância, **Pertence** afasta «... a tese ... de caracterizar-se, o ATP, como verdadeiro adicional tarifário».

Remete-se à decisão do Tribunal no caso da «Sobretarifa sobre serviços de Telecomunicações» (RE 117.315, rel. **Moreira**).

Naquela decisão fixou-se que:

(a) «por ser o destinatário outrem que não a concessionária prestadora do serviço,

(b) e por ter ... **destinação genérica** como integrante de um Fundo Público cujos recursos se destinavam aos serviços de comunicações do país em geral, desde sua origem apresentava ela como imposto sobre serviços de telecomunicações ...» (excerto da Ementa do RE 117.315 — RTJ 132, p. 873).

Pertence parte da circunstância de que «... a exigência do ATP tem por pressuposto de fato a prestação de serviços portuários ... [referido na L. 7.700(3), mas não] constituiu o ATP remuneração dos mesmos serviços, porque estes já são remunerados pelas tarifas, arrecadadas e apropriadas pelas prestadoras deles, pouco importando se simples delegatárias ou concessionárias da União».

Argumenta, ainda, **Pertence** que «... se incide sobre a prestação do serviço portuário, mas não é remuneração desse serviço, o ATP ... é imposto sobre serviços, de que tem a base de cálculo: a tarifa ou preço do serviço prestado, ...».

E conclui que, como imposto, «... não sobrevive: é imposto exigível do prestador, não, do tomador de serviço, e da competência do Município (item 87 da lista anexa ao DL 406/68) ...» e, continua, «... mesmo que assim não fosse ... só por lei complementar poderia ser instituído».

Pertence conhece do RE pela letra **b** e lhe nega provimento.

V. Voto

1. O ATP. Sua evolução.

Faço uma resenha do ATP.

1.1. L. 7.700, de 21 de dezembro 1988.

O Adicional de Tarifa Portuária (ATP) foi criação da L. 7.700, de 21 de dezembro 1988.

Estas eram suas linhas gerais:

(a) era «... incidente sobre as tabelas das Tarifas Portuárias ...» (art. 1°);

(b) correspondia a um valor de «... 50% (cinqüenta por cento), ... [e incidia] sobre as operações realizadas com mercadorias importadas ou exportadas, objeto do comércio na navegação de longo curso» (art. 1°, §1°);

(c) o seu produto destinava-se «... à aplicação em investimentos para melhoramento, reaparelhamento, reforma e expansão de instalações portuárias» (art. 2°);

(d) e constituía «... recurso da Empresa de Portos do Brasil S/A — PORTOBRÁS, a quem [cabia] sua gestão» (art. 2°, parágrafo único).

1.2. L. 8.029, de 12 de abril de 1990.

Em 12 de abril de 1990, a L. 8.029 autorizou o «... o Poder Executivo ... a dissolver ou a privatizar ... Empresa de Portos do Brasil S/A (PORTOBRÁS)» (art. 4°, I).

Essa lei procedeu alterações quanto ao ATP:

(a) passou ele «... a ser recolhido como **receita vinculada da União**, ...»;

(b) e o produto de sua arrecadação passou a ser «... aplicado ... em programas aprovados no orçamento anual para o Ministério da Infra-Estrutura» (art. 28).

1.3. L. 8.032, de 12 de abril de 1990.

Já a L. 8.032, da mesma data da anterior, atribui ao BNDES a função de aplicar, a partir de 1° de janeiro de 1991, «o produto da arrecadação do ... (ATP) ... de acordo com normas baixadas pelos Ministérios da Infra-Estrutura e da Economia, Fazenda e Planejamento» (art. 9°, § 3°).

1.4. L. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993 ([4]).

Após, veio a L. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993.

Reduziu, progressivamente, a alíquota do ATP([5]).

Dispôs (art. 52, §1°) que, «a partir do exercício de 1993, os recursos do ATP serão aplicados no porto organizado que lhes deu origem, nos seguintes percentuais:

I — 30% em 1993;

II — 40% em 1995;

IV — 50% em 1996;

V — 70% em 1997».

Essa regra de aplicação de parte dos recursos no porto que lhe deu origem demonstra que as leis de 1990 não alteraram a destinação do ATP: aplicação em melhorias das instalações portuárias.

Esta lei de 1993 atendeu às reivindicações setoriais quanto à aplicação dos recursos do ATP, que, até então, eram destinados às instalações portuárias, sem levar em conta a contribuição originária de cada porto.

Por outro lado, dispôs a lei que o ATP «... não incide sobre operações ... realizadas ... em instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado»([6]) (art. 52, §2°).

1.5. L. 9.309, 2 de outubro de 1996.

Finalmente, em 2 de outubro de 1996, a L. 9.309 extinguiu o ATP.

1.6. O Ministério dos Transportes.

Abro um parêntese para referir-me às alterações procedidas a partir de 1990, na organização dos ministérios do Executivo Federal.

(1) Governo Collor

O Governo Collor, em 15 de março de 1990, editou a MP 150[7], que, no que nos interessa, criou o **Ministério da Infra-Estrutura** (art. 17, VIII) e extinguiu o Ministério dos Transportes (art. 27).

O novo ministério, quanto ao nosso tema, incluiu, em sua área, a marinha mercante, portos e vias navegáveis (L. 8.028/90, art. 21, VIII, **g**).

Ao mesmo tempo, a MP criou um órgão específico: a **Secretaria Nacional dos Transportes** (art. 23, VII, **c**).

Na mesma data (15-3-90), o D. 99.180 definiu a estrutura dessa Secretaria Nacional de Transporte (art. 216).

Dispôs que a compunha, dentre outros, o **Departamento Nacional de Transporte Aquaviário** (art. 219).

Nas competências desse Departamento fez constar a de «gerir os recursos provenientes da arrecadação do ATP ..., de acordo com o Plano Portuário Nacional» (art. 219, IV) [8].

Em 10 de abril de 1992, ainda no Governo Collor, a MP 302[9] cria o **Ministério dos Transportes e das Comunicações** (art. 1°), mantém como órgão deste ministério a Secretaria Nacional de Transporte (art. 3°, I) e extingue o Ministério da Infra-Estrutura (art. 7°, I).

(2) Governo Itamar Franco

Em 16 de outubro de 1992, o Governo Itamar Franco editou MP 309[10] onde transformou o Ministério dos Transportes e das Comunicações em **Ministério dos Transportes** (art. 20).

Na estrutura do Ministério dos Transportes foi definido, como órgão específico, a **Secretaria de Transporte Aquaviário** (art. 19, III, **c**), com as competências anteriores.

(3) Governo Fernando Henrique Cardoso

Essa estrutura perdura no Governo FHC, até o advento da MP 1.226, de 14 de dezembro 1995.

As alterações introduzidas após essa data não modificaram a situação e, mesmo, são irrelevantes para o caso concreto que envolve os meses de janeiro e fevereiro de 1995.

Registro que mantém-se, hoje, no Ministério dos Transportes, a **Secretaria de Transporte Aquaviário.**

Essa Secretaria tinha a competência, até extinção do ATP (L. 9.309, 2-10-96), através de seu **Departamento de Portos**, de «promover e controlar a [sua] arrecadação ...» (D. 1.642, 26-9-95).

1.7. A Portobrás.

Falo, agora, sobre a Portobrás.

A L. 6.222, de 10 de julho de 1975, autorizou o Poder Executivo a criar a Empresa de Portos do Brasil S/A — PORTOBRÁS, vinculada ao Ministério dos Transportes.

Consoante dissemos acima, em 12 de abril de 1990, a L. 8.029 autorizou o «... o Poder Executivo ... a dissolver ou a privatizar ...» essa empresa (art. 4°, I).

O D. 27.226, de 27 de abril de 1990, determinou a dissolução da Portobrás (art. 1°, II).

O D. 99.244, de 10 de maio do mesmo ano, vinculou a Portobrás ao Ministério da Infra-Estrutura, até que se ultimasse o respectivo processo de extinção (art. 257, IV)[11].

O processo de extinção da Portobrás ultimou-se em 27 de novembro de 1991 (DO de 28-11-91).

1.8. A destinação do ATP.

As alterações introduzidas pelas Leis 8.029 e 8.032/90[12] somente ajustaram os

termos da L. 7.700/88 à estrutura administrativa introduzida pelo novo governo.

Não houve alteração alguma quanto à destinação do ATP.

O ATP prosseguiu destinado às melhorias das instalações portuárias.

Observo que, em fevereiro de 1993, 13 meses após a extinção da Portobrás, a Lei 8.630 assegurou a aplicação de percentuais do ATP «... no porto organizado que lhe deu origem ...» (art. 52, §1°). Ou seja, cada porto organizado passaria a ter um retorno, em investimentos, na proporção de sua contribuição para o recurso.

Essa lei de 1993 já demonstra a destinação vinculada às instalações portuárias, na medida em que assegura a aplicação, nos portos organizados, em percentuais vinculados ao recurso por eles produzidos.

Prossigo.

O ATP, é verdade, antes mesmo da extinção da Portobrás, deixou de se constituir em recurso dessa empresa (a autorização para extinção é de 4-90, L. 8.029; a extinção foi em 11-91).

Passou ele a ser «receita **vinculada** da União». Grifo a expressão **vinculada**, que é a da lei (L. 8.029/90, art. 28).

Em março de 1990, O Departamento Nacional de Transporte Aquaviário, órgão do Ministério da Infra-Estrutura, passou a gerir esses recursos de acordo com o Plano Portuário Nacional (D. 99.180, 15-3-90, art. 219, IV).

As Administrações Portuárias passaram a recolher o ATP, mediante Darf, ao Tesouro Nacional, até o 3° dia da semana subseqüente (Instrução Normativa n° 90, de 12-6-1990, do Departamento da Receita Federal).

Em 1995, o Departamento de Portos da Secretaria de Transporte Aquaviário, órgão do Ministério dos Transportes, geria os recursos de acordo com o Plano Portuário Nacional (D. 99.180, 15-3-90, art. 219, IV), que era aplicado pelo BNDES.

Os instrumentos legais mencionados demonstram, claramente, que o ATP, até a sua extinção, destinou-se à aplicação «... em investimentos para melhoramento, reaparelhamento, reforma e expansão de instalações portuárias» (L. 7.700).

1.9. A situação do ATP. Síntese.

Sintetizo a evolução do ATP até sua extinção.

(a) de 12-1988 a 4-1990: constitui-se em recursos de sua gestora, a Portobrás.

(b) de 4-1990 a 2-1993:

(b1) passou a ser **receita vinculada da União;**

(b2) os recursos, com a mesma destinação, passaram a ser aplicados pelo BNDES, em programas aprovados nos orçamentos anuais do Ministério da Infra-Estrutura, após Ministério dos Transportes, de acordo com normas desse ministério e o da Economia, Fazenda e Planejamento e, ainda, de acordo com o Plano Portuário Nacional (D. 99.180, art. 219, IV)

(c) de 2-1993 a 10-1996:

parte dos recursos passaram a ser **aplicados no porto organizado que lhes deu origem**, na forma de percentuais que atingiram, em 1997, 70%.

2. Conclusão.

2.1. Primeiro Período (12-88/4-90).

Verifico que, durante o seu primeiro período (12-88/4-90), o ATP:

(a) remunerava os serviços portuários, prestados com «... operações realizadas com mercadorias ..., objeto do co-

mércio na navegação de longo curso» (L. 7.700/88, art. 1°, §1°);

(b) destinava-se à aplicação nas instalações portuárias (art. 2°);

(c) era gerido pela Portobrás.

Para esse primeiro período, faço algumas observações, a partir da classificação feita por **Moreira Alves**, quanto aos serviços públicos (ver **Moreira Alves**, Conferência, **in** Cadernos de Pesquisas Tributárias n° 11, 1986, pp. 567 e seguintes, Ed. Resenha Tributária).

Não há dúvida que o ATP remunerava um serviço público, cuja exploração a Constituição atribuiu à União (art. 22, XII, **f**).

No entanto, são serviços que podem ser exercidos «diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão» (art. 21, XII).

(1) Em razão disso, não integram a categoria de **«serviços ínsitos à soberania» (Moreira)** ou «propriamente estatais» **(Velloso)**, pois estes são indelegáveis (serviços judiciários, emissão de passaporte, etc.).

Os «serviços ínsitos à soberania são remunerados por taxa, mas apenas no caso em que houver prestação efetiva **[Moreira]** ... não sendo possível a cobrança pela mera potencialidade de sua utilização» **(Velloso)**.

(2) Por outro lado, os serviços portuários não se assemelham aos serviços de distribuição de água, de coleta de lixo, de esgoto, por exemplo. Este últimos são, na classificação de **Moreira Alves, «serviços públicos essenciais ao interesse público»**. São remuneráveis por **taxa** que incide sobre sua **utilização efetiva ou potencial.**

Não é o caso.

Só está obrigado ao ATP quem realize «... operações ... com mercadorias ... objeto do comércio na navegação de longo curso» (L. 7.700/88, art. 1°, §1°).

(3) Seriam esses serviços portuários **«serviços públicos não essenciais»**, remuneráveis através do **preço público**?

Moreira informa que os denominados «serviços públicos não essenciais são aqueles prestados ainda no interesse público, mas que se algum particular deles não quiser se valer não estará prejudicando em nada a coletividade. Temos, por exemplo, o serviço dos correios e telégrafos, dos quais pode o indivíduo validamente deixar de se utilizar (recorrendo a portadores, etc.) ...» (p. 569).

No caso, aquele que realiza «operações ... com mercadorias ... objeto do comércio na navegação de longo curso» pode recorrer a outros prestadores que não aquele que explora os serviços portuários?

Parece-me que não.

Moreira explicita que integra o conceito de «serviço público não essencial» a possibilidade de ser utilizado outro prestador, como no caso dos serviços de correios.

No caso, temos um serviço (portuários) cuja remuneração somente é devida se houver utilização efetiva. E, mais, aqueles que deles necessitarem somente podem se utilizar daqueles serviços e não de outros, prestados por terceiros.

(4) Essa situação objetiva nos conduz a pensar uma outra categoria na classificação de **Moreira**, ou, talvez, uma subcategoria.

Como categoria poderia se situar entre os «serviços públicos essenciais ao interesse público» e os «serviços públicos não essenciais».

Como subcategoria integraria o gênero «serviços públicos essenciais ao interesse público» e teria as seguintes características:

(a) é essencial ao interesse público, porque a Constituição assim determinou (art. 21, XII, **f**)[13];

(b) é remunerável somente pela sua utilização efetiva;

(c) não se pode recorrer a terceiros para a realização dos serviços.

A diferença desse subgrupo está em que a remuneração depende de utilização efetiva. No outro subgrupo, a remuneração se vincula à utilização efetiva ou potencial.

Creio que essa situação levou **Velloso** a afirmar que «no caso, a atividade é própria do Estado ... incluindo-se entre aquelas que podem ser remuneradas pela taxa ou pelo preço público (tarifa), conforme se depreende do art. 175, da Constituição. A decisão ... [diz **Velloso**] é do legislador ordinário».

Assim, concordo com o juízo de **Velloso** para este primeiro período, que, aliás, não é objeto da presente demanda .

2.2. Segundo e Terceiro Períodos (4-90/10-96).

Com as Leis nºs 8.029 e 8.032, de 12-4-90, o ATP passou «... a ser recolhido como receita vinculada da União ...» e a ser «... aplicado «... de acordo com normas baixadas pelos Ministérios da Infra-Estrutura e da Economia, Fazenda e Planejamento».

O ATP continuou destinado a investimentos nas instalações portuárias, como demonstrei.

Mas, deixou de ter relação com o prestador de serviços.

A Portorbrás fora extinta.

Até o início de seu processo de extinção (12-4-90, L. 8.029), poder-se-ia falar que a Portorbrás prestava os serviços na qualidade de delegada de serviço público e havia a obrigatoriedade da adoção do regime de taxas.

E após sua extinção?

Pode-se falar em delegação?

Evidente que não.

De resto, como observa **Galvão**, a Codesp «... não [era] a destinatária do adicional ...».

Perdeu-se, assim, um elemento definidor relevante de taxa: remuneração ao prestador de serviços.

Não pode o ATP, desde o advento da L. 8.029/90, ser classificado como **Taxa.**

Imposto também não passou a ser.

«Não objetiva ... reforço do caixa único do Tesouro ...» (**Galvão**).

Pelo contrário.

A partir dessa lei passou a se constituir em «receita vinculada da União», mas manteve a sua destinação original: investimento nas instalações portuárias.

O voto do Min. **Pertence** parte da premissa de que o ATP foi convertido «... em receita da União, já não vinculada ao financiamento de obras de infra-estrutura portuária, de que se incumbia [diz **Pertence**], a finada empresa pública ...».

Espero ter demonstrado, com a legislação, que a premissa não é esta.

O ATP, até sua extinção, manteve a destinação original.

Por outro lado, o ATP, desde sua criação, é devido por uma categoria específica de usuários[14] e objetiva financiar obras de infra-estrutura portuária.

Lembro que a exploração dos portos foi reservada à União, que pode realizá-la de forma direta ou mediante autorização, concessão ou permissão (CF, art. 21, XII, **f**).

A atividade portuária se constitui, como quer **Galvão**, em «... atividades de natureza

econômica que, revestidas ... de interesse público, a Carta de 88 incumbiu à União ...».

É a Constituição que entendeu que uma atividade econômica — exploração de portos — se constitui em serviço de interesse público.

Moreira demonstra a historicidade do conceito de interesse público.

Nada de metafísicas.

História e política.

Concluo.

O ATP se foi Taxa, em seu primeiro período, deixou de ser nos segundo e terceiro períodos.

Não foi imposto em 1988 e não passou a ser imposto em 1990.

Tipo especial de usuários dos portos passaram a contribuir para que a União pudesse explorar, de forma direta ou não, o porto organizado (L. 8.630, 25-2-93, art. 1º).

O porto interessa, de forma direta, àqueles que neles operam e deles tiram a sua remuneração.

Daí a origem da obrigação.

Na medida que o setor privado foi assumindo, por concessão, essa atividade, passou o novo titular a ter que responder pelos investimentos.

Nesse momento, extingue-se o ATP (L. 9.309, 2-10-96).

Assim, temos duas situações:

(a) os usuários dos serviços portuários remuneram a sociedade que o explora, através da Tarifa;

(b) usuários específicos, por opção da lei[15], além de remunerarem aquele que explora os serviços, contribuíram, até outubro de 1996, para que a União pudesse melhorar a infra-estrutura portuária de que se serviam.

É, assim, o ATP, como diz **Galvão**, uma contribuição de intervenção no domínio econômico, devida por uma categoria especial de usuários de serviços que a eles dizem respeito de forma direta.

Acompanho o Relator na sua conclusão e dou provimento ao recurso.

Quanto aos fundamentos, resto caudatário do Min. **Galvão.**

1 CTN
Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o art. 77 consideram-se:
I — utilizados pelo contribuinte:
a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;
b) potencialmente, quando sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;
II — **específicos**, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intenvenção, de utilidade ou de necessidade pública;
III — **divisíveis**, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um de seus usuários.'

2 Sublinho esta afirmação para examiná-la mais tarde.]

3 «Serviços sobre as operações realizadas com mercadorias importadas ou exportadas, objeto do comércio na navegação de longo curso» (art. 1°, § 1°).

4 Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências.

5 I — em 1993, 40%;
II — em 1994, 30%;
III — em 1995, 20%.

6 A lei define **área do porto organizado** como a «... compreendida pelas instalações portuárias ... que devam ser mantidas pela Administração do Porto» (art. 1°, IV). A Administração do Porto Organizado «... é exercida diretamente pela União ou pela entidade concessionária ...» (art. 33).

7 Convertida na Lei 8.028, de 12-4-90.

8 Essa situação se reproduz no D. 99.244, de 10-5-1990, arts. 213, VI; 214, III; 223; 224, III; 227, IV.

9 Convertida na L. 8.422, de 13-5-1992.

10 Convertida na L. 8.490, de 19-11-1992.

11 Antes mesmo, o D. 99.240, de 7-5-90, já havia vinculado a Portobrás ao Ministério da Infra-Estrutura (art. 4°, I, b).
O D. 99.608, 13-10-1990, alterou a redação do inciso IV do art. 257, sem modificações quanto ao nosso tema.

12 (a) recolhido como **receita vinculada da União;** (b) o produto de sua arrecadação passou a ser «... aplicado ... em programas aprovados no orçamento anual para o Ministério da Infra-Estrutura» (art. 28).
(c) ao BNDES a função de aplicar, a partir de 1° de janeiro de 1991, o produto do ATP de acodo com normas baixadas pelos Ministérios da Infra-Estrutura e da Economia, Fazenda e Planejamento.

13 **Moreira** ressalta que «o conceito da essencialidade de um serviço varia no tempo histórico, de acordo com o maior ou menor interesse da comunidade ...» (p. 568).

14 aqueles que realizam operações com mercadorias importadas ou exportadas, objeto do comércio na navegação de longo curso (Lei 7.700/88, art. 1°, § 1°).

15 aqueles que realizam operações com mercadorias importadas ou exportadas, objeto do comércio na navegação de longo curso (Lei 7.700/88, art. 1°, § 1°).

VOTO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Sr. Presidente, ainda tenho vivo o voto da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, anteriormente proferido em pedido de vista, que discorda de V. Exa., e do Ministro Ilmar Galvão, que com outro fundamento o acompanha no arremate do voto. Sustentou o Ministro Pertence tese segundo a qual o adicional em questão viola o princípio da não-cumulatividade e, por outro lado, sendo imposto residual, impõe-se a exigência de lei complementar a que se refere o artigo 154, inciso I, da Constituição Federal.

O eminente Ministro Nelson Jobim, que trouxe hoje o seu voto, elucidou todas as dúvidas que eventualmente pudesse eu ter, descrevendo, com minúcias, o histórico da existência desse adicional portuário — ATP.

Sr. Presidente, pelo raciocínio do eminente Ministro Nelson Jobim, se foi taxa a ATP, taxa não era mais após o advento da lei que extinguiu a Portobrás, constituindo-se daí para frente a sua receita em contribuição relativa à intervenção no domínio econômico.

Estou de acordo com S. Exa. e verifico que no voto do Ministro Ilmar Galvão, aliás, citado pelo Min. Jobim, está mencionado o RE n° 75.972, de que foi Relator o Ministro Thompson Flores, em que S. Exa. examinou situação em tudo idêntica à presente, entendendo que o adicional ao frete para renovação da Marinha Mercante não constitui taxa nem imposto com destinação especial. É ele uma contribuição parafiscal, tendo em vista a intervenção no domínio econômico, nos termos do artigo 21, § 2°, inciso I, combinado com o artigo 163 e seu parágrafo único da Constituição (Emenda n° 1/69) e decorre da Lei n° 3.381/58 e Decretos-Lei n°s 362/68, 432 e 799/69.

O Ministro-Relator, Carlos Velloso, chegou à conclusão de que se trata de taxa e, por conseguinte, conhece do recurso extraordinário e lhe dá provimento; os Ministros Ilmar Galvão e Nelson Jobim chegaram ao mesmo resultado, argumentando que se trata de contribuição de intervenção do domínio econômico; estou chegando à mesma solução, de que se cuida, no caso, dessa contribuição. Assim sendo, acompanho V. Exa., Senhor Presidente, com relação à conclusão, mas, quanto à fundamentação, entendo que se trata realmente de contribuição de intervenção no domínio econômico da União.

Com essas ligeiras observações, o meu voto acompanha igualmente o do eminente Ministro Ilmar Galvão, que foi o primeiro

a se pronunciar sobre fundamentação distinta da do e. Relator, mas com este me alinhando na sua conclusão.

EXTRATO DA ATA

RE 218.061 — SP — Rel.: Min. Carlos Velloso. Recte.: Companhia Docas do Estado de São Paulo — CODESP (Advs.: Célio Juliano da Silva Coimbra e outros). Recdo.: NAVIBRÁS — Comercial Marítima e Afretamentos Ltda. (Advs.: Osvaldo Sammarco e outros).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, e após os votos dos Srs. Ministros Carlos Velloso (Relator), Ilmar Galvão, Nelson Jobim e Maurício Corrêa, que «conheciam» e «davam provimento» ao recurso extraordinário, e do voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, que «conhecia» do recurso mas «lhe negava» provimento, o julgamento foi «suspenso» em virtude do pedido de «vista» dos autos do Sr. Ministro Marco Aurélio. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Celso de Mello, Presidente, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso, Vice-Presidente.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Brasília, 29 de outubro de 1998 — Gisele Menegale, p/ Coordenador.

VOTO (Vista)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Este processo envolve a constitucionalidade, ou não, do chamado Adicional de Tarifa Portuária, criado pela Lei nº 7.700/88. A Corte de origem concluiu pelo conflito do citado adicional com a Carta da República, fazendo-o a partir do que decidido em argüição de inconstitucionalidade na Apelação no Mandado de Segurança nº 75.175-SP, cujo acórdão ficou assim ementado:

Constitucional — Tributário — Adicional de Tarifa Portuária — Lei nº 7.700/88 — Inconstitucionalidade.

1. Sendo o serviço portuário explorado mediante concessão do poder público (CF, art. 21, XII, **f**) remunera-se-o mediante *tarifa* (preço público), a qual, para atender a cláusula constitucional de manter serviço adequado, deverá ser estipulada de forma justa, em ordem a manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a continuidade de sua prestação, descartando-se, em conseqüência, a natureza de adicional da exação em causa. O adicional tem sempre e necessariamente a mesma natureza da exação e a mesma destinação (RE nº 117.315.7-RS, STF, Pleno, v.u. Rel. Moreira Alves, RTJ 132/873-874).

2. O fato de não ser, desde sua origem, adicional de *tarifa* evidencia-se com as alterações legislativas introduzidas pela Lei 8.029/90 que autorizou o Poder Executivo a dissolver ou privatizar a Empresa de Portos do Brasil S/A — PORTOBRÁS, até então destinatária dos recursos arrecadados que passaram a ser recolhidos como receita vinculada da União e pela Lei nº 8.032/90, que alocou-os (**sic**) para aplicação pelo Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social «de acordo com normas baixadas pelos Ministérios da Infra-Estrutura e da Economia, Fazenda e Planejamento».

3. O denominado Adicional de Tarifa Portuária — ATP não tem a natureza jurídica de taxa ou de contribuição social, consoante assinalado no voto do Juiz Andrade Martins.

4. Achando-se subsumido no conceito de tributo (CTN, art. 3°) e verificado que o respectivo material da hipótese de incidência não se acha vinculado a uma atuação estatal (Geraldo Ataliba, Hipótese de Incidência Tributária, 5ª edição, páginas 115 e seguintes), o Adicional de Tarifa Portuária — ATP é um imposto que, por não se encontrar, dentre aqueles arrolados no art. 153, incisos I a VII da Constituição Federal só pode ser tido como de competência residual da União, para cuja instituição exige-se lei complementar (CF, artigo 154, I), seguindo-se, pois, a sua inconstitucionalidade.

5. Argüição de inconstitucionalidade acolhida para declarar-se a inconstitucionalidade da Lei 7.700/88 que instituiu imposto denominado Adicional de Tarifa Portuária.

6. Declaração de voto vencido (folha 221).

No recurso extraordinário interposto com alegada base nas alíneas **a** e **b** do inciso III do artigo 102 da Carta da República, a Companhia Docas do Estado de São Paulo — CODESP, sustenta a ausência de compulsoriedade do Adicional, buscando demonstrar tratar-se de simples aumento das tarifas, complementando-as. Na assentada em que teve início o julgamento, o Ministro Relator Carlos Velloso concluiu o voto no sentido do conhecimento e provimento do recurso, enquadrando o Adicional de Tarifa Portuária como uma taxa. Reportou-se ao voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 447-DF, ressaltando que o chamado ATP remunera serviço público; teria sido criado por lei, prevendo-se, como hipótese de incidência, um serviço público e incidindo nas operações realizadas com mercadorias importadas ou exportadas, objeto do comércio na navegação de longo curso.

Em seguida, o Ministro Ilmar Galvão proferiu voto-vista, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento. Entendeu, todavia, que, está-se, não diante de taxa, mas de contribuição de intervenção no domínio econômico, recepcionada pela Carta da República.

Seguiu-se o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, em sentido diametralmente oposto. Afastou Sua Excelência a possibilidade de enquadramento do ATP como verdadeiro adicional tarifário, já que não revertia a favor da prestadora dos serviços, Codesp. Fez referência ao precedente desta Corte formalizado no Recurso Extraordinário n° 117.315, mediante o qual se declarou a inconstitucionalidade, desde a origem, da sobretarifa prevista na Lei n° 4.117/62, visando, inicialmente, a constituir recursos do Fundo Nacional de Telecomunicações. Ressaltou a óptica do Relator, Ministro Moreira Alves, sobre ser «da essência da tarifa — como preço público que é — ter como destinatário o prestador do serviço que dela se torna proprietário para os fins aos quais ela visa, quer isso dizer que a sobretarifa, para ser um adicional da tarifa (e, portanto, também, preço público), há de ter o mesmo destinatário — o prestador do serviço —, ainda que tenha por fim reforçar apenas uma das parcelas (como é o caso da relativa ao melhoramento e a expansão do serviço) que se leva em conta na fixação de seu valor».

O Ministro Sepúlveda Pertence refutou o enquadramento da exação como taxa. A base de cálculo seria típica do Imposto sobre Serviço. Endossou essa óptica ressaltando que não se pode ter o ATP como remuneração dos mesmos serviços «porque estes já são remunerados pelas tarifas, arrecadadas e apropriadas pelas prestadoras

deles, pouco importando se simples delegatárias ou concessionárias da União».

Então traçou paralelo com o FNT e fulminou:

> Desse modo, se incide sobre a prestação do serviço portuário, mas não é remuneração deste serviço, o ATP — a exemplo da finada sobretarifa do FNT — é imposto sobre serviço de que tem a base de cálculo: a tarifa ou preço do serviço prestado, seja o prestador a União, seja o concessionário dela. Como tal, entretanto, não sobrevive: é imposto exigível do prestador, não do tomador de serviço, e da competência do Município (item 87, da lista anexa ao DL 406/68), o que, por si só, já bastaria para excluí-lo da órbita da competência impositiva residual da União (CF, art. 154, I). Ainda, porém, que assim não fosse, subsistiria o fundamento nuclear da decisão recorrida: não inserido na competência impositiva ordinária da União, a título de imposto residual, só por lei complementar poderia ser instituído.

Sua Excelência, então, conheceu do recurso pela letra **b**, negando-lhe provimento, entretanto. Seguiu-se longo voto, decorrente de vista, do Ministro Nelson Jobim, que acompanhou o Relator no tocante à conclusão. Quanto aos fundamentos, prestigiou a tese defendida pelo Ministro Ilmar Galvão. Em síntese, proveu o extraordinário ao argumento de que o ATP não teria características quer de taxa, quer de imposto da competência municipal, mas de contribuição social de intervenção no domínio econômico.

O Ministro Maurício Corrêa votou a seguir, endossando a óptica externada pelos Ministros Ilmar Galvão e Nelson Jobim.

Pedi vista dos autos para uma maior reflexão.

Atente-se para o teor da Lei nº 7.700/88:

> Art. 1º É criado o Adicional de Tarifa Portuária — ATP, incidente sobre as Tabelas das Tarifas Portuárias.
>
> § 1º O Adicional a que se refere este artigo é fixado em 50% (cinqüenta por cento), e incidirá sobre as operações realizadas com mercadorias importadas ou exportadas, objeto do comércio da navegação de longo curso.
>
> (...)
>
> Art. 2º O produto da arrecadação do Adicional de Tarifa Portuária destinar-se-á à aplicação e investimentos para melhoramento, reaparelhamento, reforma e expansão de instalações portuárias.
>
> Parágrafo único. O produto da arrecadação do Adicional de Tarifa Portuária será depositado, semanalmente, pelas administrações portuárias no Banco do Brasil S/A, constituindo recursos da Empresa Brasileira de Portos do Brasil S/A — PORTOBRÁS, a quem caberá sua gestão.

Veio à balha a Lei nº 8.029/90 e aí enquadrou-se o Adicional de Tarifa Portuária como receita vinculada da União:

> Art. 28. O Adicional de Tarifa Portuária — ATP, a que se refere a Lei nº 7.700, de 21 de dezembro de 1988, passa a ser recolhido como receita vinculada da União, de acordo com o disposto no art. 1º do Decreto-Lei nº 1.755, de 7 de dezembro de 1979 e aplicado o produto de sua arrecadação em programas aprovados no orçamento anual do Ministério da Infra-Estrutura.

A seguir, editou-se a Lei nº 8.032 e deu-se nova administração aos valores arrecadados a título de Adicional de Tarifa Portuária:

Art. 9º (...)

(...)

§ 3º O produto da arrecadação do Adicional de Tarifa Portuária — ATP (Lei nº 7.700, de 21 de dezembro de 1988) passa a ser aplicado a partir de 1º de janeiro de 1991 pelo Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social de acordo com as normas baixadas pelos Ministérios da Infra-Estrutura e da Economia, Fazenda e Planejamento.

Constata-se, assim, que a destinação do Adicional é diversa daquela alusiva à tarifa portuária, cobrada pelos serviços oferecidos pela Companhia Docas do Estado de São Paulo. Já o Adicional reverte, em um primeiro plano, em recursos da Empresa Brasileira de Portos do Brasil S/A — PORTOBRÁS, sendo, a seguir, tido como receita vinculada da União.

Ora, como ressaltado pelo Ministro Sepúlveda Pertence ao conhecer e desprover o extraordinário, a taxa decorre do exercício do poder de polícia ou da utilização efetiva ou potencial de serviços públicos efetivos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição — inciso II do artigo 145 da Constituição Federal. A destinação do denominado Adicional de Tarifa Portuária — aplicação e investimentos para melhoramento, reaparelhamento, reforma e expansão de instalações portuárias — e, mais do que isso, a arrecadação para formar recursos de terceiro — a Portobrás — e não do prestador dos serviços — sendo, mais tarde, os valores enquadrados como receita vinculada da União, obstaculizam-lhe, a meu ver, a possibilidade de enquadramento como taxa.

No voto condutor do julgamento perante o Regional, consta referência à óptica de Hugo Machado, que, examinando a questão, não obstante tenha votado no sentido de que a extinção da Portobrás implicou a extinção do ATP, resumiu a espécie, no seguinte trecho:

Admitindo-se, porém que a extinção da Portobras não implicou a extinção do ATP, tem-se de examinar a tese da impetrante, segundo a qual a questionada exação é imposto, e como tal somente por lei complementar poderia ter sido validamente instituída.

Esta tese que, a meu pensar, tinha consistência jurídica desde a criação da multicitada exação, ficou robustecida com a integração do produto da sua arrecadação à receita da União Federal.

Tarifa o ATP não é, porque tarifa ou preço público, é apenas a remuneração pela prestação do serviço. É receita de quem presta o serviço.

Taxa também não é, porque inadmissível a incidência de taxa sobre a prestação de serviços remunerados mediante tarifa ou preço público. A taxa, como tributo que é, incide sobre o exercício regular do poder de polícia, ou sobre a prestação de serviço público específico e divisível, por pessoa jurídica de direito público, até porque somente a pessoa jurídica de direito público pode ser sujeito ativo da obrigação tributária (CTN, art. 19).

Induvidosamente, a exação cobrada pela União, incidente pela prestação de serviços por entidade de direito privado, é imposto sobre aquele serviço. Se incide sobre a remuneração daquele serviço, com maior razão é imposto e não taxa.

Sendo imposto, e não estando o seu âmbito de incidência albergado pelo elenco das competências da União (art. 153, da CF) sua instituição podia ocorrer, em virtude da competência dita residual. Neste caso, porém, somente se-

ria válida instrumentalizada por lei complementar (art. 154, I, da CF) — AMS 25.741-CE, TRF 5ª Região, 1ª Turma v.u., RTRF/5ª Região 17/202.

Vale frisar, mais uma vez: a destinação do produto da arrecadação do Adicional afasta a possibilidade de ter-se a exação como taxa. Não visou à remuneração de serviços públicos e divisíveis, mas investimentos objetivando a melhoria, o reaparelhamento, a reforma e a expansão de instalações portuárias. Também não teve como destinatário o prestador dos serviços mas, em um primeiro passo, a Portobrás e, a seguir, a própria União, considerada a rubrica «receita vinculada».

Exsurge a tese, ao primeiro passo salvadora, desenvolvida nos votos dos Ministros Ilmar Galvão e Nelson Jobim e que encantou o Ministro Maurício Corrêa: estar-se-ia diante de uma contribuição social de intervenção no domínio econômico. Rememore-se, em primeiro lugar, que, sob a égide da Carta pretérita, havia a possibilidade de a União instituir contribuições mediante lei:

> Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.
>
> Parágrafo único. Para atender à intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma em que a lei estabelecer.

A Lei nº 7.700/88 foi editada quando já em vigor a Carta de 1988, ou seja, em 21 de dezembro de 1988. A regência, sob aspecto formal e considerada a óptica de consubstanciar o Adicional de Tarifa Portuária uma contribuição social de intervenção no domínio econômico, faz-se pelo artigo 149, nela inserido. Surge, então, o defeito de forma, porquanto a instituição de qualquer contribuição, além das previstas no artigo 195, inciso I, pressupõe lei complementar que defina os respectivos parâmetros e o Código Tributário Nacional é silente sobre essa espécie de contribuição, não havendo sido editada, até aqui, a lei complementar exigida e a partir da qual poderia atuar o legislador ordinário. Aliás, o próprio artigo 149 referido remete ao artigo 146, inciso III, que levou Ives Gandra a ressaltar, em «Comentários à Constituição do Brasil», que:

> À evidência, uma nova contribuição terá que ser definida primeiramente por lei complementar, por força do art. 146, III, visto que é uma espécie tributária e não poderá, em face do art. 154, I, ter fato gerador e base de cálculo idênticos aos de outros impostos, sobre não poder ser cumulativa.

Portanto, o enquadramento do adicional como contribuição e a declaração de plena harmonia com o Texto Constitucional discrepam do meio normativo utilizado — a lei ordinária e não a lei complementar.

Este caso é residual. A importância do tema projeta-se no tempo. O Supremo Tribunal Federal é o guarda maior da Constituição, não podendo ter como simplesmente retórica a referência no artigo 149 da Carta ao disposto no artigo 143, III, nela inserido. Fico a imaginar, até mesmo, a atuação monocrática via medida provisória, meio normativo tão deturpado, sob o ângulo constitucional, nos dias de hoje. A atuação seria livre, sem as peias decorren-

tes de normas gerais previstas, de forma menos flexível, em lei complementar.

Lembre-se, mais uma vez, a razão de ser da remissão ao referido artigo 146, inciso III: outra não é senão colar segurança à atuação do legislador, ante a excepcionalidade da previsão constitucional de criação do tributo, ou seja, de intervenção nos domínios mencionados exaustivamente.

Por tudo, peço vênia aos Ministros Relator, Nelson Jobim e Maurício Corrêa para votar na esteira do pronunciamento do Ministro Sepúlveda Pertence, conhecendo do recurso, porque interposto pela letra **b** do inciso III do artigo 102 da Carta da República, mas o desprovendo, assentando, assim, o acerto do que decidido pela Corte de origem.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Sydney Sanches: Sr. Presidente, com a devida vênia, conheço do recurso e lhe dou provimento, adotando os mesmos fundamentos dos votos dos eminentes Ministros **Ilmar Galvão** e **Nelson Jobim.**

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves: Sr. Presidente, também eu, depois dessa análise, estou de acordo, porque, aqui, toda a problemática decorre justamente dessas leis para se verificar a vinculação ou não.

Conheço e dou provimento aos recursos.

EXTRATO DA ATA

RE 218.061 — SP — Rel.: Min. Carlos Velloso. Recte.: Companhia Docas do Estado de São Paulo — CODESP (Advs.: Célio Juliano da Silva Coimbra e outros). Recdo.: NAVIBRÁS — Comercial Marítima e Afretamentos Ltda. (Advs.: Eduardo Domingos Battallo e Osvaldo Sammarco e outros).

Decisão: O Tribunal, por maioria, «vencidos» os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, «conheceu» do recurso extraordinário e «deu-lhe provimento», nos termos dos votos dos Senhores Ministros Ilmar Galvão e Nelson Jobim. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello (Presidente) e Nelson Jobim. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Carlos Velloso (Vice-Presidente).

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Maurício Corrêa. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 4 de março de 1999 — Gisele Menegale, p/ Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 224.964 — PE
(Primeira Turma)

Relator: O Sr. Ministro Ilmar Galvão

Recorrente: União Federal — Recorrido: LHB — Comércio Serviços e Representações Ltda.

Cofins. PIS. Empresa comercializadora de derivados de petróleo. Incidência. Arts. 155, § 3º, e 195,* caput, *da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal (sessão do dia 1°-7-99), concluindo o julgamento dos Recursos Extraordinários n°s 205.355 (AgRg); 227.832; 230.337; e 233.807, Rel. Min. Carlos Velloso, abrangendo as contribuições representadas pela Cofins, pelo PIS e pelo Finsocial sobre as operações relativas a energia elétrica, a serviços de telecomunicações, e a derivados de petróleo, combustíveis e minerais, entendeu que, sendo elas contribuições sociais sobre o faturamento das empresas, destinadas ao financiamento da seguridade social, nos termos do art. 195, *caput*, da Constituição Federal, não lhes é aplicável a imunidade prevista no art. 155, § 3°, da Lei Maior.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 9 de novembro de 1999 — **Moreira Alves**, Presidente — **Ilmar Galvão**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão (Relator): Trata-se de recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, a , da Constituição Federal, interposto pela União Federal contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que afastou a cobrança da Cofins e do PIS instituídos pela LC 70/91 e pela LC 7/70, respectivamente, incidente sobre derivados de petróleo.

Alega a recorrente que o julgado, ao reconhecer a incompatibilidade da cobrança das referidas contribuições sobre as operações realizadas pela ora recorrida, acabou por imprimir à regra do art. 155, § 3°, da Constituição Federal interpretação extensiva.

Argumenta que o PIS e a Cofins incidem sobre o faturamento ou receita bruta das empresas e não sobre operações relativas a combustíveis.

O Superior Tribunal de Justiça não conheceu do recurso especial.

Admitido na origem, os autos subiram a esta Corte, havendo a Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. João Batista de Almeida, opinado pelo não-conhecimento, mas se conhecido, provido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão (Relator): O Supremo Tribunal Federal (sessão do dia 1°-7-99), concluindo o julgamento dos Recursos Extraordinários n°s 205.355 (AgRg); 227.832; 230.337; e 233.807, Rel. Min. Carlos Velloso, abrangendo as contribuições representadas pela Cofins, pelo PIS e pelo Finsocial sobre as operações relativas a energia elétrica, a serviços de telecomunicações, e a derivados de petróleo, combustíveis e minerais, entendeu que, sendo elas contribuições sociais sobre o faturamento das empresas, destinadas ao financiamento da seguridade social, nos termos do art. 195, **caput**, da Constituição Federal, e tendo natureza diversa da do im-

posto, não lhes é aplicável a imunidade prevista no art. 155, § 3°, da Lei Maior.

Acentuou-se, na ocasião, **verbis:**

«Ora, a interpretação puramente literal e isolada do § 3° do art. 153 da Constituição levaria ao absurdo, conforme linhas atrás registramos, de ficarem excepcionadas do princípio inscrito no art. 195, **caput**, da mesma Carta — «a seguridade social será financiada por toda sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei ... » — empresas de grande porte, as empresas de mineração, as distribuidoras de derivados de petróleo, as distribuidoras de eletricidade e as que executam serviços de telecomunicações — o que não se coaduna com o sistema da Constituição, é ofensiva, tal modo de interpretar isoladamente o § 3° do art. 153, a princípios constitucionais outros, como o da igualdade (CF, Art. 5° e art. 150, II) e da capacidade contributiva. Não custa reiterar a afirmativa de que a Constituição, quando quis excepcionar o princípio inscrito no art. 195, fê-lo de forma expressa, no § 7° do mesmo art. 195.»

A questão sob apreciação é igual à que foi examinada e discutida pelo Plenário nos precedentes citados.

Assim, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

EXTRATO DA ATA

RE 224.964 — PE — Rel.: Min. Ilmar Galvão. Recte.: União Federal (Adva.: PFN — Maria da Graça Aragão). Recdo.: LHB — Comércio Serviços e Representações Ltda. (Adva.: Judith Maria Antunes Fernandes).

Decisão: A Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Octavio Gallotti.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão. Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Frauzino Pereira.

Brasília, 9 de novembro de 1999 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 231.216 — RS
(Segunda Turma)

Redator p/ o acórdão: O Sr. Ministro Maurício Corrêa

Recorrente: Fioravante Alves de Farias — Recorrido: Município de Porto Alegre

Recurso extraordinário. Constitucional. Administrativo. Lei n° 10.002/93, do Estado do Rio Grande do Sul. Vale-refeição. Benefício concedido aos servidores em atividade. Extensão aos aposentados. Incidência do artigo 40, § 4°, da Constituição Federal. Pressupostos. Inexistência.

1. A extensão aos aposentados de benefício concedido aos ativos induz à necessária observância de dois pressupostos: se a vantagem integra a remuneração dos servidores em atividade e se esta é compatível com a situação dos inativados.

2. Vale-refeição. Extensão aos inativos. CF/88, artigo 40, § 4°. Inaplicabilidade da norma, dada a natureza indenizatória do benefício, que apenas visa ressarcir valores despendidos com alimentação pelo servidor em atividade, sem, contudo, integrar sua remuneração.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros componentes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, não conhecer do recurso extraordinário.

Brasília, 11 de abril de 2000 — **Néri da Silveira**, Presidente — **Maurício Corrêa**, Redator p/ o Acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul encontra-se assim sintetizado:

> Direito Público. Administrativo. Servidor público municipal. Horas-extras, decisão concessiva desconstituída. Inépcia da inicial, processo extinto. Vale-alimentação. Benefício que não se estende aos servidores inativos, destinando-se à percepção no desempenho da atividade laborativa. Característica indenizatória, não se podendo entender como remuneração. Lei instituidora (Lei 7.532/94) estabelecendo, expressamente, que o benefício não integra o vencimento, remuneração ou salário, nem a eles se incorpora para quaisquer efeitos. Inconstitucionalidade inocorrente. Interpretação do art. 40, § 4°, da CF, relacionando-se aos benefícios que permitem a incorporação. Idêntico entendimento quanto ao art. 43, § 2°, da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre. Sentença reformada, em parte. Recurso principal provido, em parte, por maioria, prejudicado o reexame. Improvimento do adesivo, unânime (folha 85).

No extraordinário de folhas 96 a 100, interposto com alegada base na alínea c do permissivo constitucional, articula-se com o malferimento do artigo 40, § 4°, da Carta Política da República, defendendo-se, em síntese, a extensão do vale-alimentação aos inativos.

O Recorrido apresentou as contra-razões de folhas 102 a 106, discorrendo sobre a controvérsia, e ressaltando o acerto da conclusão adotada pela Corte de origem.

O procedimento atinente ao Juízo primeiro de admissibilidade encontra-se às folhas 113 a 115.

A Procuradoria-Geral da República exarou o parecer de folhas 124 e 125 preconizando o não-provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Na interposição deste recurso foram observados os pressupostos gerais de recorribilidade. Os documentos de folhas 5 e 95 evidenciam a regularidade da representação processual e estar o Recorrente amparado pela assistência judiciária gratuita. Quanto à oportunidade, o acórdão atacado teve notícia veiculada no Diário de 21 de novembro de 1997, sexta-feira (folha 92), ocorrendo a manifestação do inconformismo em 2 de dezembro imediato, terça-feira

(folha 96) e, portanto, no prazo assinado em lei. Resta o exame do específico, que é a ofensa à Carta.

O preceito do § 4° do artigo 40 é linear, ao revelar a igualização do que percebido em atividade e dos proventos da aposentadoria. Os valores devem ser os mesmos. Estivessem, é certo, os servidores em atividade, perceberiam o benefício e, portanto, teriam a ajuda alimentação mencionada na lei estadual.

Há de se considerar a significação jurídica da parcela **in natura** que vinha sendo satisfeita no tocante aos que se aposentaram. A verba integra a remuneração, mesmo porque tem um peso considerável, já que diz respeito aos alimentos. Sem ela o prestador dos serviços teria que proceder ao desembolso. Resultando em ônus para o tomador dos serviços, forçoso é concluir que compõe a natureza sinalagmática da relação jurídica. Este dado mostra-se como de importância maior, no que revela o auxílio-alimentação como vantagem que faz parte da remuneração e, portanto, do pagamento dos serviços prestados. Sem dúvida, está-se diante de salário **in natura**, tanto assim que o dispêndio consta na fixação do salário mínimo. Indaga-se: Na hipótese de remuneração vista como a versada nestes autos, sendo o valor em pecúnia inferior ao salário mínimo, mesmo assim ter-se-á campo propício ao afastamento da integração pretendida? Diante do caráter abrangente do § 4° do artigo 40, hoje § 3° — Emenda Constitucional n° 20/98 — não é dado ao intérprete excluir da compreensão da norma esta ou aquela parcela. O legislador constituinte foi pedagógico ao revelar que:

> Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

Salta aos olhos o fim almejado, que outro não é senão a homenagem à igualização, valendo notar a explicitação pedagógica do constituinte derivado ao consignar no § 3° do artigo 40 da Carta, mediante a Emenda Constitucional n° 20/98, em plena época de enxugamento de despesas, que os proventos «... corresponderão à totalidade da remuneração». Eis o teor do dispositivo constitucional:

> § 3° Os proventos da aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração.

Ora, a Corte de origem não deu o alcance devido ao preceito constitucional, deixando de reconhecer, repito, aos aposentados, o direito à integração, aos proventos, da parcela em comento, desconhecendo que o aspecto formal, retratado em norma de estatura local, não se sobrepõe à realidade, à ordem natural das coisas, muito menos à Carta da República, tendo em vista a definição de utilidades normalmente viabilizadas pela remuneração percebida — moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. A partir do momento em que, ao invés de satisfazer, em pecúnia, a totalidade do que devido em razão da prestação de serviços — e a filantropia é coisa rara nos dias de hoje —, o tomador público dos serviços parte para a mesclagem de procedimento, assume, de qualquer forma,

a obrigação global, considerado o gênero remuneração.

A aposentadoria não pode implicar prejuízo remuneratório, ainda que se trate da exclusão de prestação **in natura**, já que, resultando de anos de serviços prestados, jamais pode ser tomada como fator de diminuição de ganho. O sistema constitucional é claro e preciso ao revelar uma única modificação — o trabalho é substituído pelo ócio, sem a perda dos direitos conquistados — na vinculação com a Administração Pública.

Destarte, conheço do pedido formulado no recurso, e a ele dou acolhida para julgar procedente o pleito inicial.

VOTO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Sr. Presidente, o Tribunal tem entendido que o vale-refeição é devido **si et in quantum** o trabalhador estiver na ativa; se se aposenta, perde o benefício.

Esse foi o princípio que orientou os julgamentos dos Recursos Extraordinários nºs 236.449, de que fui Relator, julgado em 20-4-99 e 227.036, de 28-4-98, e os de V.Exa., julgados por despacho, proferidos nos Recursos Extraordinários nºs 232.373, de 16-4-99 e 231.261, de 22-4-99.

Na linha desses precedentes e, também, dos da Primeira Turma, que tem seguido a mesma orientação, peço vênia para não conhecer do recurso.

EXTRATO DA ATA

RE 231.216 — RS — Red. p/ o acórdão: Min. Maurício Corrêa. Recte.: Fioravante Alves de Farias (Advs.: Ricardo Luis Silva da Silva e outra). Recdo.: Município de Porto Alegre (Adva.: Andrea Teichmann Vizzotto).

Decisão: Por maioria, a Turma não conheceu do recurso extraordinário, vencido o Senhor Ministro-Relator, que dele conhecia e lhe dava provimento. Redator para o acórdão o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Falou, pelo Recorrido, o Dr. Luís Maximiliano Telesca Mota. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Nelson Jobim.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

Brasília, 11 de abril de 2000 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 237.436 (AgRg) — PE
(Segunda Turma)

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Agravante: Estado de Pernambuco — Agravado: Espólio de Elias Nascimento da Silva

***Imposto de transmissão* causa mortis *e doação — Lei nº 10.260/89 do Estado de Pernambuco — Cláusula de variação automática da alíquota desse imposto — Inadmissibilidade — Recurso de agravo* improvido.**

O Estado-membro *somente* pode majorar o imposto de transmissão *causa mortis* e doação, a que se refere o art. 155, I, da Constituição, *mediante lei ordinária específica,* que, na *elevação* da alíquota, *observe* o limite máximo fixado, em resolução, pelo Senado Federal (*CF,* art. 155, § 1°, IV).

Não se revela lícito* ao Estado-membro, *sob pena* de ofensa às garantias constitucionais da anterioridade tributária *e* da legalidade estrita, *instituir,* no ato legislativo local, *cláusula genérica de vinculação* que tenha por objetivo permitir, *independentemente* da edição de *nova* lei estadual, que *variações posteriores,* eventualmente introduzidas pelo Senado Federal (*CF,* art. 155, § 1°, IV), venham a repercutir, de modo imediato e automático, sobre a alíquota do referido imposto de transmissão. *Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, «negar provimento» ao recurso de agravo.

Brasília, 30 de maio de 2000 — **Celso de Mello,** Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Trata-se de recurso de agravo, tempestivamente interposto, contra ato decisório, que — com fundamento nas Súmulas 282, 283 e 356 desta Corte — **negou** trânsito ao agravo de instrumento deduzido pela parte ora recorrente.

Sustenta, o agravante, que a matéria constitucional foi devidamente prequestionada e que a questão constitucional suscitada no apelo extremo — fixação da alíquota do imposto de transmissão **causa mortis** e doação, nos termos em que estabelecida pelo art. 8° da Lei n° 10.260/89 do Estado de Pernambuco — teria sido veiculada em vários **outros** recursos extraordinários, ainda pendentes de julgamento por esta Suprema Corte, **razão pela qual** — ante a **alegada** ausência de qualquer decisão plenária sobre o tema — impor-se-ia, no caso, o provimento do presente recurso, **seja** para viabilizar a apreciação do agravo de instrumento, **seja** para aguardar, mediante sobrestamento de tal recurso, a resolução definitiva do litígio pelo **Plenário** do Supremo Tribunal Federal.

Por **não** me convencer das razões expostas pelo recorrente, **submeto** à apreciação desta Colenda Turma o presente recurso de agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): A pretensão recursal ora deduzida é inacolhível, pois, **mesmo** que superados os óbices apontados na decisão ora recorrida, ainda assim **não** assistiria razão à parte ora recorrente.

Com efeito, a controvérsia constitucional instaurada em torno da aplicabilidade do art. 8° da Lei n° 10.260/89 do Estado de Pernambuco — pertinente à fixação da alíquota do imposto de transmissão **causa mortis** e doação, em percentual **equivalente** ao limite máximo estipulado em Resolução do Senado Federal — já foi dirimi-

da por **ambas** as Turmas do Supremo Tribunal Federal que **não acolheram** a tese ora sustentada pela parte agravante (**RE 211.954-PE**, Rel. Min. **Ilmar Galvão — RE 218.182-PE**, Rel. Min. **Moreira Alves — RE 224.786-PE (AgRg)**, Rel. Min. **Maurício Corrêa — Ag 227.956-PE (AgRg)**, Rel. Min. **Nelson Jobim, v.g.**):

«— **Agravo regimental. Aumento de tributo.**

— **Inexistem** as alegadas ofensas ao artigo 155 e 1° da Carta Magna Federal, porquanto o acórdão recorrido **não negou** que o Estado-membro tenha competência para instituir impostos estaduais, **nem** que o Senado seja competente para fixar a alíquota máxima para os impostos de *trans*missão ***mortis* causa** e de doação, mas, sim, sustentou corretamente que ele, por força do artigo 150, I, da Carta Magna só pode aumentar tributo por lei estadual específica e não por meio de lei que se atrele genericamente a essa alíquota máxima fixada pelo Senado e varie posteriormente com ela, até porque o princípio da anterioridade, a que está sujeita essa lei estadual de aumento, diz respeito ao exercício financeiro em que ela haja sido publicada e não, **per relationem**, à resolução do Senado que aumentou o limite máximo da alíquota.»

(**Ag 225.956-PE (AgRg)**, Rel. Min. **Moreira Alves — grifei**)

Cabe referir, ainda, que o **Plenário** do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o **RE 213.266-PE**, Rel. Min. **Marco Aurélio, reafirmou** esse entendimento:

«**Tributo — Fixação de alíquota x teto — Imposto de transmissão *causa mortis* — Lei n° 10.260/89, do Estado de Pernambuco. Não se coaduna** com o sistema constitucional norma reveladora de **automaticidade** quanto à alíquota do imposto de transmissão **causa mortis**, a evidenciar a correspondência com o limite máximo fixado em resolução do Senado Federal.» (**Grifei**)

Na realidade, o Estado-membro **somente** pode majorar o imposto de transmissão **causa mortis** e doação, a que se refere o art. 155, I, da Constituição, **mediante lei ordinária específica**, que, na **elevação** da alíquota, **observe** o limite máximo fixado, em resolução, pelo Senado Federal (**CF**, art. 155, § 1°, IV).

Por isso mesmo, **não se revela lícito** ao Estado-membro, **sob pena** de ofensa às garantias constitucionais da anterioridade tributária e da legalidade estrita, **instituir**, no ato legislativo local, **cláusula genérica de vinculação** que tenha por objetivo permitir, **independentemente** da edição de **nova** lei estadual, que **variações posteriores**, eventualmente introduzidas pelo Senado Federal (**CF**, art. 155, § 1°, IV), venham a repercutir, de modo imediato e automático, sobre a alíquota do referido imposto de transmissão.

Sendo assim, e pelas razões expostas, **nego** provimento ao presente recurso de agravo.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

AG 237.436 (AgRg) — PE — Rel.: Min. Celso de Mello. Agte.: Estado de Pernambuco (Adv.: PGE-PE — Sérgio Augusto Santana Silva). Agdo.: Espólio de Elias Nascimento da Silva (Adv.: Paulo Henrique Muniz Maciel).

Decisão: A Turma, por votação unânime, «negou provimento» ao recurso de agravo. Ausente, justificadamente, o Se-

nhor Ministro Néri da Silveira (Presidente). «Presidiu» o julgamento o Senhor Ministro Celso de Mello.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Néri da Silveira. Subprocurador-Geral da República, Dr. João Batista de Almeida.

Brasília, 30 de maio de 2000 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 238.328 (AgRg) — RS (Segunda Turma)

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Agravante: Município de Porto Alegre — Agravado: Carlos Fernando Becker

Competência — Agravo de instrumento — Trânsito do Extraordinário. **A teor do disposto no § 2º do artigo 544 do Código de Processo Civil, cabe ao relator proferir decisão em agravo de instrumento interposto com a finalidade de alcançar o processamento do extraordinário. O crivo do Colegiado ocorre uma vez acionada a norma do artigo 545, também do Código de Processo Civil, no que previsto agravo inominado contra a decisão prolatada.**

Saúde — Promoção — Medicamentos. **O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo regimental.

Brasília, 16 de novembro de 1999 — **Néri da Silveira,** Presidente — **Marco Aurélio,** Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mediante a decisão de folhas 69 a 71, neguei acolhida a pedido formulado em agravo, pelos seguintes fundamentos:

O acórdão prolatado pela Corte de origem, da lavra do Desembargador Juraci Vilela de Sousa, surge harmônico com a Carta da República. Em primeiro lugar, consigne-se não ter sido objeto de debate e decisão prévios o fato de haver-se mencionado lei estadual para concluir-se pela responsabilidade não só do Estado, como também do Município pelo fornecimento de medicamentos aos necessitados. O preceito do artigo 196 da Carta da República, de eficácia imediata, revela que «a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso

universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação». A referência, contida no preceito, a «Estado» mostra-se abrangente, a alcançar a União Federal, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios. Tanto é assim que, relativamente ao Sistema Único de Saúde, diz-se do financiamento, nos termos do artigo nº 195, com recursos do orçamento, da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Já o **caput** do artigo informa, como diretriz, a descentralização das ações e serviços públicos de saúde que devem integrar rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo. Não bastasse o parâmetro constitucional de eficácia imediata, considerada a natureza, em si, da atividade, afigura-se como fato incontroverso, porquanto registrada, no acórdão recorrido, a existência de lei no sentido da obrigatoriedade de fornecer-se os medicamentos excepcionais, como são os concernentes à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS), às pessoas carentes. O município de Porto Alegre surge com responsabilidade prevista em diplomas específicos, ou seja, os convênios celebrados no sentido da implantação do Sistema Único de Saúde, devendo receber, para tanto, verbas do Estado. Por outro lado, como bem assinalado no acórdão, a falta de regulamentação municipal para o custeio da distribuição não impede fique assentada a responsabilidade do Município. Decreto visando-a não poderá reduzir, em si, o direito assegurado em lei. Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em si, em termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos. É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem.

3. Pelas razões supra, ressaltando, mais uma vez, que, ao invés de conflitar com os artigos 196, 197 e 198 da Constituição Federal, o acórdão atacado com eles guarda perfeita afinidade, conheço do pedido formulado neste agravo, mas a ele nego acolhida (folhas 70 e 71).

O município de Porto Alegre, no agravo de folhas 73 a 78, argúi a configuração de violência aos artigos 5º, incisos XXXV e LV, e 96 da Constituição Federal, argumentando com a necessidade de submeter-se a matéria à apreciação do Colegiado, sob pena de, além de usurpar-se a competência do Órgão julgador para o exame do mérito da controvérsia, atribuir-se ao provimento judicial o caráter de irrecorribilidade, olvidando-se os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Alude à necessidade de o Colegiado confrontar os atos decisórios do relator, «praticados no desempenho de sua competência monocrática».

Recebi os autos em 1º de setembro de 1999 e liberei-os para julgamento em 17 de outubro imediato.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Na interposição deste agravo foram observados os pressupostos de recorribilidade que lhe são inerentes. A peça, subscrita por procuradoras do Município, restou protocolada no prazo em dobro a que tem jus o Agravante. Dele conheço.

A competência para julgar o agravo interposto com a finalidade de obter o processamento de extraordinário é do relator. Isso decorre do disposto no § 2° do artigo 544 do Código de Processo Civil:

> § 2° Distribuído e processado o agravo na forma regimental, o relator proferirá decisão.

Quanto ao crivo do Colegiado, ocorrerá ante a interposição de agravo inominado, conforme consta do artigo 545:

> Art. 545. Da decisão do relator que não admitir o agravo de instrumento, negar-lhe provimento ou reformar o acórdão recorrido, caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, observado o disposto nos §§ 2° e 3° do art. 557.

Como, então, dizer-se da transgressão aos incisos XXXV e LV do artigo 5° da Constituição Federal e também do artigo 96 nela constante?

No mais, reporto-me aos fundamentos da decisão atacada. Saúde «é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação». A referência, contida no artigo 196 da Constituição Federal, a Estado, apanha a União, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios.

No caso dos autos, assentou-se a impossibilidade material de o Agravado adquirir os medicamentos excepcionais próprios ao tratamento da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS). Aliás, a Corte de origem deixou consignada a existência de lei obrigando o Estado a fornecer os medicamentos.

Nego provimento a este agravo.

EXTRATO DA ATA

Ag 238.328 (AgRg) — RS — Rel.: Min. Marco Aurélio. Agte.: Município de Porto Alegre (Adva.: Ana Luisa Soares de Carvalho). Agdo.: Carlos Fernando Becker (Advs.: Márcia Elisa da Costa Abreu e outros).

Decisão: Por unanimidade, a Turma negou provimento ao agravo regimental.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mardem Costa Pinto.

Brasília, 16 de novembro de 1999 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 242.565 — SP
(Primeira Turma)

Relator: O Sr. Ministro Ilmar Galvão

Recorrentes: Indiana Participações e Representações Ltda. e outros — Recorrido: Salomão Gorenzvaig

Processual civil. Retirada de sócio. Execução de sentença. Correção monetária e juros de mora. Alegação de ofensa aos princípios da isonomia e da coisa julgada e aos incs. XXXV e LV do art. 5° da CF.

Inexistência, nos autos, até o acórdão recorrido, de decisão definidora dos índices a serem aplicados na atualização monetária dos haveres do sócio retirante e do termo inicial da incidência de juros de mora, não havendo que se falar, a esse respeito, em coisa julgada.

Matérias que, de resto, circunscrevendo-se ao âmbito da legislação infraconstitucional, não ensejam pronunciamento do STF em recurso extraordinário.

Quanto às alegadas ofensas aos incs. XXXV e LV do art. 5º da CF, não cuidou delas o acórdão, incidindo, conseqüentemente, o óbice das Súmulas 282 e 356 desta Corte.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso extraordinário.

Brasília, 28 de março de 2000 — **Moreira Alves**, Presidente — **Ilmar Galvão**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão (Relator): Recurso que, pela letra **a** do permissivo constitucional, foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que julgou liquidação de sentença processada em ação de dissolução de sociedade.

Sustentaram os recorrentes haver a referida decisão ofendido os princípios da isonomia e da coisa julgada, ao mandar aplicar, na correção dos haveres do sócio liquidante, ora recorrido, índices que não são utilizados na correção de depósitos judiciais, os quais, ademais, não foram cogitados na decisão liquidanda; e, bem assim, ao determinar o cômputo de juros desde a citação e não a partir da liquidação. Apontaram, ainda, como violados, os incisos XXXV e LV do art. 5º da CF/88, por haver o acórdão suprimido um grau de jurisdição, ao determinar, **ex officio**, a realização de nova conta de liquidação, que acabou homologada pelo Tribunal.

O recurso, inadmitido na origem, subiu a esta Corte por efeito de provimento de agravo, havendo manifestação da douta Procuradoria-Geral da República pelo não-conhecimento, em parecer da Dra. Helenita Caiado de Acioli.

Houve simultâneo recurso especial, que não prosperou.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão (Relator): O ilustrado parecer da douta Procuradoria-Geral da República assim discorreu sobre o cerne da controvérsia (fls. 1535/1537):

«**Data venia**, não merece prosperar a irresignação.

O recorrente alega, em síntese, que a sentença de liquidação teria extrapolado os limites fixados na sentença de mérito, em especial quanto aos critérios de atualização e incidência de juros mo-

ratórios, culminando com pretensa ofensa ao primado da coisa julgada.

Observa-se, todavia, que o MM. Juiz de 1ª Instância não procedeu à fixação prévia dos índices de atualização, nem, tampouco, no r. **decisum** constam critérios de fixação de juros moratórios, resumindo-se à decretação da «dissolução parcial da sociedade requerida Indiana Participação e Representação Ltda. assegurada (**sic**) ao autor sua retirada da empresa com seus haveres, a serem apurados em liquidação de sentença, mediante arbitramento, nos termos expostos (fls. 89/92)».

Na realidade, o que se pretende é deduzir novamente as razões do inconformismo, via recurso extraordinário, já dirimida pela instância ordinária no procedimento liquidatório. Ademais, a questão suscitada circunscreve-se à análise de normas infraconstitucionais, e se ofensa houvesse teria feição meramente reflexa, obstando, assim, a análise do pleito.

Nesse sentido tem-se orientado a jurisprudência do Excelso Pretório, valendo destacar acórdão, assim ementado:

> «**Ementa**. Recurso Extraordinário inadmitido. 2. Não cabe ver ofensa, por via reflexa, a normas constitucionais, aos fins do recurso extraordinário. 3. Se, para dar pela vulneração de regra constitucional, mister se faz, por primeiro, verificar da negativa de vigência de norma infraconstitucional, esta última é o que conta, para os efeitos do art. 102, III, **a**, da Lei Maior. 4. Decisão de cunho eminentemente processual não dá ensejo a seguimento de apelo extremo, precedentes. 5. Agravo regimental desprovido.» (STF, AGRAG 237.654/RS, Em. Rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, publicado no DJ de 27-8-99, p. 55)

Acresce-se, ainda, que os artigos tidos como violados (art. 5º, incisos XXXV, LIV, LV, da CF/88) não foram sequer ventilados pela decisão guerreada, sendo que a falta de prequestionamento é causa eficiente para o não-conhecimento do recurso extraordinário, consoante reiterada jurisprudência da Corte Suprema.»

Trata-se de pronunciamento que não merece reparo.

Com efeito, um exame dos autos revela que a primeira sentença (fl. 92), confirmada pelo Tribunal (fl. 125), decretou a dissolução da sociedade e assegurou ao autor, ora recorrido, «sua retirada da empresa com seus haveres, a serem apurados em liquidação de sentença, mediante arbitramento».

Realizado levantamento técnico-contábil, o laudo do perito — que havia revelado como sendo de Cr$ 8.240.521,17 (ou 2.248.620,94 BTNs), em out/89, a participação do recorrido no patrimônio líquido da sociedade (fl. 832) — restou acolhido pelo Juiz, «por ser o único que apresenta balanço da empresa dissolvenda, sendo, aliás referendado pelo assistente-técnico da ré», havendo sido, então, assegurado «ao autor a retirada da empresa com seus haveres, como determinado na liquidação por arbitramento efetuada» (fl. 1200).

O Tribunal, apreciando recurso de apelação do liquidante, ora recorrido, deu-lhe parcial provimento para «julgar liquidada a sentença pelo valor de NCz$ 13.562.963,08 em outubro de 1989... equivalente a mais ou menos 3.700.974 BTNs que em outubro de 1989 tinha o valor de R$ 3,6647...» (fl. 1201).

Seguiu-se a elaboração de «cálculo da liquidação do julgado» (fl. 1240), que foi impugnado por ambas as partes: pelo recorrido, à alegação de não haver considerado custas processuais, honorários do perito e de advogado, além de juros, a partir da citação (fls. 1243/4); e pelos recorrentes, sob o argumento de que a conta, para ater-se à coisa julgada, deveria limitar-se a converter, em padrão monetário, as 3.700.974 BTNs fixados pelo acórdão (fl. 1247).

Sobreveio despacho com deliberação de que a conta deveria incluir as verbas de sucumbência e juros moratórios, além de considerar os expurgos à inflação ocorridos a partir de março de 1990 (fl. 1243).

Foi ela, então, refeita com obediência ao *mencionado* despacho (fl. 1251) e, depois, homologada (fl. 1272v.), com rejeição de impugnação por meio da qual os recorrentes se haviam manifestado, especificamente, contra os expurgos inflacionários e contra a fixação do termo inicial dos juros que, a seu ver, deveria ser a data do arbitramento e não a da citação (fls. 1254/1269).

Houve apelação da ora recorrente, a que foi dado parcial provimento pelo acórdão ora recorrido, nestes termos (fls. 1387/1390):

«(...)

Conhece-se da apelação. Embora já haja nos autos uma liquidação por arbitramento julgada, ela não incluía essa liquidação às verbas da sucumbência, pelo que a nova liquidação englobando todas as verbas executáveis objetivou a integração da sentença para fins de execução. Assim sendo, a liquidação complementar ainda é liquidação de sentença, e a decisão é atacável por via de apelação. Assim sendo, embora o recurso não tenha sido interposto no prazo do agravo, porque o foi no de apelação, dele se conhece como apelação.

Dá-se provimento parcial ao recurso para declarar liquidada a sentença pelo valor atualizado até 20 de setembro de 1994, de R$ 4.755.585,04, nos termos do cálculo do contador do Tribunal de fl. 1347 e esclarecimentos de fl. 1350, que fica homologado.

O valor de NCz$ 13.562.963,08 devido pelo apelante ao apelado foi fixado para outubro de 1989 (fl. 1201). Esse valor foi atualizado pelos índices adotados pela jurisprudência deste Tribunal até setembro de 1994 e a inclusão de juros de mora desde a citação.

A correção monetária adotou índices aceitos pela jurisprudência deste Tribunal. A Lei nº 6.899/81 não foi ofendida porque essa lei limita-se a mandar corrigir a condenação judicial. E o termo inicial da correção adotado na conta é a data-base do laudo adotado para a fixação do valor devido, posterior ao ajuizamento da demanda.

O art. 15, II, da Lei nº 7.730 de janeiro de 1989 não tem aplicação ao caso concreto porque a correção monetária só foi calculada a partir de outubro de 1989, pelo que nenhuma influência teve quanto à aplicação da OTN. Ademais, a dívida não foi arbitrada em OTN'S, mas em cruzeiros para outubro de 1989 na decisão que julgou a liquidação de sentença por arbitramento.

Por outro lado, não corresponde à realidade a afirmação da apelante de que há coisa julgada mandando atualizar o débito pela TR.

A correção foi feita a partir da extinção da OTN pelo IPC na vigência do BTN, e extinto o BTN, pela Taxa Referencial na forma da jurisprudência predominante.

Na forma da lei a correção monetária é devida. Ela deve corresponder à efetiva perda do poder aquisitivo, ou seja, à inflação medida por índice idôneo, não sendo equânime utilizar-se de índice artificialmente estabelecido para fins de combate à inflação.

Ainda que não houvesse índice confiável a correção monetária seria devida e o índice seria apurado mediante perícia, embora trabalhosa.

Havendo índice confiável como o IPC, ele foi adotado...

Os juros de mora, embora não deferidos expressamente na sentença liquidanda, são devidos e incluíveis nas contas a partir da citação, na forma da Súmula 254 do Excelso Pretório. O termo inicial está determinado na lei processual, artigo 219 e no art. 1.536, § 2º, do Código Civil.

A matéria referente ao valor que seria devido ao apelado pela sua saída da sociedade está preclusa por objeto de liquidação por arbitramento.

No que se refere ao alegado erro do contador adotando índice de setembro de 1989 e não o de outubro de 1989, procede como bem demonstrado pelo contador do Tribunal (fl. 1349). Feita a correção dos cálculos com a aplicação do índice correto, o contador do Tribunal encontrou o valor devido a 20 de setembro de 1994, de R$ 4.755.585,04, pelo que fica provido parcialmente o recurso para se declarar liquidada a sentença pelo valor referido pelo qual o credor poderá promover a execução.

Como já há conta homologada e a ação é de liquidação de sentença, o Tribunal, ao reapreciar a matéria, pode, desde logo, havendo elementos nos autos, julgar em segundo grau essa ação de liquidação de sentença, declarando o valor pelo qual a sentença fica liquidada...»

Ao julgar embargos declaratórios, esclareceu, ainda, o acórdão, o seguinte (fl. 1402):

«(...)

A legislação mandava que o BTN fosse corrigido pelo IPC. Como essa norma não foi atendida a jurisprudência passou a determinar que a correção monetária fosse calculada no período de vigência do BTN pelo IPC.

(...)»

No recurso extraordinário (fls. 1405/16), manifestam os recorrentes seu inconformismo, como relatado, com a correção monetária calculada pelos índices aplicados, com os juros computados desde a citação e com a subtração da conta de liquidação realizada no Tribunal ao duplo grau de jurisdição.

Nos dois primeiros casos, por ofensivo, o acórdão recorrido, aos princípios da isonomia e da coisa julgada, posto haver acolhido cálculo em que foram aplicados índices de correção monetária que não são utilizados para atualização dos depósitos judiciais; por não haver considerado os haveres como determinado na sentença, seja, tendo como referencial a quantidade de BTNs apurada; e por ter determinado o cômputo dos juros desde a citação. E, no último caso, em face de ter havido nova liquidação no Tribunal.

Não havendo nos autos, até o momento da prolação do acórdão recorrido, decisão pela qual houvessem sido definidos os índices a serem aplicados na atualização monetária dos haveres do sócio retirante — como tal não podendo ser considerada a referência, contida no acórdão que julgou a liquidação por arbitramento, ao número de

BTNs correspondentes, em outubro/89 (fl. 1201) —, nem o termo inicial da incidência de juros de mora, é fora de dúvida que, a esse respeito, não há que se falar em coisa julgada, circunscrevendo-se a alegação dos recorrentes, nesse ponto, a questões de natureza infraconstitucional (índices aplicáveis e termo inicial de prazo), que não enseja pronunciamento do STF no âmbito de recurso extraordinário. O inconformismo, quanto aos juros, reitere-se, reside tão-somente, como registrado, no que respeita ao respectivo **terminus a quo**, como explicitado na impugnação ao cálculo (fls. 1254/69).

De outra parte, no que concerne às alegações de ofensa aos incisos XXXV e LV do art. 5º da Constituição, delas não cuidou o acórdão, não havendo a Corte **a quo**, de outra parte, sido instada a fazê-lo, na via dos embargos declaratórios. Na verdade, ao recorrer o Relator da decisão atacada aos serviços de Contador do Tribunal, para dilucidação da conta homologada pela sentença recorrida — em razão da qual, aliás, foi feita pequena retificação no cálculo, que beneficiou os recorrentes —, não incidiu o acórdão em supressão de instância, nem contrariou os referidos dispositivos. Incidem, pois, as Súmulas 282 e 356 desta Corte.

Registre-se, por fim, não se haverem insurgido os recorrentes, em nenhum momento, contra o fato de a liquidação ter-se processado em duas etapas, uma primeira, por arbitramento, tendo por objeto a apuração dos haveres do sócio retirante na empresa, e outra, por cálculo, para as demais verbas condenatórias, cuja apuração dispensava o concurso de peritos.

Ante o exposto, por não se achar configurada, nestes autos, a alegada ofensa aos princípios e normas constitucionais invocadas, meu voto não conhece do recurso.

VOTO (Vista)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): Cuida-se de liquidação para apuração dos haveres do sócio retirante em dissolução contenciosa de sociedade por cotas de responsabilidade ltda.

A sentença arbitrou o valor dos haveres do sócio em Cr$8.240.521,17, correspondentes a 2.248.620,94 BTNs para outubro 89. E atualizou esta conta até 1991, para Cr$285.674.774,55.

Na apelação, no que interessa, decidiu o Tribunal — 9/1200,1201:

> «Julga-se renunciado o agravo retido de fl. 795 por falta de reiteração e dá-se parcial provimento ao recurso do liquidante para julgar liquidada a sentença pelo valor de NCz$13.562.963,08 em outubro de 1989 (fl. 1156), equivalente a mais ou menos 3.700.974 BTNs que em outubro de 1989 tinha o valor de Cr$3,6647, prejudicado o recurso da liquidada.
>
> A avaliação dos bens imóveis feita pelo perito está bem fundamentada e as suas respostas às críticas dos assistentes das partes foram satisfatórias (fls. 1138/1150), pelo que elas ficam adotadas como razão de decidir. O perito apenas corrigiu seu equívoco ao prestar esclarecimentos à fl. 1142 e, procedendo à correção de seu laudo, fixou os valores à fl. 1149 em NCz$33.384.339 para outubro de 1989.
>
> Esses novos valores foram considerados pelo perito contador ao fazer a adaptação de seu laudo às fls. 1154/1157, fixando os haveres do liquidante em NCz$13.567.963,08 para outubro de 1989 sem computar o valor do fundo de comércio (fl. 1156).

O fundo de comércio, tal como calculado, não pode ser incluído entre os haveres do sócio retirante, ora liquidante.

(...)

O recurso da ré, liquidada que busca a redução do valor da liquidação fica prejudicado com o acolhimento parcial do recurso do autor liquidante, aumentando o valor dos haveres a serem a ele pagos pela sua saída da sociedade.

(...)

Deixa-se anotado que o assistente da ré ofertou avaliação para data diversa (abril de 1990), em lugar de avaliar para a mesma data do perito — outubro de 1989, tornando difícil a comparação, a não ser em termos de quantidades de BTNs. Pela avaliação do perito, os imóveis valeriam ao todo 9.109.706 BTNs (fl. 1150), e segundo o assistente da ré, 6.908.295 BTNs (fl. 1174) ou a 5.419.799 BTNs (fl. 676) e segundo o assistente do liquidante, 15.010.025 BTNF. A avaliação do perito se situou no termo médio. Não se convencendo de erro do perito, a manutenção do seu laudo retificado parece ser a solução mais equânime.»

Embargos de declaração do liquidado julgados, sem qualquer alteração do acórdão (vol. 9, fl. 1214).

De volta os autos ao Juízo de origem, os primeiros cálculos (fl. 1242) foram impugnados por ambas as partes e as impugnações motivaram a seguinte decisão — vol. 9, fl.1249:

«1. Fls. 1243/1245 — Ao Contador, para que os cálculos sejam refeitos com vistas à inclusão das verbas de sucumbência e juros moratórios, a partir da citação. É evidente que os IPCs expurgados também hão de ser considerados. Neste ponto deve o Contador esclarecer se os índices de atualização que aplicou já incluem os referidos IPCs.

2. As considerações supra implicam em rejeição da impugnação de fl. 1247. O V. Acórdão menciona que o valor do quinhão corresponde a NCz$ 13.562.963,08 **ou** mais ou menos 3.700,974 BTNs em outubro de 1989. Ocorre que o BTN, por si só não observou os expurgos à inflação ocorridos a partir de outubro, ou melhor, de março de 1990. Como devem ser considerados, é evidente que o cálculo deve partir do valor em «cruzados novos» e não em BTNs, exposto ali como mera referência para que o agravo retido seja, digo, fosse considerado renunciado. (Fl. 1201)

3. Não há necessidade de intimação das partes no tocante a este despacho, agora. Quando o cálculo for publicado as partes terão acesso a ele, mesmo porque eventuais recursos devem dirigir-se contra a decisão que homologou os cálculos e não contra um despacho meramente ordinatório como este.»

Novos cálculos (fl. 1251) totalizaram R$4.648.829,45, para 5-9-94. Com ele se pôs de acordo o liquidante (fl. 1253). Mas a liquidada opôs-lhe acerba impugnação, na qual conclui — fl. 1258:

«É necessário que se dê um **basta** neste cálculo que fere a coisa julgada, favorecendo o enriquecimento sem causa.

A contadoria judicial de São Paulo vem se utilizando de tabela, com índices supervalorizados pelo IPC, em duplicidade de correção ante a diferença de coleta dos preços!

O Sr. Recúpero explicou como funciona...

É muito bonito se falar em reposição de inflação expurgada. Mas onde está o critério para esta reposição?

Assim, para que não se ofenda a coisa julgada, basta que o Sr. Contador parta do número de BTNs que foi fixado na decisão e multiplique pelo valor nominal da BTNs/TRs, convertendo-se, ao depois, no padrão monetário atual, da seguinte forma:

3.700,975 X 1.530,9132 -:- 2.750 = R$2.060.316,35
BTNs BTN/TR URV
V.acórdão junho/94 conversão

Esse o cálculo correto conforme o julgado — **sem os juros.**

Realmente não cabe a inclusão de juros desde a citação.

Ora à época da citação não existia qualquer arbitramento de haveres de sócios — ou seja — **não existia valor fixado ou mora de pagamento.**

A inclusão de juros só é possível desde o arbitramento — pelo juízo — dos haveres do sócio, ou, na melhor das hipóteses, após o trânsito em julgado da decisão que decretou a dissolução parcial».

Não obstante, o juiz homologou o cálculo, nestes termos — fl. 1272:

«1. Recebo o agravo retido de fls. 1270/1271, embora reitere meu entendimento quanto à sua inocuidade. Anote-se o recurso.

2. Não impressiona o tom irônico da impugnação de fls. 1254/1269. Pretende ela fazer afronta à coisa julgada (que reporta-se a valor expresso em moeda corrente), a partir de parâmetros estranhos aos débitos judiciais, como moeda estrangeira e ouro. Além disso busca reabrir discussão já superada, concernente aos laudos periciais. Olvida-se que o valor apurado para o quinhão do sócio retirante refere-se a data certa e não se vincula a valores imobiliários sujeitos a variações de mercado. Afinal, não pode a devedora beneficiar-se destes fatores para a definição de valores que poderia ter pago antes.

No mais, sua tese quanto à inaplicabilidade dos IPCs encontra-se superada até mesmo no E. Superior Tribunal de Justiça, de onde extraiu ementa.

Os juros são devidos desde a citação, para fazer frente à resistência à pretensão que acabou superada pelo julgado. Bem por isso a previsão legal é expressa neste sentido.

3. Assim sendo, rejeitada a impugnação de fls. 1254/1269, homologo por sentença para que produza seus efeitos de direito, a conta de liquidação de fls. 1251/1252, elaborada nestes autos da ação de dissolução de sociedade movida por Salomão Gorenzraig em face de Indiana Participações e Representações Ltda. e outros, pelo valor de R$ 6.508.325,41 em 5-9-94. Oportunamente, requeira o credor o que entender cabível.»

Embargos de declaração rejeitados — v. 10/fl. 1291, nos termos seguintes:

«Recebo os embargos de declaração de fls. 1274/1290 e a eles nego provimento. A decisão embargada analisou a impugnação apresentada, analisando e definindo a correção dos cálculos. Certamente não cabe reiterar numericamente os valores envolvidos. Basta constatar a regularidade das contas, com negação expressa dos argumentos da impugnação.

De resto, engana-se a devedora quanto à remuneração das contas judiciais, já que determino a inclusão dos

IPCs em casos cabíveis; aponta jurisprudência já superada no próprio E. STJ; não convence da errônea referente à base de cálculo.

Nada a declarar, portanto.»

Donde a apelação, que insiste — v. 10/fl. 1298:

«Assim, para que não se ofenda a coisa julgada, bastaria que o Sr. Contador partisse do número de BTNs que foi fixado na decisão e multiplique pelo valor nominal da BTNs/TRs, convertendo-se, ao depois, no padrão monetário atual, da seguinte forma:

3.700,975	X 1.530,9132	-:- 2.750	= R$2.060.316,35
BTNs	BTN/TR	URV	
V. acórdão	junho/94		conversão

Esse o cálculo correto conforme o julgado — **sem os juros.**

Realmente não cabe a inclusão de juros desde a citação.

Ora à época da citação não existia qualquer arbitramento de haveres de sócios — ou seja — **não existia valor fixado ou mora de pagamento.**»

No Tribunal de Justiça, despachou o relator Des. Paulo Shintate — fl. 1335:

«Ao contador do Tribunal para conferir a conta de fl. 1251, explicitando os índices aplicados e esclarecer qual a moeda pela qual se expressou o valor liquidado.

Prazo 15 dias.»

Donde os cálculos da Contadoria do Tribunal (fls. 1337ss), que resultaram, com relação à verba principal, também para setembro de 1994, em R$ 4.746.804,00.

Explicaram os contadores — fl. 1348:

«Em cumprimento ao r. despacho de fl. 1335, procedemos, às fls. 1340/1345, à conferência do cálculo de fl. 1251, esclarecendo que a moeda pela qual se expressou o valor liquidado é o **Real** (R$), e que os índices utilizados na atualização monetária foram os seguintes:

I — **Valor Principal**

a) De outubro/89 a janeiro/91 pela variação do IPC/IBGE, inclusive o percentual de 37,62%, referente a outubro/89;

b) De fevereiro/91 a junho/94, pela TR acumulada nesse período, com a conversão em 1°-8-93 para Cruzeiro Real, pela divisão por mil; e

c) De julho/94, após a conversão para Real (divisão por CR$ 2.750,00), até 5-9-94 (data da conta impugnada de fl. 1251), pelo IPC-r de julho e agosto/94.»

E ao final — fl. 1350:

«Elaboramos, assim, a título de subsídio, o cálculo de fls. 1346/1347, utilizando os índices constantes da tabela prática de atualização de débitos judiciais, elaborada de acordo com a Jurisprudência predominante do Tribunal de Justiça, publicada mensalmente no DOE — Poder Judiciário — Seção X, segundo a qual aplica-se para o período de janeiro/89 a janeiro/91, o IPC do IBGE, de fevereiro/91 a junho/94, a TR, e de julho/94 em diante, o IPC-r, índices estes aplicados no cálculo de fl. 1251.»

O acórdão julgou esta segunda apelação nos seguintes termos — fl. 1387:

«Conhece-se da apelação. Embora já haja nos autos uma liquidação por arbitramento julgada, ela não incluía, essa liquidação, as verbas da sucumbência, pelo que a nova liquidação englobando todas as verbas executáveis objetivou a integração da sentença para fins de execução. Assim sendo, a liquidação com-

plementar ainda é liquidação de sentença, e a decisão é atacável por via de apelação. Assim sendo, embora o recurso não tenha sido interposto no prazo do agravo, porque o foi no de apelação, dele se conhece como apelação.

Dá-se provimento parcial ao recurso para declarar liquidada a sentença pelo valor atualizado até 20 de setembro de 1994, de R$4.755.585,04, nos termos do cálculo do contador do Tribunal de fl. 1347 e esclarecimentos de fl. 1350, que fica homologado.

O valor de NCz$13.562.963,08 devido pelo apelante ao apelado foi fixado para outubro de 1989 (fl. 1201). Esse valor foi atualizado pelos índices adotados pela jurisprudência deste Tribunal até setembro de 1994 e a inclusão de juros de mora desde a citação.

A correção monetária adotou índices aceitos pela jurisprudência deste Tribunal. A Lei nº 6.899/81 não foi ofendida porque essa lei limita-se a mandar corrigir a condenação judicial. E o termo inicial da correção adotado na conta é a data-base do laudo adotado para a fixação do valor devido, posterior ao ajuizamento da demanda.

O art. 15, II, da Lei nº 7.730 de janeiro de 1989 não tem aplicação ao caso concreto porque a correção monetária só foi calculada a partir de outubro de 1989, pelo que nenhuma influência teve quanto à aplicação da OTN. Ademais, a dívida não foi arbitrada em OTN's, mas em cruzeiros para outubro de 1989 na decisão que julgou a liquidação de sentença por arbitramento.

Por outro lado, não corresponde à realidade a afirmação da apelante de que há coisa julgada mandando atualizar o débito pela TR.

A correção foi feita a partir da extinção da OTN pelo IPC na vigência do BTN, e extinto o BTN, pela Taxa Referencial na forma da jurisprudência predominante.

Na forma da lei a correção monetária é devida. Ela deve corresponder à efetiva perda do poder aquisitivo, ou seja, à inflação medida por índice idôneo, não sendo equânime utilizar-se de índice artificialmente estabelecido para fins de combate à inflação.

Ainda que não houvesse índice confiável a correção monetária seria devida e o índice seria apurado mediante perícia, embora trabalhosa.

Havendo índice confiável como o IPC, ele foi adotado, assim como a TR, que embora seja mera expectativa de inflação no mês em curso, no seguinte já será índice de inflação efetivamente ocorrida.

Os juros de mora, embora não deferidos expressamente na sentença liquidanda, são devidos e incluíveis na conta a partir da citação, na forma da Súmula 254 do Excelso Pretório. O termo inicial está determinado na lei processual, artigo 219 e no art. 1.536, § 2º do Código Civil.

A matéria referente ao valor que seria devido ao apelado pela sua saída da sociedade está preclusa por objeto de liquidação por arbitramento.

No que se refere ao alegado erro do contador adotando índice de setembro de 1989 e não o de outubro de 1989, procede como bem demonstrado pelo contador do Tribunal (fl. 1.349). Feita a correção dos cálculos com a aplicação do índice correto, o contador do Tribunal encontrou o valor devido a 20 de setembro de 1994, de R$4.755.585,04,

pelo que fica provido parcialmente o recurso para se declarar liquidada a sentença pelo valor referido pelo qual o credor poderá promover a execução.»

Houve embargos de declaração, no julgamento dos quais à fundamentação do acórdão se aditou — v. 11/fl. 1402:

«A correção monetária paga pelas instituições financeiras depositárias obedecem a regulamentação própria e nem sempre corrigem os valores depositados de conformidade com os índices de correção monetária considerados razoáveis pelo Judiciário e por isso não podem servir de parâmetro para a correção monetária das condenações judiciais.

A legislação mandava que o BTN fosse corrigido pelo IPC. Como essa norma não foi atendida a jurisprudência passou a determinar que a correção monetária fosse calculada no período de vigência do BTN pelo IPC.»

O RE pretende ofendidos, no art. 5° CF, os incisos LIV, LV e XXXV — do que decorreria a nulidade do julgamento da apelação — e, no mérito, o princípio da isonomia, art. 5°, **caput**, e a coisa julgada, art. 5°, XXXVI.

A ofensa às garantias de acesso à jurisdição, do devido processo legal e da ampla defesa se alicerçam na afirmativa de supressão do primeiro grau de jurisdição, assim sintetizada no próprio recurso — fl. 1409:

«O julgamento que deu origem ao v. Acórdão atacado, foi eivado de inconstitucionalidade (nulidade) insanável, uma vez que suprimiu um grau de jurisdição.

Determinou o Ilustre Relator do acórdão atacado fosse diligenciado a contadoria forense (de segundo grau) para verificação dos cálculos elaborados em primeiro grau.

Ocorre que não existiu a simples conferência e sim a elaboração de nova liquidação, em segundo grau de jurisdição, sobre a qual foi proferida a decisão colegiada.

Evidente que foi suprimido um grau de jurisdição. Com a conferência do cálculo — *data venia* — deveria o recurso receber provimento integral, determinado fosse novo cálculo elaborado em primeiro grau, devendo naquela instância receber regular decisão.

Isto não aconteceu. A decisão — na verdade — acolhe pedido inexistente do apelo (de nova liquidação em segundo grau), abolindo um grau de jurisdição.»

Após transcrever parecer da Procuradoria-Geral da República, no mesmo sentido, o em. Relator, para não conhecer no ponto do RE, acentua:

«De outra parte, no que concerne às alegações de ofensa aos incisos XXXV e LV do art. 5° da Constituição, delas não cuidou o acórdão, não havendo a Corte **a quo**, de outra parte, sido instada a fazê-lo, na via dos embargos declaratórios. Na verdade, ao recorrer o Relator da decisão atacada aos serviços de Contador do Tribunal, para dilucidação da conta homologada pela sentença recorrida — em razão da qual, aliás, foi feita pequena retificação no cálculo, que beneficiou os recorrentes —, não incidiu o acórdão em supressão de instância, nem contrariou os referidos dispositivos. Incidem, pois, as Súmulas 282 e 356.»

Estou de acordo.

Afora a evidência de que se esses temas constitucionais não foram prequestionados — por mais liberal que se pretenda ser no conceito de prequestionamento —, o certo é que não existe a suposta violação desses princípios.

É certo que os memoriais da recorrente aludem à jurisprudência que dispensava o prequestionamento para as nulidades surgidas no próprio acórdão recorrido.

Essa é a minha opinião pessoal. No entanto, tenho sido vencido na Turma, nos últimos tempos, a partir, se não me engano, do RE 252.352-7, de 17-8-99, relator o em. Ministro Ilmar Galvão.

A discussão é sem relevo no caso, porque houve Embargos de Declaração — nos quais, entretanto, a nulidade do acórdão não foi aventada, limitando-se a embargante, ora recorrente, a insistir na questão dos índices e na violação da isonomia — (fl. 1395).

O que restou, pois, a propósito da pretensa supressão de instância foi o consignado no julgamento da apelação — fl. 1390:

> «Como já há conta homologada e a ação é de liquidação de sentença, o Tribunal ao reapreciar a matéria, pode, desde logo, havendo elementos nos autos, julgar em segundo grau essa ação de liquidação de sentença, declarando o valor pelo qual a sentença fica liquidada para que o credor possa promover a execução, independente de elaboração de nova conta em primeiro grau.
>
> À vista do exposto, não se conhece do agravo retido, e, *conhecendo* do recurso, dá-se-lhe parcial provimento para o fim retromencionado.»

Vê-se pois que tudo se resumiu numa questão típica de direito processual ordinário, relativa à amplitude do efeito devolutivo da apelação.

O Tribunal não tem admitido, em tais hipóteses, o RE sobre invocação dos grandes princípios do processo, consagrados pela Constituição. Tem sido solitário, no examinar qualquer questão de processo trazida sob a égide do princípio do **due process of law**, o em. Ministro Marco Aurélio.

Não me ponho na corrente mais rigorosa.

Quando a interpretação ou aplicação do Direito Processual ordinário são de tal modo chapadamente erradas, que esvaziam as garantias constitucionais do processo, creio que o STF não se pode demitir de examiná-las.

Obviamente, não é o que ocorre no caso. Além de rigorosamente adstrito à interpretação da lei ordinária, o acórdão no ponto é mais que razoável.

Cuidando-se de discutir sobre índices legais de correção monetária, poderia o juízo da apelação, ele próprio — se a tanto ousasse chegar, é verdade —, corrigir a sentença e o cálculo por ela homologado: nada impedia, portanto, que se valesse do contador do Tribunal, para trazer-lhe os subsídios necessários à correção.

Sobre a questão de mérito, é de logo sem maior consistência, **data venia**, a invocação da isonomia.

Pretende-se que a ofensa à isonomia estaria em que, o acórdão aplicou, sobre valor liquidado por arbitramento, índices de correção monetária superiores àqueles que incidem nos depósitos judiciais à ordem do próprio Tribunal de Justiça.

Respondeu o Tribunal nos embargos de declaração — fl. 1402:

> «A correção monetária paga pelas instituições financeiras depositárias obedecem a regulamentação própria e

nem sempre corrigem os valores depositados de conformidade com os índices de correção monetária considerados razoáveis pelo Judiciário e por isso não podem servir de parâmetro para a correção monetária das condenações judiciais.»

Se a assertiva do Tribunal é correta, os depositantes, em tais depósitos judiciais na conta dos Tribunais, é que, quiçá, poderiam invocar o princípio da isonomia para que se lhes aplicassem, a tais depósitos, os índices de correção que, diz o acórdão, o Tribunal ou o Judiciário entende razoáveis. E não, vice-versa, pretender-se que os índices a menor aplicados nos depósitos judiciais sejam aplicados, contra a convicção do Tribunal, na correção monetária do débito pela sentença.

Resta, então, o tema central da coisa julgada.

A propósito, fui chamado à colação por acórdãos em que tenho oposto reparos — desenvolvidos recentemente no RE 254.498 — à afirmação peremptória, apodítica, incondicional, do não-cabimento do RE para aferir dos limites objetivos da coisa julgada. Tenho ponderado que — aceito estar a coisa julgada processual compreendida na proteção do art. 5°, XXXVI — será impossível verificar ainda o que tenho chamado do desrespeito conspícuo à norma individual estabelecida na sentença, se não se puder aferir dos seus âmbitos objetivos e subjetivos de eficácia. Minha posição segue, aí, posta em termos prudenciais, conforme a ementa que lavrei no primeiro dos casos que enfrentei o problema, RE 117.991, 4-9-90, RTJ 133/439, na qual consignei:

«RE: Matéria constitucional: coisa julgada.

Ainda que a dimensão constitucional da garantia da coisa julgada não se reduza a protegê-la contra a incidência da lei posterior, não basta, ao cabimento do RE, a alegação de infidelidade **in concreto** de decisão proferida em processo executório ao julgado exeqüendo: só quando partir a decisão recorrida de erro conspícuo quanto ao conteúdo e à autoridade, em tese, da coisa julgada é que se terá questão constitucional a resolver em recurso extraordinário; não, porém, quando, no curso do processo executório, a decisão questionada se houver limitado à interpretação da decisão exeqüenda, com o fim de delimitar-lhe o alcance específico.»

Mas, provocado por essas decisões, dei-me ao trabalho efetivamente exaustivo, de compulsar uma dezena e meia de volumes, destes autos, em honra até ao talento do casal de patronos da recorrente.

Mas, ao fim, pareceu-me claro que o caso presente não é sequer de controvérsia sobre interpretação do julgado exeqüendo. É, sim, de aferir do acerto com o qual, na liquidação por cálculo, se resolveram questões não decididas na liquidação por arbitramento.

O acórdão, recorde-se, para outubro/89 (e parou aí), arbitrou o valor principal, vale dizer, os haveres do sócio retirante, em NCr$ 13.562.963,00, «mais ou menos equivalente», diz o acórdão, a 3.700.974 BTNs.

Nada determinou quanto à correção para frente desse valor arbitrado.

De qualquer sorte, o cálculo da BTN, conforme o IPC, enquanto em vigor o próprio BTN, foi observado segundo esclarecimentos da perícia. A partir daí se aplicou a TR, até chegar-se à conversão em URVs e em Real.

Desse carnaval de índices, eu diria mais, desse inferno de índices, não se ocupou a

sentença, nem se ocupou o acórdão que procedeu à liquidação por arbitramento.

Se corretamente ou não, deles decidiu o acórdão recorrido, é questão que ultrapassa, portanto, as forças da coisa julgada. E a revisão de seu acerto, felizmente, é matéria que temos entendido ser de alçada infraconstitucional, eventualmente susceptível de recurso especial, *mas não* de recurso extraordinário.

O mesmo concluí quanto aos juros. Com relação a eles, a sentença de liquidação por arbitramento simplesmente não disse uma só palavra. E *nem tinha* que dizer. Cuidava-se, é bom recordar, apenas da apuração de haveres do sócio retirante. E naquela fase, a isso se limitou o acórdão de liquidação, o que entretanto não excluía a incidência de juros, conforme a Súmula 254 do STF.

Invocam-se, nos memoriais, decisões do STF, firmando a inaplicabilidade da Súmula 254, se já transitada em julgado a sentença homologatória dos cálculos (RE 111.728, 13-2-97, Min. Célio Borja, RTJ 121/359 e RE 101.672, 12-6-84, Min. Francisco Rezek).

Ora, o presente RE é interposto de acórdão que refez a homologação dos cálculos, neles já incluídos os juros. Logo, nenhuma aplicação têm tais decisões que, repita-se, só excluem a Súmula 254, quando já transitada em julgado a homologação dos cálculos.

O que me parece é que, para buscar adequar o caso a esses precedentes, se pretende retrotrair o momento da coisa julgada à sentença de liquidação por arbitramento.

Mas, no acórdão que liquidou a apuração de haveres, não se cuidou dos juros. E igualmente não se cuidou do termo inicial da sua incidência.

Se houve erro, na contagem a partir da citação, é coisa que não diz com a coisa julgada, mas apenas com os critérios legais ordinários de incidência dos juros de mora, matéria claramente irrevisível no RE.

Tenho assim, depois do imenso trabalho que me deu a revisão de todo este embrulho...

(Aparte Min. Moreira)

Nada disso foi prequestionado?

A coisa julgada, eu *tenho* por prequestionada. Embora não se tenha mencionado expressamente o art. 5º, XXXVI, efetivamente, sempre se insistiu em que à observância da coisa julgada corresponderia aplicar, sobre o valor aproximado de BTNs fixado, TRs, até a URV, sem a incidência do IPC; acontece que, ao meu ver, o acórdão parou na fixação em outubro de 89, de um valor em Cruzados Novos, que traduziu em BTNs. Nada determinou quanto à correção posterior daquele valor dos haveres apurados.

Tenho assim, Senhor Presidente, em síntese, por irretocável, o voto do Senhor Min. Galvão, na sua parte nuclear. Disse S. Exa:

> «No recurso extraordinário (fls. 1405/16), manifestam os recorrentes seu inconformismo, como relatado, com a correção monetária calculada pelos índices aplicados, com os juros computados **desde a citação e com a subtração da conta de liquidação realizada** no Tribunal ao duplo grau de jurisdição.
>
> Nos dois primeiros casos, por ofensivo, o acórdão recorrido, aos princípios da isonomia e da coisa julgada, posto haver acolhido cálculo em que foram aplicados índices de correção monetária que não são utilizados para atualização dos depósitos judiciais; por não haver considerado os haveres como de-

terminado na sentença, seja, tendo como referencial a quantidade de BTNs apurada; e por ter determinado o cômputo dos juros desde a citação. E, no último caso, em face de ter havido nova liquidação no Tribunal.

Não havendo nos autos, até o momento da prolação do acórdão recorrido, decisão pela qual houvessem sido definidos os índices a serem aplicados na atualização monetária dos haveres do sócio retirante — como tal não podendo ser considerada a referência, contida no acórdão que julgou a liquidação por arbitramento, ao número de BTNs correspondentes, em outubro/89 (fl. 1201) —, nem o termo inicial da incidência de juros de mora, é fora de dúvida que, a esse respeito, não há que se falar em coisa julgada, circunscrevendo-se a alegação dos recorrentes, nesse ponto, a questões de natureza infraconstitucional (índices aplicáveis e termo inicial de prazo), que não ensejam pronunciamento do STF no âmbito de recurso extraordinário. O inconformismo, quanto aos juros, reitere-se, reside tão-somente, como acima registrado, no que respeita ao respectivo **terminus a quo**, como explicitado na impugnação ao cálculo (fls. 1254/69).»

(...)

Registre-se, por fim, não se haverem insurgido os recorrentes, em nenhum momento, contra o fato de a liquidação ter-se processado em duas etapas: uma primeira, por arbitramento, tendo por objeto a apuração dos haveres do sócio retirante na empresa: e outra, por cálculo, para as demais verbas condenatórias, cuja apuração dispensava o concurso de peritos.»

Depois de estafante trabalho, a minha única diferença é que, ao contrário do em. Relator, eu não consegui ser sintético. Mas concluo, como S. Exa., por não conhecer do recurso extraordinário.

VOTO

O Sr. Ministro Sydney Sanches: Sr. Presidente, penso que a questão foi discutida, no Tribunal de origem, em nível infraconstitucional, tanto que o eminente Ministro-Relator teve de examinar se estava certa ou errada a decisão a respeito dela, segundo a legislação processual.

E é pacífica a jurisprudência desta Corte, no sentido de não admitir, em RE, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação ou aplicação e mesmo inobservância de normas infraconstitucionais.

Na verdade, a questão relativa à coisa julgada só alcança nível constitucional, quando focalizada em face do direito intertemporal, o que, na hipótese, não ocorreu.

Acompanho, pois, o eminente Relator.

EXTRATO DA ATA

RE 242.565 — SP — Rel.: Min. Ilmar Galvão. Rectes.: Indiana Participações e Representações Ltda. e outros (Advs.: Marco Antonio Fanucchi e outros). Recdo.: Salomão Gorenzvaig (Advs.: Jayme Queiroz Lopes Filho e outros e José Saraiva e outro).

Decisão: Após o voto do Ministro Ilmar Galvão, Relator, não conhecendo do recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Ministro Sepúlveda Pertence. Falou pelos recorrentes o Dr. Ronaldo Rebello de Brito Poletti e pelo recorrido o Dr. José Saraiva. 1ª Turma, 9-11-99.

Decisão: A Turma não conheceu do recurso extraordinário. Unânime.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 28 de março de 2000 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 248.825 — SE
(Primeira Turma)

Relator: O Sr. Ministro Moreira Alves

Recorrente: União Federal — Recorrido: Nabucodonosor Matos Freire de Carvalho

Anistia.

— Esta Corte, por ambas as suas Turmas e pelo seu Plenário, já firmou o entendimento de que a anistia concedida pelo artigo 4º, e seus parágrafos, da Emenda Constitucional nº 26/85, só se aplica aos militares punidos por ato de exceção, institucionais ou complementares, e não aos expulsos, disciplinarmente, com base na legislação comum (assim, a título de exemplo, nos RREE 116.310, 116.386, 117.058 e 123.511 da Primeira Turma, e nos RREE 144.869, 116.028 e 116.589 da Segunda Turma), bem como assentou a orientação de que *«a teor do disposto no artigo 8º do ADCT-CF/88 somente aos militares punidos com base em ato institucional ou complementar são asseguradas as promoções na inatividade, e não àqueles afastados com base em dispositivo da legislação comum»* (RE 123.337, Pleno, com citação de precedentes).

— Desses entendimentos dissentiu o acórdão recorrido.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 16 de maio de 2000 — **Moreira Alves,** Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): É este o teor do acórdão que julgou a apelação:

«O Juiz Petrucio Ferreira (Relator):

Trata a hipótese, de reintegração para a Reserva Remunerada de servidor militar e suas conseqüentes promoções, em face da anistia constitucionalmente prevista no art. 8º do ADCT.

É de se reconhecer como de motivação política o licenciamento do autor da presente ação com base no Ato 424/64 do período do regime militar. A «transgressão disciplinar» argüida pela União reveste-se de mero véu que encobre os atos de exceção do período de perseguição por razões ideológicas. Registre-se que o mesmo participou da «Assembléia dos Marinheiros» no Sindicato

dos Metalúrgicos do Rio de Janeiro, movimento político ocorrido nos dias 25, 26 e 27 de março de 1964.

Reconhecendo-se o licenciamento dos ex-Praças do Corpo de Pessoal Subalterno de Armada da Marinha como punição de cunho político, impõe-se a Anistia nos termos do art. 8° do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para anulá-lo e condenar a União a incluí-lo na Reserva Remunerada da Marinha do Brasil asseguradas as promoções a que teria direito se estivesse em serviço ativo.

Pertinente a jurisprudência transcrita:

«**Administrativo. Militar. Anistia. Atos políticos. Reunião do Sindicato dos Metalúrgicos.** A teor da orientação consagrada nesta Corte, a reunião realizada no Sindicato dos Metalúrgicos, em março de 1964, teve natureza política. Sendo assim, aos militares que dela participaram deve ser reconhecido o direito à anistia. Mandado de Segurança parcialmente deferido.» (MS 138.316-DF. Rel. Min. William Patterson. TFR, Pleno, DJ 31-10-88. p. 28116).

«**Ementa**: Administrativo. Anistia Militar. Motivação Política. Ainda que expulso com base na lei ordinária, faz **jus** à anistia prevista na Lei 6.683/79 o militar, quando evidenciada a motivação política do ato. Apelo e remessa improvidos.» AC 6.835. Rel. Juiz Lázaro Guimarães. J. 28-8-90.

«MS n° 240-DF (89.0011724-6). Rel. Originário: o Sr. Ministro José de Jesus. Rel. p/acórdão: o Sr. Ministro Garcia Vieira. Impte.: Hélio Gonçalves. Impdo.: Ministro de Estado do Exército. Advs.: Dr. Hélio Gonçalves e outro. **Ementa**: Militar — Anistia — Promoções. O dispositivo constitucional assegura ao militar as promoções na inatividade ao posto ou graduação a que teria direito se na ativa estivesse, em verdadeira ficção jurídica. Segurança concedida com efeitos financeiros a partir da promulgação da nova Constituição Federal.»

No tocante à prescrição qüinqüenal progressiva, esta é de ser reconhecida. O direito aos efeitos financeiros da anistia contam a partir da promulgação da Constituição Federal, em 5-10-88, nos termos do § 1° do art. 8° do ADCT. No entanto, ajuizada a ação em 2-8-94, restam prescritas as parcelas anteriores ao qüinqüênio do ajuizamento.

Por tais razões, dou parcial provimento à remessa oficial e à apelação, para reconhecer a prescrição qüinqüenal progressiva, mantendo a decisão quanto aos demais termos.

É o meu voto.» (fls. 150/152).

Interpostos recursos especial e extraordinário, não foram ambos admitidos, sendo este pelo seguinte despacho:

«A União Federal recorre extraordinariamente com fulcro no art. 102, III, **a** da Constituição Federal, irresignada com o acórdão prolatado pela Segunda Turma deste Regional que reconheceu o direito à anistia a militar expulso das Forças Armadas por motivação política. Determinou, outrossim, a inclusão do mesmo na Reserva Remunerada, asseguradas as promoções a que teria direito se estivesse em serviço.

Argumenta a recorrente que não restou provado nos autos que a motivação do ato de expulsão tenha sido de natu-

reza política, a fim de assegurar ao recorrido direito à anistia. Ao contrário, alega, tratou-se de punição estritamente administrativa, em razão de indisciplina militar. Alega que foram violados a Lei nº 6.683/79, a Emenda Constitucional nº 26/85, art. 4º, § 3º e o art. 8º do ADCT.

Contra-razões apresentadas.

Passo à admissibilidade.

A recorrente pretende discutir a natureza do ato de expulsão, sugerindo que o mesmo revestiu-se de cunho meramente administrativo. Examinar a natureza do ato conduziria este juízo a apreciar as provas carreadas aos autos, inadmissível em sede de recurso extraordinário conforme a Súmula 269.

Com estas considerações, **inadmito** o recurso.

Publique-se. Intimem-se.» (fl. 200)

O recurso extraordinário, porém, subiu a esta Corte em virtude do provimento de agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator):

1. No caso, é fato certo que a expulsão da praça se deu com base em legislação disciplinar comum.

Ora, esta Corte, por ambas as suas Turmas e pelo seu Plenário, já firmou o entendimento de que a anistia concedida pelo artigo 4º, e seus parágrafos, da Emenda Constitucional nº 26/85, só se aplica aos militares punidos por ato de exceção, institucionais ou complementares, e não aos expulsos, disciplinarmente, com base na legislação comum (assim, a título de exemplo, nos RREE 116.310, 116.386, 117.058 e 123.511 da Primeira Turma, e nos RREE 144.869, 116.028 e 116.589 da Segunda Turma), bem como assentou a orientação de que «a teor do disposto no artigo 8º do ADCT-CF/88 somente aos militares punidos com base em ato institucional ou complementar são asseguradas as promoções na inatividade, e não àqueles afastados com base em dispositivo da legislação comum» (RE 123.337, Pleno, com citação de precedentes).

Desses entendimentos dissentiu o acórdão recorrido.

2. Em face do exposto, conheço do presente recurso e lhe dou provimento, para julgar improcedente a ação, condenando o recorrido nas custas e em honorários de advogado que fixo em 5% do valor atribuído à causa.

EXTRATO DA ATA

RE 248.825 — SE — Rel.: Min. Moreira Alves. Recte.: União Federal (Adv.: Advogado-Geral da União). Recdo.: Nabucodonosor Matos Freire de Carvalho (Adv.: Lourenço Senna).

Decisão: A Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão. Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Frauzino Pereira.

Brasília, 16 de maio de 2000 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 250.488 — RJ
(Segunda Turma)

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS — Recorrido: Edgard Barreto de Souza

Inconstitucionalidade — Crivo do Plenário. **Uma vez consignado pela Turma que o tema alusivo à inconstitucionalidade de certo ato normativo passou pelo crivo do Plenário, vindo à balha, inclusive, Verbete de Súmula, descabe cogitar de maltrato ao artigo 97 da Constituição Federal.**

Benefício previdenciário — Desequilíbrio da equação inicial — Atualização — Salário mínimo. **A adoção do salário mínimo como fator de atualização de benefício previdenciário mostrou-se limitada no tempo — artigo 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Com a vigência dos novos planos de custeio e benefícios, possível perda do poder aquisitivo do que satisfeito há de ser afastada mediante adoção de índice consentâneo com a inflação do período. Sobrepõe-se à forma a realidade, evitando-se o retorno à fase definitivamente sepultada — de desvalorização paulatina do benefício.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 16 de dezembro de 1999 — **Néri da Silveira,** Presidente — **Marco Aurélio,** Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Tribunal Regional Federal da 2ª Região acolheu pedido formulado em apelação, sufragando tese que assim restou sintetizada:

Previdenciário — Revisão de Benefício — Critério — Súmula 17/TRF — 2ª Região.

1. No reajuste dos benefícios de prestação continuada, mantidos pela Previdência Social, aplica-se o critério da Súmula nº 260 (salário mínimo) do extinto Tribunal Federal de Recursos até o sétimo mês após a vigência da Constituição Federal de 1988 e, a partir de então, os critérios de revisão estabelecidos nos arts. 58 do ADCT e 201, parágrafo 2º, da mesma Carta Magna (Súmula nº 17 do TRF-2ª Região).

2. Correção monetária nos termos da Lei nº 6.899/81, incidindo sobre todas as parcelas devidas, ressalvada a compensação de valores já pagos.

3. Juros de 6% ao ano a contar da citação.

4. Não cabe o reembolso de custas que não foram antecipadas pelo autor.

5. Apelação provida. Invertidos os ônus da sucumbência, incidindo os ho-

norários de advogado sobre o valor da condenação (folha 46).

Nos embargos declaratórios de folhas 47 a 51, o Instituto Nacional do Seguro Social suscitou ofensa ao artigo 97 da Carta da República.

Os embargos foram rejeitados a uma só voz, pelos fundamentos assim resumidos:

Embargos de declaração — Previdenciário — Revisão de benefício — Súmula 17 desta Corte — Alegação de violação ao art. 97 da Constituição Federal.

1. Ausência de infringência ao disposto no artigo 97 da Constituição Federal.

2. Inexistência de omissão no julgado.

3. Embargos rejeitados (folha 61).

No extraordinário de folhas 64 a 79, interposto com alegada base nas alíneas **a** e **b** do permissivo constitucional, o Instituto Nacional do Seguro Social articula com o malferimento dos artigos 7°, inciso IV, 97, 201, § 2°, do corpo permanente da Carta, bem como do artigo 58 das Disposições Constitucionais Transitórias. Aduz que o artigo 97 da Lei Maior foi desrespeitado, na medida em que a questão da inconstitucionalidade não foi submetida ao Plenário do Tribunal. Sustenta que «a lei não prevê como critério do reajustamento dos benefícios previdenciários a indexação no salário mínimo» (folha 70). Assevera que se «as leis posteriores tivessem estabelecido, sucessivamente, como critério de reajustamento dos benefícios previdenciários o da expressa vinculação a múltiplos de salários mínimos, aí sim **elas seriam inconstitucionais**, pois a própria Constituição veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, salvo no caso das exceções por ela mesma estabelecidas» (folha 78).

A Recorrida não apresentou contra-razões (certidão de folha 84).

O procedimento atinente ao juízo primeiro de admissibilidade está à folha 85.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Na interposição deste recurso foram observados os pressupostos gerais de recorribilidade. A peça, subscrita por procuradora autárquica (folha 64), restou protocolada no prazo legal.

Sob o ângulo da violência ao artigo 97 da Constituição Federal, o Colegiado de origem, apreciando embargos declaratórios, deixou consignado que o tema relativo à inconstitucionalidade do artigo 41, inciso II, da Lei n° 8.213/91 passara pelo crivo do Plenário, resultando na edição do Verbete n° 17 da respectiva Súmula. Confira-se com o que consignado às folhas 57 e 58. Destarte, o órgão fracionado atuou a partir da dicção do Plenário, não se podendo cogitar, na espécie, de maltrato ao artigo 97 da Constituição Federal.

Quanto à matéria de fundo, a Corte de origem assentou que o INSS não vem respeitando a norma constitucional referente à manutenção do poder aquisitivo do benefício previdenciário inserta, em última análise, no § 2° do artigo 201 da Carta da República. A partir desse enfoque, consignou que o único meio plausível de se vir a atender ao ditame constitucional é considerar-se a oscilação do salário mínimo. Vê-se, assim, que o Colegiado desprezou a solução natural, no sentido de determinar a incidência dos índices correspondentes à inflação, optando pela automaticidade, fruto da fixação do próprio salário mínimo. Enfim, acabou-se por colocar em plano secundário a vigência transitória do artigo 58 em comento e a regra proibitiva da parte fi-

nal do inciso IV do artigo 7º do corpo permanente da Carta de 1988.

Iniludivelmente, com a Carta de 1988 visou-se, no campo previdenciário, a colocar ponto final em nefasto quadro. Com a passagem do tempo, os benefícios previdenciários perdiam, de forma substancial, o poder aquisitivo. Por isso mesmo, veio à balha o artigo 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no sentido de que «Os benefícios de prestação continuada, mantidos pela previdência social na data da promulgação da Constituição, terão seus valores revistos, a fim de que seja restabelecido o poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos, que tinham na data da sua concessão, obedecendo-se a esse critério de atualização até a implantação do plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte». Com o preceito objetivou-se cobrir o espaço de tempo até a vigência de nova legislação previdenciária a ser editada em harmonia com os princípios insculpidos no artigo 201 do corpo permanente da Constituição. Ora, constata-se que o § 2º do mencionado artigo é categórico ao assegurar o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, remetendo à lei, enquanto o § 3º dispõe sobre a atualização dos salários de contribuição computados no cálculo do benefício.

Evidentemente, a manutenção do poder aquisitivo dos benefícios previdenciários fez-se, em primeiro lugar e relativamente ao período que antecede a data da aquisição do direito, de acordo com a atualização dos salários de contribuição e, em segundo, relativamente ao tempo posterior, considerada a inflação, havendo, portanto, data-base própria. Em momento algum cuida a Constituição Federal de equivalência entre o quantitativo do benefício e o salário mínimo, mesmo porque, na hipótese de benefício concedido às vésperas da majoração do salário mínimo, ocorreria, se assim não fosse, um verdadeiro acréscimo ao valor real representado por aquele. Serve ao reforço desta tese o fato de o artigo 58 supra referido, norma iniludivelmente de transição, somente haver previsto a tomada de empréstimo do salário mínimo como fator de atualização de forma limitada no tempo, ou seja, até «a implantação do plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte». Em síntese: há balizas para aferição da defasagem e essas não coincidem, necessariamente, com o referente ao salário mínimo. Vale dizer: enquanto este último, tradicionalmente, tem como data-base 1º de maio, o benefício é norteado, nesse campo, ou seja, da manutenção do valor real, pela data em que concedido.

Por outro lado, a ordem jurídica não agasalha o enriquecimento sem causa. Ora, assentado pela Corte de origem que houve o desequilíbrio da equação inicial, isso diante da inflação e dos índices utilizados para afastar os efeitos dela decorrentes, tanto que se determinou, de forma irrestrita, a adoção da equivalência com base no salário mínimo, impõe-se a condenação do Instituto nas diferenças, definindo-se estas e o índice em liquidação de sentença, conforme assegurado pelo artigo 41, inciso II, da Lei nº 8.213/91, já que o fator de atualização adotado não reflete a inflação do período, devendo por isso ser complementado. Salienta-se mais uma vez que a vedação de tomar-se o salário mínimo com a finalidade de repor o poder aquisitivo do benefício persiste, excetuadas as balizas temporais do artigo 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ou seja, o período decorrido entre abril de 1989 até a data da eficácia dos novos planos de custeio e benefício — dezembro de 1991.

Destarte, conheço e provejo parcialmente este recurso para afastar a aplicação do salário mínimo como fator de correção do benefício, determinando que, diante da perda do poder aquisitivo, seja fixado o índice e apuradas as diferenças em liquidação de sentença. Sem custas, nos termos do artigo 128 da Lei nº 8.213/91.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RE 250.488 — RJ — Rel.: Min. Marco Aurélio. Recte.: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS (Adva.: Patricia Gomes Teixeira). Recdo.: Edgard Barreto de Souza (Advs.: Ines Bense da Silva e outro).

Decisão: Por unanimidade, a Turma conheceu do recurso e lhe deu parcial provimento, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Maurício Corrêa.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

Brasília, 16 de dezembro de 1999 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 253.085 — MG
(Segunda Turma)

Redator p/ o acórdão: O Sr. Ministro Maurício Corrêa

Recorrente: União Federal — Recorrida: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

Extraordinário. Infração às normas trabalhistas. Processo administrativo. Depósito prévio.

Processo administrativo. Imposição de multa. Exigência do depósito prévio como pressuposto de admissibilidade e garantia recursais. Legitimidade.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros componentes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Brasília, 21 de março de 2000 — **Néri da Silveira**, *Presidente* — **Maurício Corrêa**, Redator p/ o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Tribunal Regional Federal da 1ª Região manteve a sentença concessiva da segurança impetrada, em acórdão assim sintetizado:

Administrativo. Recurso. Admissibilidade mediante depósito prévio. Exigência indevida.

1. O inciso LV do Art. 5º da CF garante aos litigantes o direito à ampla de-

fesa, tanto em processos judiciais quanto em administrativos.

2. A exigência de depósito prévio para efeito de admissibilidade de recurso administrativo conflita com aquele dispositivo constitucional.

3. Apelação e remessa improvidas (folha 80).

A União, mediante as razões de folhas 84 a 101, nas quais evoca o esteio da alínea **a** do permissivo constitucional, articula com o malferimento dos artigos 5º, incisos II e LV, e 37, ambos da Carta Política da República, bem como dos artigos 189, 193, 635 e 636, da Consolidação das Leis do Trabalho. Valendo-se de ensinamentos doutrinários, argumenta que a garantia da ampla defesa nos processos judiciais e administrativos não exclui a obrigatoriedade de cumprimento de formalidades legais, pelo que inviável mostra-se conclusão em torno da existência de direito líquido e certo a amparar o **mandamus**. Noutro passo, salienta que a exigência da garantia de instância não representa cerceamento de defesa, pois, na hipótese de êxito, a quantia depositada é devolvida ao Recorrente. Reafirma a adequação do ato impugnado aos princípios da moralidade administrativa, da legalidade e do poder discricionário na esfera pública.

A Recorrida apresentou as contra-razões de folhas 122 a 128, encontrando-se o procedimento atinente ao juízo primeiro de admissibilidade à folha 140.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Os pressupostos gerais de recorribilidade estão atendidos. O recurso extraordinário veio subscrito por profissionais que têm a representação da União, notando-se a observância do prazo recursal. Resta o exame do pressuposto específico de recorribilidade que é o maltrato à Carta da República. No julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 210.246-6/GO, 210.234-2/GO, 210.369-1/MG, 210.380-2/MG, 218.752-8/GO, tive oportunidade de sustentar, no segundo semestre de 1997, a insubsistência do preceito do § 1º do artigo 636 da CLT. Parti da premissa segundo a qual a exigibilidade do depósito da multa acaba, em certos casos, em face do montante e da situação econômico-financeira do infrator, por inviabilizar o direito de defesa. Fiz ver a impossibilidade de o Estado dar com uma das mãos e retirar com a outra, pronunciando-me nos seguintes termos:

> Senhor Presidente, entendo que o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal viabiliza a ampla defesa à exaustão, ao preceituar:
>
> «Art. 5º (...)
>
> LV — aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;»

E o que se tem na espécie dos autos? Tem-se a previsão, na Consolidação das Leis do Trabalho, do recurso contra multas aplicadas pelos inspetores do trabalho. Todavia, essa previsão do recurso, que é algo da nossa tradição administrativa, no campo da fiscalização, está jungida ao depósito da totalidade da multa por aquele que foi tido como infrator.

O que isso representa, pelo menos sob a minha óptica? Representa um óbice, em alguns casos, até mesmo ao exercício do direito de defesa, inviabilizando-se, portanto, desde que aquele apontado como infrator não tenha meios suficientes para a feitura do depósito, a interposição do próprio recurso.

Não vejo como ter a previsão do § 1° do artigo 636 da Consolidação das Leis do Trabalho como harmônica com o princípio constitucional, com a garantia constitucional que assegura a ampla defesa, inclusive no processo administrativo.

O § 6° do artigo 636, revelando até mesmo a razão de ser do § 1°, contém uma outra regra que não está em jogo, mas que precisa também ser objeto de reflexão, segundo a qual diz:

«Art. 636 (...)

§ 6° A multa será reduzida de 50% (cinqüenta por cento) se o infrator, renunciando ao recurso,» — o que demonstra, a *mais* não poder, que se trata de um direito do infrator, assegurado legalmente — «a recolher ao Tesouro Nacional, dentro do prazo de 10 (dez) dias, contados do recebimento da notificação ou da publicação do edital.»

Senhor Presidente, não conheço do recurso. (Recurso Extraordinário n° 210.246-6/GO, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão, perante o Pleno, e julgado em 12 de novembro de 1997, conhecido e provido, por maioria, tendo sido Redator designado o Ministro Nelson Jobim)

Impõe-se a necessidade de preservação do direito de defesa, e, conseqüentemente, do devido processo legal. Ora, assim como na hipótese na qual em jogo se faz a liberdade do cidadão, não consigo curvar-me, em face da força dos ditames de minha consciência, ao precedente do Plenário, razão pela qual não conheço deste recurso extraordinário.

É como voto, na espécie dos autos.

VOTO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Sr. Presidente, também aqui peço vênia para conhecer e dar provimento ao recurso, tendo em vista a jurisprudência já fixada pela Corte no sentido de que a instrução do recurso administrativo com a prova do depósito prévio da multa não constitui óbice ao exercício do direito fundamental (CF, artigo 50, LV), por se tratar de pressuposto de admissibilidade e garantia recursais, visto que a responsabilidade da recorrente, representada pelo auto de infração, está aferida em decisão fundamentada (RE n° 210.373-0, DJ 6-3-98, de que fui relator e RE n° 235.357, DJ de 9-4-99, Min. Ilmar Galvão).

EXTRATO DA ATA

RE 253.085 — MG — Red. p/ o acórdão: Min. Maurício Corrêa. Recte.: União Federal (Adv.: Advogado-Geral da União). Recda.: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Advs.: Matias de Araújo Neto e outros).

Decisão: Por maioria, a Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Senhor Ministro Maurício Corrêa, vencido o Senhor Ministro-Relator. Redator para o acórdão o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Maurício Corrêa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Subprocurador-Geral da República, Dr. João Batista de Almeida.

Brasília, 21 de março de 2000 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 268.244 — CE
(Primeira Turma)

Relator: O Sr. Ministro Moreira Alves

Recorrente: Raimunda Cardoso de Almeida Filha — Recorrida: União Federal

— Recurso extraordinário. Concurso público.

— Também esta Corte já firmou o entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, que é o compatível com ele, do concurso público, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas (assim no MS 21.176, Plenário, e RE 140.242, 2ª Turma). Pela mesma razão, ou seja, por não se tratar de exame de legalidade, não compete ao Poder Judiciário examinar o conteúdo das questões formuladas para, em face da interpretação dos temas que integram o programa do concurso, aferir, a seu critério, a compatibilidade, ou não, deles, para anular as formulações que não lhe parecerem corretas em face desse exame. Inexiste, pois, ofensa ao artigo 5º, XXXV, da Constituição.

Recurso extraordinário não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso extraordinário.

Brasília, 9 de maio de 2000 — **Moreira Alves**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): É este o teor do acórdão que julgou a apelação:

«Voto

O Sr. Juiz Araken Mariz (Relator):

Versa a matéria destes autos acerca dos critérios de correção e atribuição de notas, com a anulação dos quesitos formulados em prova de Concurso Público.

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada, tendo em vista que a citação dos litisconsortes necessários, como noticiado pelo MM. Juiz **a quo**, procedeu-se, nos autos da Ação Ordinária 95.4286-0, SJ/CE, mediante edital, aproveitando, pois, todas as ações a ela conexas.

Passando à análise do mérito, impõe-se verificar que assiste razão à União Federal.

É pacífica a jurisprudência no sentido de reconhecer defeso à Magistratura valorar o conteúdo das opções de resposta organizadas pela banca examinadora do concurso, máxime, quando se verificam a legalidade no procedimento administrativo e o tratamento isonômico dado a todos os candidatos.

Trago à colação, por inteira propriedade, os seguintes arestos:

«Concurso público — Julgamento das questões. Apreciação

judicial — Alcance. Administrativo. Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional (edital ESAF/CRS/DPMF/nº 35/84) — Concurso público — Forma, critérios e conteúdos dos quesitos — Competência da banca examinadora — Alcance da apreciação judicial.

1. Em tema de concurso público de provas, é cediço que o Poder Judiciário, aprisionado à verificação da legalidade, não deve substituir os examinadores quanto aos objetivos, fontes e bases de avaliação das questões. As comissões examinadoras organizam e avaliam as provas com discricionariedade técnica.

2. Edital escoimado de ilegalidade.

3. Recurso improvido.»

(Ac un da 1ª T do STJ — Resp. 11.211-6-PE — Rel. *Min.* Milton Luiz Pereira — j 31-8-94, DJ 1 26-9-94).

«Administrativo. Concurso público para provimento de cargo de fiscal do trabalho. Nulidade das questões. Preliminar de nulidade da sentença por ausência de citação de litisconsorte necessário. Rejeitada. Preliminar de carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido. Acolhida.

1. Constatado nos autos que a citação dos litisconsortes necessários foi levada a efeito com a publicação do Edital, não há falar-se em nulidade de sentença por ausência de citação dos litisconsortes.

2. Dentro do princípio da sujeição ao controle judicial de todos os atos ofensivos ou ameaçadores do direito, não se excluirá de sua apreciação abuso do direito ou arbítrio praticado pela Administração Pública

3. Ressalvadas as questões pertinentes à própria legalidade de concurso público, não pode, no entanto, o judiciário, em substituição à própria banca, adentrar no exame de valoração do conteúdo das questões da prova, pois, estar-se-ia abrindo lugar a uma indevida invasão de um Poder constituído por outro, o que redundaria em negarem-se a interdependência e harmonia que deve haver entre tais Poderes. Precedentes.

4. Apelação e remessa oficial providas.» (AC 2ª T TRF 5ª R. AC 123437 – **Rel. Juiz Petrúcio Ferreira — J. 21-10-97, DJ — II, de 19-12-97).**

«Administrativo. Concurso público. Retificação de nota. Impossibilidade de revisão pelo Poder Judiciário de questões de prova.

— Ao Judiciário cabe apenas examinar a ilegalidade ou não no procedimento do concurso e não avaliar questões de prova, substituindo a banca examinadora.

— Apelação e remessa oficial providas. Recurso adesivo improvido.»

(AC 1ª T TRF 5ª R. AC 105336 – **Rel. Juiz Francisco Falcão** — j. 20-2-97, DJ, de 11-4-97).

«Administrativo e Processual Civil. Ação que visa a anulação de quesitos das provas de concurso público. Inviabilidade do controle dos critérios da banca examinadora. Verificação da obediência às regras do edital e às matérias do programa. Apelo provido.»

(AC 2ª T TRF 5ª R. AC 107487 — **Rel. Juiz Lázaro Guimarães** — j. 29-4-97, DJ de 29-8-97).

No caso, não vislumbro qualquer ilegalidade na formulação das questões porque adequadas ao programa do concurso referido.

Posto isto, **rejeito** a preliminar e **dou provimento** à apelação e à remessa oficial.

É como voto.» (fls. 198/200).

Interposto recurso extraordinário, foi ele admitido pelo seguinte despacho:

«Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão que entendeu ser atribuição da banca examinadora avaliar, corrigir e atribuir notas, cabendo a intervenção do Judiciário nos casos de flagrante ilegalidade, insurgindo-se a recorrente invocando o permissivo do art. 102, III, **a** da Constituição Federal, alegando violação ao artigo 5º, XXXV da Carta Magna.

Contra-razões às fls. 217/220.

Relatei. Passo ao exame da admissibilidade.

Estão presentes neste recurso os requisitos necessários ao seu seguimento, previstos nos artigos 102, III da CF e 541 do CPC, ressaltando que os temas versados pelo recorrente nesta peça recursal, no que diz respeito às alegações de violação à legislação supra-referida, constituem **thema decidendum** no aresto recorrido, o que configura o prequestionamento, condição **sine qua non** para que se admita o apelo em questão.

Isso posto, admito o recurso.

Publique-se. Intimem-se.» (fl. 222).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): 1. Também esta Corte já firmou o entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, que é o compatível com ele, do concurso público, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas (assim no MS 21.176, Plenário, e RE 140.242, 2ª. Turma). Pela mesma razão, ou seja, por não se tratar de exame de legalidade, não compete ao Poder Judiciário examinar o conteúdo das questões formuladas para, em face da interpretação dos temas que integram o programa do concurso, aferir, a seu critério, a compatibilidade, ou não, deles, para anular as formulações que não lhe parecerem corretas em face desse exame. Inexiste, pois, ofensa ao artigo 5º, XXXV, da Constituição.

2. Pelo exposto, não conheço do presente recurso.

EXTRATO DA ATA

RE 268.244 — CE — Rel.: Min. Moreira Alves. Recte.: Raimunda Cardoso de Almeida Filha (Advs.: Francisco Valentim de Amorim Neto e outro). Recda.: União Federal (Adv.: Advogado-Geral da União).

Decisão: A Turma não conheceu do recurso extraordinário. Unânime.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista.

Brasília, 9 de maio de 2000 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

Ct ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Cabimento. Ato normativo de caráter geral. Município: alteração de limites. ADI 1.034 RTJ 174/387

Ct Ação direta de inconstitucionalidade. (...) ***Competência jurisdicional.*** ADI 2.170 (Medida cautelar) RTJ 174/449

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Descabimento. Confronto prévio de normas infraconstitucionais. ADI 2.122 RTJ 174/447

Ct ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Ilegitimidade ativa. Associação Brasileira das Empresas de Telecomunicações por Satélite-ABETS. Entidade de âmbito nacional (não-caracterização). ADI 2.183 (AgRg) RTJ 174/460

Ct ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Ilegitimidade ativa. Confederação Nacional dos Integrantes Beneficiários das Forças Armadas e Auxiliares-CONFAMIR. Entidade de classe de âmbito nacional (não-caracterização). ADI 1.305 RTJ 174/430

PrPn ***Ação penal.*** Prefeito. Crime comum. Decisão judicial (descumprimento). Trancamento (descabimento). HC 73.777 RTJ 174/527

PrCv ***Ação rescisória.*** Requisitos (ausência). CPC/73, art. 485, IX. AR 1.244 RTJ 174/406

TrPrv ADCT da Constituição Federal/88, art. 58 (inaplicabilidade). (...) ***Benefício previdenciário.*** RE 250.488 RTJ 174/707

Trbt ***Adicional de Tarifa Portuária (ATP).*** Natureza jurídica. Contribuição de intervenção no domínio econômico. Constitucionalidade. Lei nº 7.700/88, art. 1º, § 1º. RE 218.061 RTJ 174/648

PrPn Aditamento. (...) ***Denúncia.*** HC 79.388 RTJ 174/589

Ct Admissibilidade. (...) ***Recurso administrativo.*** RE 253.085 RTJ 174/710

Cv Adulterinidade «a matre». (...) ***Investigação de paternidade.*** AR 1.244 RTJ 174/406

PrCv Agravo de instrumento (julgamento). (...) ***Competência jurisdicional.*** Ag 238.328(AgRg) RTJ 174/687

Trbt Alíquota «versus» teto. (...) ***Imposto de Transmissão «Causa Mortis» e Doação (ITCD).*** Ag 237.436(AgRg) RTJ 174/684

Adm Anistia. (...) ***Militar.*** RE 248.825 RTJ 174/704

Pn ***Anistia criminal.*** Recolhimento de contribuição previdenciária (omissão). Extinção da punibilidade inocorrente. Lei nº 9.639/98, art. 11, parágrafo único (inconstitucionalidade formal). HC 77.734 RTJ 174/552

PrPn ***Apelação criminal.*** Interposição por termo. Assinatura do Ministério Público (ausência). Nulidade inocorrente. HC 74.508 RTJ 174/543

PrPn ***Apelação criminal.*** Razões: apresentação tardia. CPP, art. 601. HC 74.508 RTJ 174/543

Adm Aposentadoria por invalidez. (...) ***Servidor público.*** MS 21.907 RTJ 174/478

PrPn Assinatura do Ministério Público (ausência). (...) ***Apelação criminal.*** HC 74.508 RTJ 174/543

Ct Associação Brasileira das Empresas de Telecomunicações por Satélite-ABETS. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.183(AgRg) RTJ 174/460

Pn Atentado violento ao pudor e estupro. (...) ***Pena.*** HC 75.088 RTJ 174/545

Ct Ato normativo de caráter geral. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.034 RTJ 174/387

Adm Ato normativo do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem-DNER. (...) ***Permissão.*** RE 106.614 RTJ 174/629

Adm Autonomia estadual (ofensa). (...) ***Proventos.*** RE 214.747 RTJ 174/642

PrPn Autorização judicial. (...) ***Escuta telefônica.*** HC 72.588 RTJ 174/491

B

Trbt Base de cálculo. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 200.324 RTJ 174/638

Adm ***Benefício.*** Servidor público. Extensão a inativos: pressupostos. RE 231.216 RTJ 174/681

TrPrv ***Benefício previdenciário.*** Revisão: critério. ADCT da Constituição Federal/88, art. 58 (inaplicabilidade). RE 250.488 RTJ 174/707

C

Ct Cabimento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.034 RTJ 174/387

PrCv Caráter infringente. (...) ***Embargos de declaração.*** RE 159.228(EDcl) RTJ 174/631

Ct Cargo de direção: eleição direta. (...) ***Escola pública.*** ADI 606 RTJ 174/360

Int ***Carta rogatória.*** «Exequatur». Diligência de caráter executório. Mercosul. Protocolo de Medidas Cautelares. CR 8.279(AgRg) RTJ 174/463

Pn Causa de aumento. (...) ***Pena.*** HC 75.088 RTJ 174/545

PrPn CF/88, art. 5º, XL. (...) ***Suspensão condicional do processo penal («sursis» processual).*** RHC 79.568 RTJ 174/612

Ct CF/88, art. 97. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** RE 250.488 RTJ 174/707

Ct CF/88, art. 196. (...) ***Seguridade Social.*** Ag 238.328(AgRg) RTJ 174/687

Int Citação válida. (...) ***Extradição.*** Extr 777 RTJ 174/376

Ct CLT/43, art. 636, § 1º. (...) ***Recurso administrativo.*** RE 253.085 RTJ 174/710

PrPn Código de Processo Penal Militar (CPPM), art. 463, § 1º. (...) ***Instrução provisória de insubmissão (IPI).*** HC 79.533 RTJ 174/605

PrPn Código de Processo Penal Militar (CPPM), art. 464 e parágrafos. (...) ***Prisão provisória.*** HC 79.533 RTJ 174/605

PrPn Código de Processo Penal Militar (CPPM), art. 464, § 2º. (...) ***Competência privativa.*** HC 79.533 RTJ 174/605

PrSTF Coisa julgada formada na sua pendência. (...) ***Reclamação.*** Rcl 509 RTJ 174/353

Int ***Competência internacional.*** Justiça francesa. Tráfico de entorpecente. Processo criminal no Brasil (ausência). Extr 777 RTJ 174/376

PrCv ***Competência jurisdicional.*** Relator. Agravo de instrumento (julgamento). Negativa de seguimento de recurso extraordinário. CPC/73, art. 545. Ag 238.328(AgRg) RTJ 174/687

Ct ***Competência jurisdicional.*** Supremo Tribunal Federal (STF). Ação direta de inconstitucionalidade. Lei estadual em face da Constituição Federal. Reprodução de dispositivo pela Constituição estadual (irrelevância). ADI 2.170(Medida cautelar) RTJ 174/449

Adm Competência legislativa da União (usurpação inocorrente). (...) ***Permissão.*** RE 106.614 RTJ 174/629

PrPn ***Competência privativa.*** Ministério Público Militar. Instrução provisória de insubmissão (IPI): arquivamento. Código de Processo Penal Militar (CPPM), art. 464, § 2º. HC 79.533 RTJ 174/605

Adm ***Concurso público.*** Prova. Questão (exame). Poder Judiciário (incompetência). RE 268.244 RTJ 174/713

Ct Confederação Nacional dos Integrantes Beneficiários das Forças Armadas e Auxiliares-CONFAMIR. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.305 RTJ 174/430

PrPn ***Conflito de competência.*** Suspensão do processo. Liminar: alcance. HC 79.580 RTJ 174/615

PrSTF Confronto prévio de normas infraconstitucionais. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.122 RTJ 174/447

Trbt Constitucionalidade. (...) ***Adicional de Tarifa Portuária (ATP).*** RE 218.061 RTJ 174/648

Ct Constituição do Estado do Paraná/89, art. 178, VII (inconstitucionalidade parcial). (...) ***Escola pública.*** ADI 606 RTJ 174/360

Ct Consulta plebiscitária: ausência. (...) ***Município.*** ADI 1.034 RTJ 174/387

Cv Contestação do pai presumido (falta). (...) ***Investigação de paternidade.*** AR 1.244 RTJ 174/406

Pn Continuidade delitiva (não-configuração). (...) ***Pena.*** HC 75.088 RTJ 174/545

Trbt Contribuição de intervenção no domínio econômico. (...) ***Adicional de Tarifa Portuária (ATP).*** RE 218.061 RTJ 174/648

Trbt Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS). (...) ***Contribuição social.*** RE 224.964 RTJ 174/679

Trbt ***Contribuição social.*** Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Programa de Integração Social (PIS). Incidência. Empresa comercializadora de derivados de petróleo: faturamento. RE 224.964 RTJ 174/679

Ct ***Controle de constitucionalidade.*** Órgão fracionário: possibilidade. Norma declarada inconstitucional por órgão especial ou plenário. CF/88, art. 97. RE 250.488 RTJ 174/707

Pn CP/40, art. 226, III. (...) ***Pena.*** HC 75.088 RTJ 174/545

PrCv CPC/73, art. 485, IX. (...) ***Ação rescisória.*** AR 1.244 RTJ 174/406

PrCv CPC/73, art. 545. (...) ***Competência jurisdicional.*** Ag 238.328(AgRg) RTJ 174/687

PrPn CPP, art. 601. (...) ***Apelação criminal.*** HC 74.508 RTJ 174/543

PrPn Crime comum. (...) ***Ação penal.*** HC 73.777 RTJ 174/527

Pn Crime contra os costumes. (...) ***Pena.*** HC 75.088 RTJ 174/545

PrPn Crime de insubmissão: delito permanente. (...) ***Prisão provisória.*** HC 79.533 RTJ 174/605

D

PrPn Decisão denegatória de «habeas corpus». (...) ***Habeas corpus.*** HC 79.388 RTJ 174/589

PrPn Decisão denegatória de liminar. (...) ***Habeas corpus.*** HC 79.356 RTJ 174/582

PrPn Decisão judicial (descumprimento). (...) ***Ação penal.*** HC 73.777 RTJ 174/527

Trbt Decreto-Lei nº 406/68, art. 9º, §§ 1º e 3º (recepção pela CF/88). (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 200.324 RTJ 174/638

Adm Demissão (impossibilidade). (...) ***Servidor público.*** MS 21.907 RTJ 174/478

PrPn ***Denúncia.*** Aditamento. Nova classificação do crime. «Emendatio libelli». Vista à defesa (desnecessidade). HC 79.388 RTJ 174/589

PrPn Denúncia contra Senador. (...) ***Inquérito.*** Inq 1.057(Questão de ordem) RTJ 174/404

Ct Depósito prévio. (...) ***Recurso administrativo.*** RE 253.085 RTJ 174/710

PrSTF Descabimento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.122 RTJ 174/447

Int Diligência de caráter executório. (...) ***Carta rogatória.*** CR 8.279(AgRg) RTJ 174/463

PrCv Direito líquido e certo (conceituação). (...) ***Mandado de segurança.*** Pet 1.859(AgRg) RTJ 174/437

Ct Dispositivo não votado, mas sancionado: retificação. (...) ***Processo legislativo.*** HC 77.734 RTJ 174/552

E

PrSTF Efeito suspensivo a recurso extraordinário. (...) ***Medida cautelar.*** Pet 1.859(AgRg) RTJ 174/437

PrCv ***Embargos de declaração.*** Pressupostos inocorrentes. Caráter infringente. RE 159.228(EDcl) RTJ 174/631

Adm Emenda Constitucional nº 26/85, art. 4º e parágrafos (inaplicação). (...) ***Militar.*** RE 248.825 RTJ 174/704

Ct Emenda parlamentar com aumento de despesa. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.170(Medida cautelar) RTJ 174/449

PrPn «Emendatio libelli». (...) ***Denúncia.*** HC 79.388 RTJ 174/589

Adm ***Emprego de confiança.*** Secretário parlamentar. Exoneração «ad nutum». Estabilidade e enquadramento: direito inexistente. MS 23.099 RTJ 174/486

Trbt Empresa comercializadora de derivados de petróleo: faturamento. (...) ***Contribuição social.*** RE 224.964 RTJ 174/679

Ct Entidade de âmbito nacional (não-caracterização). (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.183(AgRg) RTJ 174/460

Ct Entidade de classe de âmbito nacional (não-caracterização). (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.305 RTJ 174/430

Ct ***Escola pública.*** Cargo de direção: eleição direta. Constituição do Estado do Paraná/89, art. 178, VII (inconstitucionalidade parcial). ADI 606 RTJ 174/360

PrPn ***Escuta telefônica.*** Autorização judicial. Lei regulamentadora (ausência). Ilicitude. Prova autônoma (inexistência). Trancamento da ação penal. HC 72.588 RTJ 174/491

Adm Estabilidade e enquadramento: direito inexistente. (...) ***Emprego de confiança.*** MS 23.099 RTJ 174/486

PrPn Excesso de prazo. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 79.580 RTJ 174/615

Int «Exequatur». (...) ***Carta rogatória.*** CR 8.279(AgRg) RTJ 174/463

Adm Exoneração «ad nutum». (...) ***Emprego de confiança.*** MS 23.099 RTJ 174/486

Adm Ex-prefeito municipal. (...) ***Proventos.*** RE 214.747 RTJ 174/642

Adm Extensão a inativos (impossibilidade). (...) ***Vale-refeição.*** RE 231.216 RTJ 174/681

Adm Extensão a inativos: pressupostos. (...) ***Benefício.*** RE 231.216 RTJ 174/681

Pn Extinção da punibilidade inocorrente. (...) ***Anistia criminal.*** HC 77.734 RTJ 174/552

Int ***Extradição.*** Identidade do extraditando (prova). Revelia. Citação válida. Sistema processual francês. Extr 777 RTJ 174/376

Int ***Extradição.*** Tráfico internacional de entorpecente. Identidade do extraditando (prova). Prescrição inocorrente. Extr 734 RTJ 174/371

F

PrPn Fatos anteriores à lei vigente. (...) ***Suspensão condicional do processo penal («sursis» processual).*** RHC 79.568 RTJ 174/612

Pn Fixação acima do mínimo legal. (...) ***Pena.*** HC 79.949 RTJ 174/624

Pn Fixação acima do mínimo legal. (...) ***Pena-base.*** HC 72.795 RTJ 174/520

Pn Fundamentação insuficiente. (...) ***Pena.*** HC 79.949 RTJ 174/624

Pn Fundamentação suficiente. (...) ***Pena-base.*** HC 72.795 RTJ 174/520

PrPn Fundamento idêntico ao impetrado no STJ (irrelevância). (...) ***Habeas corpus.*** HC 79.388 RTJ 174/589

H

PrPn ***Habeas corpus.*** Decisão denegatória de «habeas corpus». Fundamento idêntico ao impetrado no STJ (irrelevância). HC 79.388 RTJ 174/589

PrPn ***Habeas corpus.*** Impetração sucessiva. Decisão denegatória de liminar. Recurso especial pendente. HC 79.356 RTJ 174/582

PrSTF ***Habeas corpus.*** Prequestionamento (inexigência). HC 75.088 RTJ 174/545

PrSTF Habeas corpus. (...) ***Sustentação oral.*** HC 74.179(Questão de ordem) RTJ 174/540

I

Int Identidade do extraditando (prova). (...) ***Extradição.*** Extr 734 RTJ 174/371 — Extr 777 RTJ 174/376

Ct Ilegitimidade ativa. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.305 RTJ 174/430 — ADI 2.183(AgRg) RTJ 174/460

PrCv Ilegitimidade passiva. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 22.780 RTJ 174/481

PrPn Ilicitude. (...) ***Escuta telefônica.*** HC 72.588 RTJ 174/491

PrPn Impetração sucessiva. (...) ***Habeas corpus.*** HC 79.356 RTJ 174/582

Trbt ***Imposto de Transmissão «Causa Mortis» e Doação (ITCD).*** Alíquota «versus» teto. Lei estadual. Resolução nº 99/81-Senado Federal. Ag 237.436(AgRg) RTJ 174/684

Trbt ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** Base de cálculo. Sociedade uniprofissional. Lei complementar. Decreto-Lei nº 406/68, art. 9º, §§ 1º e 3º (recepção pela CF/88). Lei municipal nº 1.513/89, art. 1º, redação dada ao art. 29 da Lei municipal nº 691, Rio de Janeiro/RJ (inconstitucionalidade). RE 200.324 RTJ 174/638

Trbt Incidência. (...) ***Contribuição social.*** RE 224.964 RTJ 174/679

Int Incorporação ao direito interno: momento. (...) ***Tratado internacional.*** CR 8.279(AgRg) RTJ 174/463

PrPn Indeferimento da licença (equivalência). (...) ***Inquérito.*** Inq 1.057(Questão de ordem) RTJ 174/404

Adm Inimputabilidade. (...) ***Servidor público.*** MS 21.907 RTJ 174/478

PrPn ***Inquérito.*** Denúncia contra Senador. Pedido de licença. Parecer pela prejudicialidade. Indeferimento da licença (equivalência). Inq 1.057(Questão de ordem) RTJ 174/404

PrPn Inquérito policial militar (IPM): equivalência. (...) ***Instrução provisória de insubmissão (IPI).*** HC 79.533 RTJ 174/605

PrPn ***Instrução provisória de insubmissão (IPI).*** Natureza. Inquérito policial militar (IPM): equivalência. Código de Processo Penal Militar (CPPM), art. 463, § 1º. HC 79.533 RTJ 174/605

PrPn Instrução provisória de insubmissão (IPI): arquivamento. (...) ***Competência privativa.*** HC 79.533 RTJ 174/605

Adm Interdição. (...) ***Servidor público.*** MS 21.907 RTJ 174/478

PrPn Interposição por termo. (...) ***Apelação criminal.*** HC 74.508 RTJ 174/543

Cv ***Investigação de paternidade.*** Adulterinidade «a matre». Separação de fato: inocorrência. Contestação do pai presumido (falta). AR 1.244 RTJ 174/406

J

Int Justiça francesa. (...) ***Competência internacional.*** Extr 777 RTJ 174/376

PrPn Justiça Militar. (...) ***Suspensão condicional do processo penal («sursis» processual).*** RHC 79.568 RTJ 174/612

L

Trbt Lei complementar. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 200.324 RTJ 174/638

Trbt Lei estadual. (...) ***Imposto de Transmissão «Causa Mortis» e Doação (ITCD).*** Ag 237.436(AgRg) RTJ 174/684

Ct Lei estadual em face da Constituição Federal. (...) ***Competência jurisdicional.*** ADI 2.170(Medida cautelar) RTJ 174/449

Ct Lei estadual nº 251/91-TO, art. 1º, XXXIV-redação da Lei estadual nº 498/92-TO (inconstitucionalidade). (...) ***Município.*** ADI 1.034 RTJ 174/387

Adm Lei estadual nº 6.745/85-SC, art. 90, III, § 6º (Lei estadual nº 6.800/86-SC). (...) ***Proventos.*** RE 214.747 RTJ 174/642

Trbt Lei municipal nº 1.513/89, art. 1º, redação dada ao art. 29 da Lei municipal nº 691, Rio de Janeiro/RJ (inconstitucionalidade). (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 200.324 RTJ 174/638

Trbt Lei nº 7.700/88, art. 1º, § 1º. (...) ***Adicional de Tarifa Portuária (ATP).*** RE 218.061 RTJ 174/648

PrPn Lei nº 9.099/95, art. 89. (...) ***Suspensão condicional do processo penal («sursis» processual).*** RHC 79.568 RTJ 174/612

Pn Lei nº 9.639/98, art. 11, parágrafo único (inconstitucionalidade formal). (...) ***Anistia criminal.*** HC 77.734 RTJ 174/552

Ct Lei nº 9.639/98, art. 11, parágrafo único (inconstitucionalidade formal). (...) ***Processo legislativo.*** HC 77.734 RTJ 174/552

PrPn Lei nº 9.839/99. (...) ***Suspensão condicional do processo penal («sursis» processual).*** RHC 79.568 RTJ 174/612

PrPn Lei penal mais benigna: ultratividade. (...) ***Suspensão condicional do processo penal («sursis» processual).*** RHC 79.568 RTJ 174/612

PrPn Lei regulamentadora (ausência). (...) ***Escuta telefônica.*** HC 72.588 RTJ 174/491

PrPn Liminar: alcance. (...) ***Conflito de competência.*** HC 79.580 RTJ 174/615

Ct Limites: alteração. (...) ***Município.*** ADI 1.034 RTJ 174/387

PrSTF Liquidação de sentença: índices aplicados. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 242.565 RTJ 174/689

M

PrCv ***Mandado de segurança.*** Ilegitimidade passiva. Ministro de Estado. Reajuste salarial. RMS 22.780 RTJ 174/481

PrCv ***Mandado de segurança.*** Questão processual. Direito líquido e certo (conceituação). Pet 1.859(AgRg) RTJ 174/437

PrSTF Matéria infraconstitucional. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 159.228(EDcl) RTJ 174/631 — RE 242.565 RTJ 174/689

Ct Medicamento (fornecimento). (...) ***Seguridade Social.*** Ag 238.328(AgRg) RTJ 174/687

PrSTF ***Medida cautelar.*** Efeito suspensivo a recurso extraordinário. Pressupostos inocorrentes. Ofensa reflexa à Constituição Federal. Pet 1.859(AgRg) RTJ 174/437

PrPn Menagem. (...) ***Prisão provisória.*** HC 79.533 RTJ 174/605

Int ***Mercado Comum do Sul (Mercosul).*** Tratado, convenção ou acordo. Princípio do efeito direto e da aplicabilidade imediata. CR 8.279(AgRg) RTJ 174/463

Int Mercosul. (...) ***Carta rogatória.*** CR 8.279(AgRg) RTJ 174/463

Adm ***Militar.*** Pena disciplinar. Punição com base na legislação comum. Anistia. Emenda Constitucional nº 26/85, art. 4º e parágrafos (inaplicação). RE 248.825 RTJ 174/704

PrPn Ministério Público Militar. (...) ***Competência privativa.*** HC 79.533 RTJ 174/605

PrCv Ministro de Estado. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 22.780 RTJ 174/481

Ct Modelo federal de observância compulsória. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.170(Medida cautelar) RTJ 174/449

Ct Multa. (...) ***Recurso administrativo.*** RE 253.085 RTJ 174/710

Ct ***Município.*** Limites: alteração. Consulta plebiscitária: ausência. Lei estadual nº 251/91-TO, art. 1º, XXXIV-redação da Lei estadual nº 498/92-TO (inconstitucionalidade). ADI 1.034 RTJ 174/387

Ct Município: alteração de limites. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.034 RTJ 174/387

N

PrPn Natureza. (...) ***Instrução provisória de insubmissão (IPI).*** HC 79.533 RTJ 174/605

Adm Natureza indenizatória. (...) ***Vale-refeição.*** RE 231.216 RTJ 174/681

Trbt Natureza jurídica. (...) ***Adicional de Tarifa Portuária (ATP).*** RE 218.061 RTJ 174/648

PrCv Negativa de seguimento de recurso extraordinário. (...) ***Competência jurisdicional.*** Ag 238.328(AgRg) RTJ 174/687

Ct Norma declarada inconstitucional por órgão especial ou plenário. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** RE 250.488 RTJ 174/707

PrPn Nova classificação do crime. (...) ***Denúncia.*** HC 79.388 RTJ 174/589

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Apelação criminal.*** HC 74.508 RTJ 174/543

O

PrSTF Ofensa reflexa à Constituição Federal. (...) ***Medida cautelar.*** Pet 1.859(AgRg) RTJ 174/437

Ct Órgão fracionário: possibilidade. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** RE 250.488 RTJ 174/707

Adm Outorga: condição. (...) ***Permissão.*** RE 106.614 RTJ 174/629

P

PrPn Parecer pela prejudicialidade. (...) ***Inquérito.*** Inq 1.057(Questão de ordem) RTJ 174/404

PrPn Pedido de licença. (...) ***Inquérito.*** Inq 1.057(Questão de ordem) RTJ 174/404

Pn ***Pena.*** Atentado violento ao pudor e estupro. Continuidade delitiva (não-configuração). HC 75.088 RTJ 174/545

Pn ***Pena.*** Crime contra os costumes. Separação judicial do agente. Vítima de pouca idade. Causa de aumento. CP/40, art. 226, III. HC 75.088 RTJ 174/545

Pn ***Pena.*** Fixação acima do mínimo legal. Fundamentação insuficiente. HC 79.949 RTJ 174/624

Adm Pena disciplinar. (...) ***Militar.*** RE 248.825 RTJ 174/704

Pn ***Pena-base.*** Fixação acima do mínimo legal. Fundamentação suficiente. HC 72.795 RTJ 174/520

Adm ***Permissão.*** Serviço de escolta rodoviária. Ato normativo do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem-DNER. Remuneração de empregado especializado: estipulação. Outorga: condição. Competência legislativa da União (usurpação inocorrente). RE 106.614 RTJ 174/629

Adm Poder Judiciário (incompetência). (...) ***Concurso público.*** RE 268.244 RTJ 174/713

PrPn Prefeito. (...) ***Ação penal.*** HC 73.777 RTJ 174/527

PrSTF Prequestionamento (inexigência). (...) ***Habeas corpus.*** HC 75.088 RTJ 174/545

Int Prescrição inocorrente. (...) ***Extradição.*** Extr 734 RTJ 174/371

PrCv Pressupostos inocorrentes. (...) ***Embargos de declaração.*** RE 159.228(EDcl) RTJ 174/631

PrSTF Pressupostos inocorrentes. (...) ***Medida cautelar.*** Pet 1.859(AgRg) RTJ 174/437

Ct Princípio da ampla defesa. (...) ***Recurso administrativo.*** RE 253.085 RTJ 174/710

PrPn Princípio da presunção de inocência e do devido processo legal (ofensa inocorrente). (...) ***Prisão provisória.*** HC 79.533 RTJ 174/605

PrSTF Princípio da segurança jurídica. (...) ***Reclamação.*** Rcl 509 RTJ 174/353

Int Princípio do efeito direto e da aplicabilidade imediata. (...) ***Mercado Comum do Sul (Mercosul).*** CR 8.279(AgRg) RTJ 174/463

PrPn Prisão em flagrante: equivalência. (...) ***Prisão provisória.*** HC 79.533 RTJ 174/605

PrPn ***Prisão preventiva.*** Excesso de prazo. HC 79.580 RTJ 174/615

PrPn ***Prisão provisória.*** Menagem. Crime de insubmissão: delito permanente. Prisão em flagrante: equivalência. Princípio da presunção de inocência e do devido processo legal (ofensa inocorrente). Código de Processo Penal Militar (CPPM), art. 464 e parágrafos. HC 79.533 RTJ 174/605

Int Processo criminal no Brasil (ausência). (...) ***Competência internacional.*** Extr 777 RTJ 174/376

Ct ***Processo legislativo.*** Dispositivo não votado, mas sancionado: retificação. Projeto de lei: alteração do sentido. Republicação sem manifestação do Plenário. Lei nº 9.639/98, art. 11, parágrafo único (inconstitucionalidade formal). HC 77.734 RTJ 174/552

Ct ***Processo legislativo.*** Projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo. Emenda parlamentar com aumento de despesa. Modelo federal de observância compulsória. ADI 2.170(Medida cautelar) RTJ 174/449

Trbt Programa de Integração Social (PIS). (...) ***Contribuição social.*** RE 224.964 RTJ 174/679

PrPn Progressão de regime: concessão. (...) ***Reclamação.*** Rcl 1.370 RTJ 174/434

Ct Projeto de lei: alteração do sentido. (...) ***Processo legislativo.*** HC 77.734 RTJ 174/552

Ct Projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.170(Medida cautelar) RTJ 174/449

PrPn Protelação indevida da execução. (...) ***Reclamação.*** Rcl 1.370 RTJ 174/434

Int Protocolo de Medidas Cautelares. (...) ***Carta rogatória.*** CR 8.279(AgRg) RTJ 174/463

Adm Prova. (...) ***Concurso público.*** RE 268.244 RTJ 174/713

PrPn Prova autônoma (inexistência). (...) ***Escuta telefônica.*** HC 72.588 RTJ 174/491

Adm ***Proventos.*** Servidor público estadual. Ex-prefeito municipal. Subsídio: incorporação da diferença. Autonomia estadual (ofensa). Lei estadual nº 6.745/85-SC, art. 90, III, § 6º (Lei estadual nº 6.800/86-SC). RE 214.747 RTJ 174/642

Adm Punição com base na legislação comum. (...) ***Militar.*** RE 248.825 RTJ 174/704

Q

Adm Questão (exame). (...) ***Concurso público.*** RE 268.244 RTJ 174/713

PrCv Questão processual. (...) ***Mandado de segurança.*** Pet 1.859(AgRg) RTJ 174/437

R

PrPn Razões: apresentação tardia. (...) ***Apelação criminal.*** HC 74.508 RTJ 174/543

PrCv Reajuste salarial. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 22.780 RTJ 174/481

PrSTF ***Reclamação.*** Coisa julgada formada na sua pendência. Princípio da segurança jurídica. Rcl 509 RTJ 174/353

PrPn ***Reclamação.*** Progressão de regime: concessão. Protelação indevida da execução. Rcl 1.370 RTJ 174/434

Pn Recolhimento de contribuição previdenciária (omissão). (...) ***Anistia criminal.*** HC 77.734 RTJ 174/552

Ct ***Recurso administrativo.*** Admissibilidade. Depósito prévio. Multa. Princípio da ampla defesa. CLT/43, art. 636, § 1º. RE 253.085 RTJ 174/710

PrPn Recurso especial pendente. (...) ***Habeas corpus.*** HC 79.356 RTJ 174/582

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Matéria infraconstitucional. Liquidação de sentença: índices aplicados. RE 242.565 RTJ 174/689

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Matéria infraconstitucional. Reposição salarial de servidor. RE 159.228(EDcl) RTJ 174/631

PrCv Relator. (...) ***Competência jurisdicional.*** Ag 238.328(AgRg) RTJ 174/687

Adm Remuneração de empregado especializado: estipulação. (...) ***Permissão.*** RE 106.614 RTJ 174/629

PrSTF Reposição salarial de servidor. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 159.228(EDcl) RTJ 174/631

Ct Reprodução de dispositivo pela Constituição estadual (irrelevância). (...) ***Competência jurisdicional.*** ADI 2.170(Medida cautelar) RTJ 174/449

Ct Republicação sem manifestação do Plenário. (...) ***Processo legislativo.*** HC 77.734 RTJ 174/552

PrCv Requisitos (ausência). (...) ***Ação rescisória.*** AR 1.244 RTJ 174/406

Trbt Resolução nº 99/81-Senado Federal. (...) ***Imposto de Transmissão «Causa Mortis» e Doação (ITCD).*** Ag 237.436(AgRg) RTJ 174/684

Int Revelia. (...) ***Extradição.*** Extr 777 RTJ 174/376

TrPrv Revisão: critério. (...) ***Benefício previdenciário.*** RE 250.488 RTJ 174/707

S

Adm Secretário parlamentar. (...) ***Emprego de confiança.*** MS 23.099 RTJ 174/486

Ct ***Seguridade Social.*** Síndrome da Imunodeficiência Adquirida-AIDS. Medicamento (fornecimento). CF/88, art. 196. Ag 238.328(AgRg) RTJ 174/687

Cv Separação de fato: inocorrência. (...) ***Investigação de paternidade.*** AR 1.244 RTJ 174/406

Pn Separação judicial do agente. (...) ***Pena.*** HC 75.088 RTJ 174/545

Adm Serviço de escolta rodoviária. (...) ***Permissão.*** RE 106.614 RTJ 174/629

Adm Servidor público. (...) ***Benefício.*** RE 231.216 RTJ 174/681

Adm ***Servidor público.*** Interdição. Inimputabilidade. Demissão (impossibilidade). Aposentadoria por invalidez. MS 21.907 RTJ 174/478

Adm Servidor público. (...) ***Vale-refeição.*** RE 231.216 RTJ 174/681

Adm Servidor público estadual. (...) ***Proventos.*** RE 214.747 RTJ 174/642

Ct Síndrome da Imunodeficiência Adquirida-AIDS. (...) ***Seguridade Social.*** Ag 238.328(AgRg) RTJ 174/687

Int Sistema processual francês. (...) ***Extradição.*** Extr 777 RTJ 174/376

Trbt Sociedade uniprofissional. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 200.324 RTJ 174/638

PrSTF Solicitação por telefone (impossibilidade). (...) ***Sustentação oral.*** HC 74.179(Questão de ordem) RTJ 174/540

Adm Subsídio: incorporação da diferença. (...) ***Proventos.*** RE 214.747 RTJ 174/642

Ct Supremo Tribunal Federal (STF). (...) ***Competência jurisdicional.*** ADI 2.170(Medida cautelar) RTJ 174/449

PrPn ***Suspensão condicional do processo penal («sursis» processual).*** Justiça Militar. Fatos anteriores à lei vigente. Lei penal mais benigna: ultratividade. Lei nº 9.099/95, art. 89. Lei nº 9.839/99. CF/88, art. 5º, XL. RHC 79.568 RTJ 174/612

PrPn Suspensão do processo. (...) ***Conflito de competência.*** HC 79.580 RTJ 174/615

PrSTF ***Sustentação oral.*** Habeas corpus. Solicitação por telefone (impossibilidade). HC 74.179(Questão de ordem) RTJ 174/540

T

Int Tráfico de entorpecente. (...) ***Competência internacional.*** Extr 777 RTJ 174/376

Int Tráfico internacional de entorpecente. (...) ***Extradição.*** Extr 734 RTJ 174/371

PrPn Trancamento (descabimento). (...) ***Ação penal.*** HC 73.777 RTJ 174/527

PrPn Trancamento da ação penal. (...) ***Escuta telefônica.*** HC 72.588 RTJ 174/491

Int Tratado, convenção ou acordo. (...) ***Mercado Comum do Sul (Mercosul).*** CR 8.279(AgRg) RTJ 174/463

Int ***Tratado internacional.*** Incorporação ao direito interno: momento. CR 8.279(AgRg) RTJ 174/463

V

Adm ***Vale-refeição.*** Natureza indenizatória. Servidor público. Extensão a inativos (impossibilidade). RE 231.216 RTJ 174/681

PrPn Vista à defesa (desnecessidade). (...) ***Denúncia.*** HC 79.388 RTJ 174/589

Pn Vítima de pouca idade. (...) ***Pena.*** HC 75.088 RTJ 174/545

ÍNDICE NUMÉRICO

ACÓRDÃOS

509	(Rcl)	Rel.: Min. Sepúlveda Pertence	174/353
606	(ADI)	Rel.: Min. Sydney Sanches	174/360
734	(Extr)	Rel.: Min. Sydney Sanches	174/371
777	(Extr)	Rel.: Min. Moreira Alves	174/376
1.034	(ADI)	Rel.: Min. Marco Aurélio	174/387
1.057	(Inq-Questão de ordem)	Rel.: Min. Moreira Alves	174/404
1.244	(AR)	Rel.: Min. Octavio Gallotti	174/406
1.305	(ADI)	Rel.: Min. Néri da Silveira	174/430
1.370	(Rcl)	Rel.: Min. Sepúlveda Pertence	174/434
1.859	(Pet-AgRg)	Rel.: Min. Celso de Mello	174/437
2.122	(ADI)	Rel.: Min. Ilmar Galvão	174/447
2.170	(ADI-Medida cautelar)	Rel.: Min. Sepúlveda Pertence	174/449
2.183	(ADI-AgRg)	Rel.: Min. Octavio Gallotti	174/460
8.279	(CR-AgRg)	Rel.: Min. Celso de Mello	174/463
21.907	(MS)	Rel.: Min. Nelson Jobim	174/478
22.780	(RMS)	Rel.: Min. Ilmar Galvão	174/481
23.099	(MS)	Rel.: Min. Sepúlveda Pertence	174/486
72.588	(HC)	Rel.: Min. Maurício Corrêa	174/491
72.795	(HC)	Red. p/o ac.: Min. Carlos Velloso	174/520
73.777	(HC)	Rel.: Min. Moreira Alves	174/527

74.179	(HC-Questão de ordem)	Red. p/o ac.: Min. Ilmar Galvão	174/540
74.508	(HC)	Rel.: Min. Ilmar Galvão	174/543
75.088	(HC)	Red. p/o ac.: Min. Ilmar Galvão	174/545
77.734	(HC)	Rel.: Min. Néri da Silveira	174/552
79.356	(HC)	Rel.: Min. Sydney Sanches	174/582
79.388	(HC)	Rel.: Min. Sydney Sanches	174/589
79.533	(HC)	Rel.: Min. Moreira Alves	174/605
79.568	(RHC)	Rel.: Min. Nelson Jobim	174/612
79.580	(HC)	Rel.: Min. Marco Aurélio	174/615
79.949	(HC)	Rel.: Min. Sepúlveda Pertence	174/624
106.614	(RE)	Rel.: Min. Sepúlveda Pertence	174/629
159.228	(RE-EDcl)	Rel.: Min. Celso de Mello	174/631
200.324	(RE)	Rel.: Min. Marco Aurélio	174/638
214.747	(RE)	Rel.: Min. Sydney Sanches	174/642
218.061	(RE)	Rel.: Min. Carlos Velloso	174/648
224.964	(RE)	Rel.: Min. Ilmar Galvão	174/679
231.216	(RE)	Red. p/o ac.: Min. Maurício Corrêa	174/681
237.436	(Ag-AgRg)	Rel.: Min. Celso de Mello	174/684
238.328	(Ag-AgRg)	Rel.: Min. Marco Aurélio	174/687
242.565	(RE)	Rel.: Min. Ilmar Galvão	174/689
248.825	(RE)	Rel.: Min. Moreira Alves	174/704
250.488	(RE)	Rel.: Min. Marco Aurélio	174/707
253.085	(RE)	Red. p/o ac.: Min. Maurício Corrêa	174/710
268.244	(RE)	Rel.: Min. Moreira Alves	174/713