Revista Trimestral de Jurisprudência

volume 210 – número 1
outubro a dezembro de 2009
páginas 1 a 536

STF
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Diretoria-Geral
Alcides Diniz da Silva

Secretaria de Documentação
Janeth Aparecida Dias de Melo

Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência
Leide Maria Soares Corrêa Cesar

Seção de Preparo de Publicações
Cíntia Machado Gonçalves Soares

Seção de Padronização e Revisão
Rochelle Quito

Seção de Distribuição de Edições
Maria Cristina Hilário da Silva

Diagramação: Rodrigo Melo Cardoso

Capa: Núcleo de Programação Visual

(Supremo Tribunal Federal — Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal)

Revista trimestral de jurisprudência / Supremo Tribunal Federal, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência. – Ano 1, n. 1 (abr./jun. 1957)- . – Brasília: Imprensa Nacional, 1957-.

v. 210-1; 22 cm.

Três números a cada trimestre.

Editores: Editora Brasília Jurídica, 2002-2006; Supremo Tribunal Federal, 2007- .
ISSN 0035-0540

1. Direito - Jurisprudência - Brasil. I. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF).

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, Cobertura
Praça dos Três Poderes
70175-900 – Brasília-DF
rtj@stf.jus.br
Fone: (0xx61) 3217-4766

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ministro GILMAR Ferreira MENDES (20-6-2002), Presidente
Ministro Antonio CEZAR PELUSO (25-6-2003), Vice-Presidente
Ministro José CELSO DE MELLO Filho (17-8-1989)
Ministro MARCO AURÉLIO Mendes de Farias Mello (13-6-1990)
Ministra ELLEN GRACIE Northfleet (14-12-2000)
Ministro CARLOS Augusto Ayres de Freitas BRITTO (25-6-2003)
Ministro JOAQUIM Benedito BARBOSA Gomes (25-6-2003)
Ministro EROS Roberto GRAU (30-6-2004)
Ministro Enrique RICARDO LEWANDOWSKI (16-3-2006)
Ministra CÁRMEN LÚCIA Antunes Rocha (21-6-2006)
Ministro José Antonio DIAS TOFFOLI (23-10-2009)

COMPOSIÇÃO DAS TURMAS

PRIMEIRA TURMA

Ministro CARLOS Augusto Ayres de Freitas BRITTO, Presidente
Ministro MARCO AURÉLIO Mendes de Farias Mello
Ministro Enrique RICARDO LEWANDOWSKI
Ministra CÁRMEN LÚCIA Antunes Rocha
Ministro José Antonio DIAS TOFFOLI

SEGUNDA TURMA

Ministra ELLEN GRACIE Northfleet, Presidente
Ministro José CELSO DE MELLO Filho
Ministro Antonio CEZAR PELUSO
Ministro JOAQUIM Benedito BARBOSA Gomes
Ministro EROS Roberto GRAU

PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Doutor ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS

COMPOSIÇÃO DAS COMISSÕES

COMISSÃO DE REGIMENTO

Ministro MARCO AURÉLIO
Ministra CÁRMEN LÚCIA
Ministro CEZAR PELUSO
Ministro DIAS TOFFOLI – Suplente

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministra ELLEN GRACIE
Ministro JOAQUIM BARBOSA
Ministro RICARDO LEWANDOWSKI

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro CEZAR PELUSO
Ministro CARLOS BRITTO
Ministro EROS GRAU

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro CELSO DE MELLO
Ministro EROS GRAU
Ministro DIAS TOFFOLI

SUMÁRIO

Pág.
ACÓRDÃOS 9
ÍNDICE ALFABÉTICO 505
ÍNDICE NUMÉRICO 533

ACÓRDÃOS

PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 1 — DF

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil — Interessadas: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP e Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR

Proposta de súmula vinculante. Inquérito policial. Advogado do indiciado. Vista dos autos.

1. Aprovada a Súmula Vinculante 14, com a seguinte redação: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa."

2. Proposta acolhida com a aprovação da Súmula Vinculante 14.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência da Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, acolher a proposta de edição de súmula vinculante e aprovar o enunciado da Súmula Vinculante 14 nos seguintes termos: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa."

Brasília, 2 de fevereiro de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Pedido para a edição de súmula vinculante formulado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no tocante ao exame dos autos do inquérito policial sigiloso por parte do advogado constituído pelo investigado.

O Requerente justifica seu pedido sob o argumento de que, apesar dos precedentes desta Suprema Corte no sentido da inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial, vários juízes têm negado aos advogados o acesso aos autos em questão.

Propõe a edição da súmula com a seguinte redação:

> O advogado constituído pelo investigado, ressalvadas as diligências em andamento, tem o direito de examinar os autos de inquérito policial, ainda que estes tramitem sob sigilo.

Parecer do Ministério Público Federal desfavorável à edição da súmula vinculante ora proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (fls. 26 a 29).

A Comissão de Regimento desta Suprema Corte, integrada pela Ministra **Ellen Gracie** e pelos Ministros **Joaquim Barbosa** e **Ricardo Lewandowski**, assim, opinou:

> (...) esta Comissão **considera** devidamente **atendidos** todos os **requisitos formais** indispensáveis à normal tramitação da presente proposta externa de edição de enunciado de súmula vinculante.
>
> Por já ter havido a designação de relatoria e, até mesmo, manifestação de mérito do Senhor Procurador-Geral da República, poderiam os autos, considerado o procedimento ora proposto, retornar ao eminente Relator, Ministro Menezes Direito, que, após abrir oportunidade à admissão de *amici curiae* e sobre tais pedidos deliberar, pedirá a inclusão do feito em pauta de julgamento do Plenário.
>
> (Fls. 44/45.)

Determinei, à fl. 55, de acordo com o § 2º do art. 3º da Lei 11.417/06, a abertura do prazo de 10 (dez) dias para que eventuais terceiros interessados se manifestassem quanto à proposta de edição de súmula vinculante.

A Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) protocolou petição, sob o número 170.081/08 (fls. 62 a 68), ratificando os argumentos apresentados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e propondo fosse complementada a redação oferecida na inicial, a fim de que conste:

> O advogado constituído pelo investigado, ressalvadas as diligências em andamento, tem o direito de examinar **e obter cópia dos** autos de inquérito policial, ainda que este tramite sob sigilo.

A Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) protocolou petição, sob o número 174.251/08 (fls. 93 a 105), manifestando-se contrariamente

à edição da súmula vinculante, "por não haver dúvida de que o modelo de persecução criminal brasileira ficará substancialmente comprometido, em especial na repressão dos delitos mais graves".

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Trata-se de pedido de edição de súmula vinculante para regular o exame dos autos do inquérito policial sigiloso pelos advogados constituídos pelos investigados.

A matéria objeto da presente proposta já foi tratada em diversos precedentes de ambas as Turmas e do Plenário desta Suprema Corte. Vejamos:

> *Habeas corpus – Prejuízo – Ambiguidade e necessidade de pronunciamento do Supremo*. Surgindo ambíguo o prejuízo da impetração e sendo o tema de importância maior, considerado o Estado Democrático de Direito, impõe-se o pronunciamento do Supremo quanto à matéria de fundo.
>
> *Inquérito – Sigilo – Alcance – Acesso por profissional da advocacia*. O sigilo emprestado a autos de inquérito não obstaculiza o acesso por profissional da advocacia credenciado por um dos envolvidos, no que atua a partir de visão pública, a partir da fé do grau detido.
>
> (HC 88.520/AP, Plenário, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, Rel. p/ o ac. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 19-12-07.)

> **I** – *Habeas corpus*: inviabilidade: incidência da Súmula 691 ("Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar").
>
> **II – Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial.**
>
> 1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio.
>
> 2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado – interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial –, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94, art. 7º, XIV), da qual – ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas – não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade.
>
> 3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações.

4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. Lei 9.296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório.

5. *Habeas corpus* de ofício deferido, para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial e a obtenção de cópias pertinentes, com as ressalvas mencionadas.

(HC 90.232/AM, Primeira Turma, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 2-3-07.)

Advogado. Investigação sigilosa do Ministério Público Federal. Sigilo inoponível ao patrono do suspeito ou investigado. Intervenção nos autos. Elementos documentados. Acesso amplo. Assistência técnica ao cliente ou constituinte. Prerrogativa profissional garantida. Resguardo da eficácia das investigações em curso ou por fazer. Desnecessidade de constarem dos autos do procedimento investigatório. *Habeas corpus* concedido. Inteligência do art. 5º, LXIII, da CF; do art. 20 do CPP; do art. 7º, XIV, da Lei 8.906/94, art. 16 do CPPM; e do art. 26 da Lei 6.368/76. Precedentes. É direito do advogado, suscetível de ser garantido por *habeas corpus*, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte.

(HC 88.190/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. **Cezar Peluso**, *DJ* de 6-10-06.)

Habeas corpus – Impetrações sucessivas – Liminar – Julgamento definitivo – Verbete 691 da Súmula do Supremo – Inadequação. Uma vez verificado o julgamento de fundo da impetração formalizada na origem, considerada a dinâmica do processo, imprópria é a evocação do óbice revelado pelo Verbete 691 da Súmula do Supremo.

Inquérito – Elementos coligidos e juntados – Acesso da defesa – Devido processo legal. Descabe indeferir o acesso da defesa aos autos do inquérito, ainda que deles constem dados protegidos pelo sigilo.

(HC 92.331/PB, Primeira Turma, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 1º-8-08.)

I – *Habeas corpus* prejudicado dado o superveniente julgamento do mérito do mandado de segurança cuja decisão liminar era objeto da impetração ao Superior Tribunal de Justiça e, em consequência, deste.

II – *Habeas corpus*: inviabilidade: incidência da Súmula 691 ("Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de '*habeas corpus*' impetrado contra decisão do Relator que, em '*habeas corpus*' requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar").

III – Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial.

1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos

fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio.

2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado – interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial –, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94, art. 7º, XIV), da qual – ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas – não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade.

3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações.

4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. Lei 9.296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência, a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório.

5. *Habeas corpus* de ofício deferido, para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial e a obtenção de cópias pertinentes, com as ressalvas mencionadas.

(HC 87.827/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 23-6-06.)

I – *Habeas corpus*: cabimento: cerceamento de defesa no inquérito policial.

1. O cerceamento da atuação permitida à defesa do indiciado no inquérito policial poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade ou na mensuração desta: a circunstância é bastante para admitir-se o *habeas corpus* a fim de fazer respeitar as prerrogativas da defesa e, indiretamente, obviar prejuízo que, do cerceamento delas, possa advir indevidamente à liberdade de locomoção do Paciente.

2. Não importa que, neste caso, a impetração se dirija contra decisões que denegaram mandado de segurança requerido, com a mesma pretensão, não em favor do paciente, mas dos seus advogados constituídos: o mesmo constrangimento ao exercício da defesa pode substantivar violação à prerrogativa profissional do advogado – como tal, questionável mediante mandado de segurança – e ameaça, posto que mediata, à liberdade do indiciado – por isso legitimado a figurar como paciente no *habeas corpus* voltado a fazer cessar a restrição à atividade dos seus defensores.

II – Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial.

1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos

fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio.

2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado – interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial –, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94, art. 7º, XIV), da qual – ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas – não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade.

3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações.

4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. Lei 9.296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência, a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório.

5. *Habeas corpus* deferido para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial, antes da data designada para a sua inquirição.

(HC 82.354/PR, Primeira Turma, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 24-9-04.)

Da minha lavra, na mesma linha, menciono a decisão monocrática proferida no Inq 2.652/PR.

Com efeito, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem assegurado a amplitude do direito de defesa, o exercício do contraditório e o devido processo legal (art. 5º, incisos LIV e LV, CF) mesmo que em sede de inquéritos policiais e/ou processos originários, cujos conteúdos devam ser mantidos sob sigilo.

Por outro lado, a redação sugerida pelo requerente já exclui da determinação contida na súmula as diligências em andamento, o que afasta o argumento do Ministério Público Federal de que o acesso do advogado do indiciado aos autos poderia implicar em obstáculo à efetividade da atividade investigatória.

No tocante às diligências já realizadas, portanto, de acordo com o posicionamento jurisprudencial firmado nesta Suprema Corte, entendo que deve ser assegurada vista dos autos ao advogado constituído pelo investigado.

Já com relação ao pedido de extração de cópias, tratando-se de autos submetidos a sigilo, devem as questões ser analisadas, caso a caso, pelo Magistrado competente, que tomará as devidas cautelas quando do exame do pedido. Considero, assim, que esse aspecto não deve integrar a redação da súmula.

Por fim, entendo que os reiterados pedidos formulados pelos advogados, visando assegurar o direito a ampla defesa nos autos do inquérito, indicam a pertinência da edição da súmula para regular a matéria.

Do exposto, acolho o pedido no sentido da edição de súmula vinculante, com o seguinte teor:

> É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Senhor Presidente, creio que é possível simplificar a matéria quanto ao seu mérito, porque, na realidade, esta Suprema Corte, em diversas e reiteradas oportunidades, tem assegurado o acesso do advogado nas situações que foram postas pelos advogados e pelo ilustre Dr. Subprocurador-Geral da República.

Em verdade, a Suprema Corte tem-se destacado com esse objetivo de assegurar, na radicalidade do seu sentido jurídico, a ampla defesa e a garantia do contraditório.

Eu vou pedir licença ao eminente Subprocurador-Geral apenas para fazer uma observação no sentido de que não creio, sob nenhum ângulo, que se possa dizer que a aprovação da súmula significa um obstáculo à tutela penal a ser exercida pelo Estado, porque, quando esta Suprema Corte, em diversas oportunidades, assegura o amplo acesso dos advogados aos autos da investigação, ela está no pressuposto de que essa investigação se dá no campo de uma sociedade democrática, e uma sociedade democrática, pelo menos na minha compreensão, é incompatível com qualquer ato de investigação que seja sigiloso, que corra à revelia, que não se dê ciência àquele interessado para que ele possa produzir a sua defesa e até mesmo matar, no nascedouro, qualquer tipo de investigação que possa ter nascido, e muitas vezes V. Exa. sabe que nasce, por denúncia anônima.

Então, não creio que as posições reiteradas da Suprema Corte tenham esse sentido que a douta Procuradoria da República apresentou na sua manifestação explícita nestes autos.

Poder-se-ia argumentar, aí, sim, que se trataria de uma matéria processual e que, sendo uma matéria processual, não seria pertinente a edição de uma súmula vinculante, porque, sendo matéria de processo, estaria fora do alcance constitucional e, portanto, fora da abrangência da matéria relativa à súmula vinculante.

Gostaria de vencer esse argumento com outro, pelo menos como ponderação. É que, neste caso, trata-se de um direito substantivo do exercício do direito de defesa, ou seja, numa palavra, trata-se de assegurar especificamente ao

advogado a defesa do seu constituinte pelos meios próprios, um direito que está inserido na cláusula fundamental do art. 5º. E, por este motivo, na reiteração dos pronunciamentos da Corte Suprema, seria razoável que se avançasse para consolidar esta posição no sentido de vincular-se a posição da Suprema Corte a esta específica manifestação de assegurar aos advogados o direito de amplo acesso aos autos de qualquer investigação.

Ponho-me em sentido, pelo menos de observação, para aguardar a manifestação dos meus ilustres Colegas no tocante à proposta de acréscimo no que diz respeito às cópias, porque tenho a sensação, e fui advogado durante muitos anos, de que esse direito à cópia num inquérito sigiloso não é essencial a ponto de desqualificar a participação do advogado nos termos em que a Ordem dos Advogados pôs na súmula: com acesso amplo aos autos do inquérito.

Senhor Presidente, gostaria de sugerir, além daquela que foi dada pela Ordem dos Advogados do Brasil, de apresentar, e a Corte sabe que não brigo contra os fatos redacionais, que a redação é uma matéria consensual, o que se tem de examinar é o mérito em si mesmo, e, com relação ao mérito, creio que existe convergência, outra proposta de redação; poder-se-ia até dizer que há uma convergência teilhardiana, *tout ce qui monte converge*; estamos todos de acordo nesse sentido do alcance da Corte Suprema no assegurar o direito amplo do advogado aos autos desses inquéritos judiciais, eu gostaria de ponderar uma outra sugestão que consta de um precedente específico da Segunda Turma, de que foi Relator o eminente Ministro **Cezar Peluso**.

A proposta da Ordem dos Advogados diz o seguinte:

> O advogado constituído pelo investigado, ressalvadas as diligências em andamento, tem o direito de examinar os autos de inquérito policial, ainda que estes tramitem sob sigilo.

Essa é a proposta que veio da Ordem dos Advogados do Brasil.

A proposta que estou também sugerindo consta de ementa, de acórdão da Segunda Turma, unânime, de que foi Relator o Ministro **Cezar Peluso**, e que diz o seguinte:

> É direito do advogado, suscetível de ser garantido por *habeas corpus*, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte.

Tenho a impressão de que essa redação é um pouco mais abrangente e explicita com mais substância do que aquela que a própria apresentou na sua manifestação. Ou seja, numa palavra, o que me parece oportuno é que nesta oportunidade se adote para a súmula vinculante as mesmas perspectivas que adotamos em julgados cujos temas também tinham esse envolvimento relativo à garantia do exercício do direito de defesa.

Eu, portanto, Senhor Presidente, concluo no sentido de julgar procedente a proposta de súmula vinculante, vencendo essa objeção muito fundada de que poderia ser tida como uma matéria processual e no sentido também de, se acolhida esta manifestação pela procedência da proposta, sugerir esta súmula tal e qual consta da ementa de acórdão de que foi Relator o Ministro **Cezar Peluso** na Segunda Turma.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, V. Exa. me permite e os Colegas também?

Quero endossar integralmente o que diz o Ministro Menezes Direito relativamente ao mérito da questão que está posta. Nós todos convergimos quanto ao entendimento de que o advogado – isto é um entendimento antigo – tem realmente direito de acesso aos autos e conhecimento integral daquilo que é imputado contra o investigado. No entanto, Senhor Presidente, Senhores Ministros, creio que me deva ser feita justiça no sentido de que sou uma velha defensora da súmula vinculante. Sempre fui uma entusiasta do instituto e creio que ele, em boa hora, veio como uma medida importante especialmente no que diz respeito à possibilidade de administração judiciária.

Como ferramenta útil à administração judiciária, creio que se impõe, ao examinar a proposta de enunciado, a consideração de conveniência e oportunidade. E faço essa provocação ao eminente Relator e também aos Colegas para que possamos verificar se este é, efetivamente, um daqueles casos em que haja urgência e necessidade de a Corte Suprema manifestar um absoluto posicionamento a respeito da matéria, matéria que, como se sabe, e foi desenvolvido no parecer da Procuradoria da República, interessa – sejamos claros – não àqueles investigados de pouco poder aquisitivo.

Coloco essa provocação para os Colegas refletirem porque acho que esse instrumento extremamente poderoso, colocado pelo legislador nas mãos do Supremo Tribunal Federal, não deve, de forma nenhuma, a Corte eventualmente permitir que ele seja manipulado para finalidades que não sejam as de estrita administração judiciária.

Eu me faço clara, Senhor Presidente. Sempre entendi que o uso da súmula vinculante deveria, pelo menos nos seus primórdios, atender à grande massa de processos que hoje inviabiliza o funcionamento do Judiciário. E V. Exa., no discurso brilhante que proferiu hoje pela manhã, assim o salientou.

Matérias tributárias, matérias referentes à Previdência Social que abarrotam os nossos fóruns deveriam ser as matérias prioritárias para a pacificação por meio da edição de súmula vinculante.

Duvido que este tema tenha tanta abrangência que mereça, ao menos no momento, a apreciação da Corte. É a provocação que faço, ainda me resguardando para, no debate, evoluir.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Gostaria só de agradecer a intervenção da Ministra **Ellen Gracie**, mas o que eu pude verificar, pelo menos até onde vai o meu conhecimento, que são muitos os casos e não dizem respeito só àqueles de colarinho-branco, dizem respeito, também, a pessoas comuns, ou seja, a Suprema Corte, em muitos e muitos casos, tem manifestado essa posição. E, se isso é assim, como me parece que seja, dada a verificação dos precedentes existentes, tenho que é oportuna a manifestação da Suprema Corte basicamente porque ela nasce, até mesmo, de uma provocação autorizada constitucionalmente de proposta de súmula vinculante.

E a Suprema Corte tem de ter a cautela, pelo menos na minha visão, de fazer com que esses grandes temas relativos ao direito de defesa sejam assegurados até mesmo por súmula vinculante, porque esses são os temas, pelo menos insisto na minha compreensão, que dizem mais respeito ao papel emergente da Suprema Corte como último estágio da garantia das liberdades fundamentais.

Mas agradeço a intervenção da eminente Ministra **Ellen Gracie**.

EXPLICAÇÃO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, quero saber, inicialmente, se o que se está a discutir já é o voto do Ministro Relator ou se a questão aventada pela Ministra Ellen Gracie, quanto à oportunidade, será objeto de debate, porque, nesse caso, o Ministro Menezes Direito estaria – se estou entendendo – a dizer que é oportuno, uma vez que a proposta foi apresentada pela Ordem dos Advogados, nos termos constitucionalmente estabelecidos, e que a oportunidade viria dos casos ao Supremo na hora exatamente em que, dando cobro a uma norma constitucional de competência ou de atribuição, a Ordem dos Advogados fez valer essa prerrogativa e entendeu que o papel do advogado precisa ser discutido neste momento. É isso? V. Exa. está dizendo que a proposta da Ministra Ellen Gracie seria superada, quanto à oportunidade, exatamente porque foi agora, neste momento, que houve a apresentação da discussão a partir da proposição da OAB?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Considerando, também, que se trata de um tema relativo a direitos fundamentais, direito à liberdade.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: E que já há reiterados pronunciamentos.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, dando sequência ao que foi posto pelo Ministro Menezes Direito, acompanho S. Exa., quanto ao mérito, no sentido exatamente de que, pedindo vênia à Procuradoria, tenho a impressão de que não há divergência, como bem apresentou o Ministro Relator, porque investigação não é devassa. A devassa não é cabível num Estado de direito; e a devassa, aqui, dispensa a presença de advogado.

E diria, até, independentemente do que se venha a anotar nos apontamentos feitos por V. Exa., pela Procuradoria da República, o que se está a discutir é qual o papel do advogado nos termos que a Constituição põe no art. 132, que precisa garantir a prestação da justiça que começa, muitas vezes, exatamente na investigação.

Razão pela qual acompanho o voto do eminente Relator.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, peço vênia também para acompanhar o Relator, consignando, inicialmente, que entendo que é oportuno e conveniente o debate e a edição da súmula vinculante sobre o tema, neste momento, não apenas porque a Corte foi provocada pela colenda Ordem dos Advogados do Brasil, como também porque se trata de tema relativo aos direitos fundamentais. Esses direitos se colocam no ápice de todos os valores da Constituição Federal.

Entendo que o direito de acesso pelas partes ao que se contém nos processos judiciais e também nos processos administrativos deflui diretamente do princípio democrático, do princípio da publicidade, que deve nortear a ação da administração pública e também dos valores que integram o catálogo de Direitos Fundamentais da nossa Constituição.

De outra parte também, atento às preocupações do douto Ministério Público, observo que uma súmula vinculante não é uma lei, como todos sabemos, podendo, eventualmente, a autoridade descumpri-la em face do caso concreto, de modo fundamentado, quando o interesse público assim o exigir.

Também, no que concerne à proposta da doutíssima Associação dos Advogados de São Paulo, observo que o que pretende S. Exa. é exatamente obter cópia das peças que se contêm no inquérito policial.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: A Associação dos Advogados, se bem entendi a proposta, gostaria de acrescentar àquilo que sugeriu o eminente Ministro Menezes Direito que não apenas os advogados tivessem direito de examinar os autos do inquérito policial, mas também de tirar cópia das peças.

Mas gostaria de observar que este é um direito que já se contém no art. 7º, inciso XIV, do Estatuto da Ordem da Advocacia do Brasil que assim está redigido:

> Art. 7º São direitos do advogado:
> XIV – examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;

Portanto não cabe à súmula repetir a lei, *data venia*.

Então, Senhor Presidente, com essas considerações, acompanho integralmente a sugestão do eminente Ministro Relator Menezes Direito.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, inicialmente, eu me pronuncio sobre a preliminar suscitada pela Ministra Ellen Gracie quanto à oportunidade ou não da edição da súmula proposta.

Em princípio, estou achando que cabem os pressupostos do art. 103-A, com seu § 1º, e que estão presentes para a edição da súmula; primeiro, porque o Supremo poderá, por provocação – e houve uma provocação – de alguém com habilitação processual reconhecida pela própria Constituição em diversas passagens. Basta lembrar que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil é habilitado processual universal para as ações diretas de inconstitucionalidade.

Muito bem, e dispõe o art. 103-A da Constituição Federal:

> (...) após reiteradas decisões sobre matéria constitucional (...)

Aqui, a matéria é multiplamente constitucional, porque estão em jogo, segundo discussões já travadas, direitos individuais, como o da ampla defesa, exercício da profissão de advogado, investigação criminal, mediante abertura de inquérito policial. Todas essas matérias são de berço, são de matriz constitucional, explicitamente. E há – nós sabemos disso – decisões judiciais controvertidas sobre o tema – não aqui na Corte, ao que parece, mas fora da Corte, sim –, e, quando não, conflito de decisões judiciais com procedimentos da administração pública. Parece-me, então, que os pressupostos constitucionais de edição da súmula estão presentes. Nesse ponto, portanto, peço vênia à Ministra Ellen Gracie para não sufragar, não endossar, a sua lúcida proposta.

Quanto ao mérito, gostaria de suscitar alguma reflexão sobre o tema.

Faço, na Turma, uma ponderação recorrente. O art. 144 da Constituição se refere à segurança pública, qualificando-a como "dever do Estado, direito e responsabilidade de todos". Esta matéria, segurança pública, aqui nesse capítulo é entregue a alguns órgãos chamados de "segurança pública". Esses órgãos, como a polícia federal (pelo menos esse) e as polícias civis dos Estados – estas últimas presididas pelos delegados de polícia –, atuam mediante abertura de inquérito quando das investigações criminais.

O inquérito policial é de previsibilidade constitucional implícita e também explícita. Por exemplo, sobre o Ministério Público, no art. 129, inciso VIII, a Constituição fala explicitamente de inquérito policial, dizendo fazer parte das funções institucionais do Ministério Público:

> VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (...)

Quero dizer com isso que, de fato, a Constituição contrabalança a lista dos direitos individuais, neles embutido o tema da ampla defesa e do contraditório, com o dever do Estado de investigar criminalmente na perspectiva de

detectar infrações penais e identificar os respectivos autores. É o que a Associação Nacional dos Procuradores da República invoca, citando Manuel da Costa Andrade, professor português, quando corretamente – a meu ver – indica que o princípio da justiça penal eficaz, que podemos extrair do art. 144 da Constituição Federal, é um vetor necessário de ponderação com os direitos e garantias individuais, também em matéria penal.

Se, de um lado, temos direitos e garantias individuais em matéria penal, de lastro constitucional, também de lastro constitucional temos a consagração do princípio da justiça penal eficaz.

Nesse ponto, parece-me que são dois princípios que nos remetem, necessariamente, para Dworkin e Alexy, quando falam da aplicabilidade dos princípios como servientes, obedientes, ao necessário juízo de otimização. Ou seja, os princípios que colidem, no caso concreto, terão que ser aplicados mediante um juízo de otimização ou de ponderação. Daí essa definição dos princípios como "mandados de otimização".

Penso, portanto, que a redação da súmula deve encerrar, encarnar um mandado de otimização. Ela deve ter a virtude de consubstanciar um verdadeiro mandado de otimização ou de conciliação entre esses princípios igualmente constitucionais. De uma parte, falemos de princípio da ampla defesa; de outra parte, o princípio da justiça penal eficaz. E, aí, me parece que a redação da súmula comportaria uma discussão um pouquinho mais aprofundada. Por exemplo: eu faço uma distinção – não sei se procedente para o caso – entre autos do inquérito policial e diligências processadas nos autos, vale dizer, entre investigação e diligências concretizadoras da investigação. A investigação policial como um todo, uma espécie de continente; e as diligências como meios de operacionalizar a investigação. A investigação se dá por meio de sucessivas diligências.

Eu me perguntaria: nós deveríamos consagrar na súmula o direito irrestrito dos advogados de acesso aos autos da investigação, ou das diligências, de cada diligência já concluída? Claro que estou falando de um receio que é justo, de que o conhecimento prévio de uma diligência comprometa toda a linha da investigação. E, comprometendo toda a linha da investigação, o princípio da justiça penal eficaz resultaria vulnerado. É uma distinção que eu apenas pondero, levo à consideração dos eminentes Ministros.

De outra parte, também não posso deixar passar a oportunidade para lembrar o seguinte: ainda estou no juízo de otimização, no juízo de ponderação. O princípio da ampla defesa, vocalizado pelo art. 5º, inciso LV, diz:

> 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;

Ora, "em processo judicial ou administrativo". Nós sabemos que o inquérito policial nem é processo administrativo nem processo judicial, é pré-processo, um *tertium genus*. É uma terceira figura, uma terceira via de direito. Daí chamarmos muito até – eu nem gosto dessa expressão – de fase inquisitorial da investigação criminal.

Será que essa consideração de não ser o inquérito policial um processo administrativo nem judicial, e, portanto, não comportar essa defesa com toda a amplitude, não nos levaria também a fazer a distinção entre investigação e diligências investigatórias?

Senhor Presidente, são questionamentos que eu levanto para debate dos Senhores Ministros com a melhor das intenções, de encontrarmos uma redação que signifique um mandado de otimização diante de princípios que parecem colidentes.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Eu tenho a impressão de que o eminente Ministro **Carlos Britto** fez a sua razão no sentido de entender pela oportunidade e entender também pela necessidade de edição de súmula, com as cautelas necessárias no que concerne à redação.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Sim, perfeito.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Como todos nós sabemos, a redação vai depender do consenso, e eu estou de pleno acordo.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, penso que, de certo modo – não pelo fato de ter sido eu o Redator –, essa ementa responde às preocupações do Ministro Carlos Britto e da douta Procuradoria.

O que ficou muito claro, não apenas no meu voto condutor naquele *habeas corpus*, mas também em outros, é que duas coisas devem ser distinguidas nos inquéritos policiais: uma coisa são os elementos de provas já documentados. Quanto a estes elementos de prova já documentados, não encontro modo de restringir o direito dos advogados em defesa dos interesses do cliente envolvido nas investigações. Outra coisa são todos os demais movimentos, atos, ações e diligências da autoridade policial que também compõem o inquérito. A autoridade policial pode, por exemplo, proferir despacho que determine certas diligências cujo conhecimento pode frustrá-las; a esses despachos, a essas diligências, o advogado não tem direito de acesso prévio, porque seria concorrer com a autoridade policial na investigação e, evidentemente, inviabilizá-la. Por isso, da ementa consta textualmente: "ter acesso amplo aos elementos que, já documentados". Isto é, elementos de prova. Por isso, tal ementa, a meu ver, resguarda os interesses da investigação criminal, não apenas das diligências em andamen-to, mas ainda das diligências que estão em fase de deliberação. A autoridade policial

fica autorizada a não dar ciência prévia desses dados ao advogado, a qual poderia comprometer o resultado final da investigação. O que não se quer é retirar dos advogados, na defesa dos clientes envolvidos nas investigações, o acesso aos elementos de prova que já tenham sido documentados.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu pensei numa redação, Ministro, não sei se V. Exa. concordaria com a redação que fiz, também para a discussão, evidente.

"O advogado constituído pelo investigado tem o direito de acesso ao conteúdo das diligências policiais já concluídas em inquérito policial."

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Nem todas, porque, como disse o Procurador, com toda razão, há certos elementos que, embora já concluídos, indicam a necessidade de realização de outros.

Não é fácil. É questão grave. Há certas diligências cuja realização não se exaure em si mesma, mas aponta para outras.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Ministro Cezar Peluso, é por causa de todas essas especificidades que eu dizia que a matéria não convém nem é oportuno que seja sumulada. Uma súmula não pode ser submetida a interpretações de todas as autoridades policiais. Ou então, não é uma súmula vinculante.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas acho que, se o Tribunal deixar absolutamente claro, na aprovação da súmula, qual é o seu alcance em relação a esses termos, não haverá dúvida nenhuma. Isto é, as autoridades policiais continuarão autorizadas a estabelecer seu programa de investigação sem que os advogados lhe tenham acesso. O que não poderão evitar é apenas isso, e que me parece fundamental na súmula: os elementos de prova já coligidos, mas que não apontem para outras diligências, que não impliquem conhecimento do programa de investigação da autoridade policial, enfim que não cerceiem de nenhum modo o Estado no procedimento de investigação, esses não podem ser subtraídos do advogado. Então, ele terá acesso, mas evidentemente a autoridade policial estará autorizada a separar os elementos de inquérito. Por isso não me pareceu adequada a redação que faz remissão a autos de inquérito, até porque autos não andam, são mero papel; o que anda é o inquérito.

Em segundo lugar, a afirmação do poder de acesso "aos autos de inquérito" significaria tudo aquilo que a autoridade policial está elaborando e que, de algum modo, está por escrito compondo o inquérito. Aí, sim, ficaria inviabilizada toda a possibilidade de investigação, que, evidentemente, não se faz em termos de contraditório, em que a polícia atue conjuntamente com os advogados! Não é nada disso.

E, mais, o *leading case*, do qual participei, era de uma investigação que estava em andamento há não sei quantos anos e havia velhos elementos lá que ficaram conhecidos, do interessado, pela imprensa. Então, havia algum dado que já havia sido recolhido há anos e aos quais o interessado não teve acesso. O que ficou assegurado é que tivesse acesso àquilo que já tinha sido colhido eventualmente contra ele naquele caso; não que se opusesse impedimento à autoridade de prosseguir nas investigações como entendesse de direito.

É nesses termos, Senhor Presidente, que voto em favor da proposta do eminente Ministro Menezes Direito, porque ela deixa claro exatamente isto: não é acesso aos autos do inquérito, é acesso aos elementos de prova já documentados. Apenas isso.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Perfeito.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Não é aos autos do inquérito, mas aos elementos de prova já documentados. Foi por essa razão, desculpe-me Ministra **Ellen**, estou atravancando aí a palavra de V. Exa., que eu entendi que essa ementa da Segunda Turma, Relator Ministro **Peluso**, explicitava bem essas cautelas todas que estamos tomando.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Carlos Britto: Nesse caso, concluo o meu voto aderindo ao voto do eminente Relator, sem me pronunciar em definitivo, mas estou lendo, agora, a proposta do Ministro Peluso e, à primeira vista, me parece excelente.

VOTO
(Aditamento)

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, manifestei-me inicialmente apenas para suscitar a questão de conveniência e oportunidade, que me parece indispensável cada vez que esta Corte se manifesta a respeito das súmulas vinculantes, mas aquela ainda não era a minha manifestação final.

Neste momento, quero, em primeiro lugar, louvar a iniciativa da Ordem dos Advogados e manifestar o meu respeito antigo pelas bandeiras sustentadas por ela, muitas delas que eu mesma empunhei em tempos idos. A defesa intransigente da Ordem pelos direitos individuais, a defesa do direito à plena defesa no processo penal tem marcado a atuação dos seus ilustres integrantes.

De modo que o primeiro registro é este de que está adequada a atuação da Ordem nesta proposta.

Depois, também, gostaria de esclarecer – e foi *en passant* mencionado aqui no nosso debate – que sou Presidente da Comissão de Jurisprudência à qual, na forma regimental, se oferece a proposta de enunciado de súmula, para efeito de uma primeira manifestação. Para que não pareça, aí, uma incoerência de minha parte nem dos demais integrantes da Comissão, desejo afirmar que a nossa manifestação, Ministro Carlos Britto, se dá apenas com relação à regularidade do *iter* processual, até porque não seria viável que os três membros da Comissão adiantassem voto relativamente a outras questões, inclusive esta de conveniência e oportunidade.

De modo que o *iter* processual realmente foi todo seguido. O ilustre Relator teve as cautelas devidas. Fez publicar edital. De minha parte, gostaria que essa publicidade fosse ainda maior para que pudéssemos ouvir a respeito de uma matéria como esta, inclusive àqueles que terão obrigação de aplicar a súmula que

vamos editar. Aqui não houve qualquer manifestação, embora convocados por edital. As autoridades da órbita policial poderiam ter comparecido na qualidade de *amici curiae*. De modo que essa é também uma cautela que, talvez, para o futuro, deva ser adotada.

O ponto principal da minha discordância, e agora entro já no mérito, é que a súmula vinculante, um instituto que prezo extremamente, pelo qual me bati durante longos anos, é um instrumento extremamente poderoso, extremamente importante, que tem como objetivo principal o estabelecimento da segurança jurídica, ou seja, que a interpretação dada pelos Tribunais e pela Suprema Corte *seja uma só a respeito de determinada matéria de direito.*

Como vimos aqui no debate, ao que tudo indica, a aplicação ou não desta súmula vai depender de interpretação a ser dada por cada uma das autoridades policiais, no curso das investigações.

Isso não é um bom sinal – volto a dizer –, parece-me sinalizar no sentido das minhas preocupações. A súmula é algo que não deve ser passível de interpretação, deve ser suficientemente clara para ser aplicada sem maior tergiversação.

De modo que, fazendo esses reparos, peço vênia ao eminente Relator e aos demais Colegas que o acompanham, mas me manifesto contrariamente, não ao mérito, que, com relação a este, já foi dito, o próprio Estatuto da Ordem garante acesso dos ilustres defensores às peças processuais, mas quanto à edição da própria súmula.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, quando proferi meu voto, não tinha em mãos – recebi agora – a ementa do julgado do qual o eminente Ministro Cezar Peluso foi Relator.

Adiro, integralmente, a essa formulação, inclusive é a formulação proposta pelo eminente Ministro Relator Menezes Direito. Apenas observo o seguinte: nesta súmula, aliás, na ementa deste julgado, como não poderia deixar de ser, S. Exa. o Relator faz menção a um direito garantido por *habeas corpus*, mas como estamos aqui editando uma súmula, penso eu que a teor do art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal, é garantido por meio de reclamação.

Então, eu ponderaria, com todo o respeito, apenas fazendo este acréscimo: é direito do advogado suscetível de ser garantido por meio de reclamação, não por meio de *habeas corpus*. E aí segue integralmente a observação.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, a época é de delinquência maior. Os desvios de conduta afloram e as instituições vêm funcionando.

Compreendo a preocupação do Ministério Público quanto a não se criar obstáculo ao esclarecimento dos fatos, ao esclarecimento de possíveis imputações,

ao esclarecimento de dados que repercutam no campo penal, como também compreendo a colocação da Ministra Ellen Gracie, sob o ângulo da oportunidade, de editar-se um verbete de súmula vinculante versando a matéria. Mas o dia a dia do Judiciário, o dia a dia do Supremo tem demonstrado que episódios ocorrem a partir do afã de se chegar à atribuição de responsabilidade, olvidando-se, por vezes, franquias constitucionais, garantias constitucionais.

Temos enfrentado a matéria, e acabei mesmo de assinar um acórdão da Primeira Turma em que, revelado o tema, houve a concessão do *habeas corpus* para viabilizar o acesso do profissional da advocacia a peças já coligidas nos autos do inquérito.

Presidente, creio que devemos, com todo respeito que merece a Ministra Ellen Gracie, enfrentar a matéria – em boa hora suscitada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – pacificando-a. Tenho aqui mencionados, e fiz apenas uma pesquisa superficial, sete precedentes, a revelar que as controvérsias alusivas ao acesso se repetem, havendo, portanto, o requisito constitucional para a edição de verbete. Sete precedentes em que versado o direito inafastável de acesso a um certo processo, de acesso a autos de inquérito considerado o que neles se contenha em termos de documentação.

Recebi, Presidente, do Instituto de Defesa do Direito de Defesa peça subscrita pelo criminalista Arnaldo Malheiros Filho, Presidente do Conselho Deliberativo desse órgão, pela Presidente Flávia Rahal e pelo Vice-Presidente Roberto Soares Garcia, com proposta de um verbete cujo teor, a meu ver, atende aos ditames constitucionais e legais. Partiria apenas para alusão, também, à Defensoria Pública. E esse verbete está assim redigido:

> O advogado constituído por investigado ou por qualquer convocado [porque fica muito difícil definir-se *a priori* a qualificação daquele que se faz envolvido nos autos do inquérito, sabemos que muitas vezes é convocado o cidadão para prestar esclarecimentos já se tendo direcionamento objetivando investigá-lo, já o tendo como pessoa envolvida no episódio retratado no inquérito, daí a referência a convocado: ou por qualquer convocado] tem o direito [incluiria "bem como a Defensoria Pública", voltando os olhos, portanto, aos menos afortunados] de examinar integralmente os autos de inquérito policial [sabemos que a eficiência repousa na transparência dos atos praticados pelo Estado-administrador], ressalvadas as diligências em andamento, deles podendo obter cópia, ainda quando tramitem sob sigilo [e não estou aqui a revogar o artigo 20 do Código de Processo Penal, porque não o entendo como a encerrar um sigilo absoluto], devendo a autoridade policial fazer juntar aos autos imediatamente todos os documentos [já que poderemos ter a obstacularização de acesso mediante a inércia na juntada desses documentos; tive o cuidado de conferir os precedentes da Corte e notei que este tema da obrigatoriedade de juntada de documentos foi versado quando do julgamento do HC 82.354 e voltou a ser referido, mediante transcrição, no acórdão do HC 87.827, ambos da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, portanto há respaldo para inserção dessa obrigatoriedade de juntada de elementos de diligências já concluídas e que devem estar documentadas nos autos do inquérito], termos e assentadas de atos já encerrados, sob pena de reconhecimento de ilicitude dos elementos sonegados à defesa.

Sonegados por esta ou aquela forma. E sabemos que, na maioria das vezes, a sonegação é escamoteada a pretexto de guardar-se o êxito das investigações.

Eu me permitiria, Presidente, fazer uma ponderação ao estimado ministro Menezes Direito quanto ao verbete proposto e também ao Colegiado. Ouvimos, inclusive, na abertura do Ano Judiciário, que esta será a bandeira do Ministério Público Federal.

É que, quanto ao procedimento investigatório pelo Ministério Público, não há jurisprudência pacificada no Tribunal. Ao contrário, a matéria ainda se encontra pendente de crivo do Colegiado. Daí, a meu ver, não podermos inserir a referência a procedimento investigatório formalizado por órgão do Ministério Público.

Voto, Presidente, no sentido de entender oportuna a apreciação da matéria pelo Supremo, pacificando de vez o tema, e também no sentido de adotar o teor proposto – com o aditamento que implica a referência à Defensoria Pública – pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa. É como voto na espécie.

Tenho aqui comigo, no voto, Presidente, as referências ao HC 82.354, ao HC 87.827 – cito-os apenas para documentação no voto que estou proferindo –, ao HC 90.232, ao HC 88.190, ao HC 88.520, ao HC 92.331 e ao HC 91.684. Sob o ângulo da legislação, aponto a Constituição Federal, o art. 5º, inciso XXXIII, que revela o direito à informação, direito, inclusive, gratuito; o inciso LIV, quanto ao devido processo legal – e o entendo de forma abrangente; o inciso LV, e o art. 133 nela contido, relativo à participação do profissional da advocacia para alcançar-se a almejada justiça. No tocante ao Estatuto da Ordem, faço alusão aos arts. 6º, parágrafo único, e 7º, incisos XIII e XIV. Quanto ao Código de Processo Penal, aos arts. 9º e 14, e evoco o que seria, para alguns, obstáculo à aprovação do verbete, mas evoco em outra óptica, que é o art. 20.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Entendo altamente relevante** a formulação, **no caso**, de súmula vinculante, **tal como preconizada** no doutíssimo voto **proferido** pelo Senhor Relator, eminente Ministro MENEZES DIREITO.

Tenho salientado, Senhor Presidente, em **várias** decisões por mim proferidas no Supremo Tribunal Federal, que o Estado **não pode** ignorar **nem** transgredir o regime de direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República **assegura a qualquer pessoa** sob investigação criminal **ou** processo penal.

Ninguém ignora, exceto os cultores e executores do arbítrio, do abuso de poder **e** dos excessos funcionais, **que o processo penal** qualifica-se **como instrumento de salvaguarda** das liberdades individuais.

Daí por que se impõe, às autoridades públicas, neste País, **notadamente** àquelas que intervêm nos procedimentos de investigação penal **ou** nos processos

penais, **o dever de respeitar**, **de observar e de não transgredir limitações** que o ordenamento normativo **faz incidir** sobre o poder do Estado.

Formulou-se, na espécie, **consideradas** as razões expostas pelo E. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, **proposta** de súmula vinculante **destinada a garantir**, aos Advogados (**e**, por intermédio destes, aos Indiciados **e** aos Réus), **o direito de acesso – já** reconhecido em lei – aos autos de procedimentos penais **que tramitem em regime de sigilo**.

Como **anteriormente** já assinalei em **outras** decisões (**HC 87.725/DF**, Rel. Min. Celso de Mello – **HC 93.767-MC/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, **v.g.**), **a proposta** ora em exame **põe em evidência** situação **impregnada** de alto relevo jurídico-constitucional, **consideradas** as graves implicações que o regime de sigilo – **necessariamente** excepcional – **impõe** ao exercício, **em plenitude**, do direito de defesa **e** à prática, pelo advogado, **das prerrogativas profissionais** que lhe são inerentes (**Lei 8.906/94**, art. 7º, **incisos** XIII **e** XIV).

O Estatuto da Advocacia – ao dispor sobre o acesso do Advogado, **desde que investido** de mandato, aos procedimentos estatais **que tramitem** em regime de sigilo – **assegura-lhe**, como típica prerrogativa de ordem profissional, **o direito de examinar** os autos, **sempre** em benefício de seu constituinte, **e em ordem** a viabilizar, quanto a este, **o exercício** do direito de conhecer os dados probatórios **já** formalmente produzidos **no âmbito** da investigação penal, **para que se possibilite** a prática de direitos básicos de que **também** é titular **aquele** contra quem foi instaurada, pelo poder público, determinada persecução criminal.

Nem se diga, por absolutamente inaceitável, **considerada a própria declaração constitucional** de direitos, **que a pessoa** sob persecução penal (em juízo **ou** fora dele) **mostrar-se-ia destituída** de direitos e garantias. Esta Suprema Corte **jamais** poderá legitimar tal entendimento, **pois a razão de ser** do sistema de liberdades públicas **vincula-se**, em sua vocação protetiva, **a amparar** o cidadão **contra** eventuais excessos, abusos **ou** arbitrariedades **emanados** do aparelho estatal.

Cabe relembrar, no ponto, por necessário, **a jurisprudência** firmada pelo Supremo Tribunal Federal **em torno** da matéria **pertinente à posição jurídica** que o indiciado – **e**, com **maior** razão, **o próprio** Réu – **ostenta** em nosso sistema normativo, **e que lhe reconhece** direitos e garantias **inteiramente oponíveis** ao poder do Estado, **por parte** daquele que sofre a persecução penal:

> ***INQUÉRITO POLICIAL – UNILATERALIDADE – A SITUAÇÃO JURÍDICA DO INDICIADO.***
>
> *– **O inquérito policial**, que constitui instrumento de investigação penal, **qualifica-se** como procedimento administrativo **destinado a subsidiar** a atuação persecutória do Ministério Público, **que é** – enquanto "dominus litis" – o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária.*
>
> ***A unilateralidade** das investigações preparatórias da ação penal **não autoriza** a Polícia Judiciária **a desrespeitar** as garantias jurídicas **que assistem** ao indiciado, **que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações**.*

O Indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial.
(**RTJ 168/896-897**, Rel. Min. Celso de Mello.)

Não custa advertir, como já tive o ensejo de acentuar em decisão proferida **no âmbito** desta Suprema Corte (**MS 23.576/DF**, Rel. Min. Celso de Mello), **que o respeito** aos valores e princípios sobre os quais se estrutura, **constitucionalmente**, a organização do Estado Democrático de Direito, **longe de comprometer** a eficácia das investigações penais, **configura** fator de irrecusável legitimação **de todas as ações lícitas** desenvolvidas pela Polícia Judiciária, pelo Ministério Público **ou** pelo próprio Poder Judiciário.

A pessoa contra quem se instaurou persecução penal – **não importa** se em juízo **ou** fora dele – **não se despoja**, mesmo **que se cuide** de simples indiciado, de sua condição **de sujeito** de determinados direitos **e de senhor** de garantias indisponíveis, **cujo desrespeito só põe em evidência** a censurável (e inaceitável) **face arbitrária** do Estado, **a quem não se revela lícito desconhecer** que os poderes de que dispõe **devem** conformar-se, **necessariamente**, ao que prescreve o ordenamento positivo da República.

Esse entendimento – que **reflete** a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **construída** sob a égide **da vigente** Constituição – **encontra apoio** na lição de autores eminentes, que, **não desconhecendo** que o exercício do poder **não autoriza** a prática do arbítrio, **enfatizam** que, **mesmo em procedimentos inquisitivos** instaurados no plano da investigação policial, **há direitos titularizados pelo indiciado**, **que simplesmente não podem ser ignorados pelo Estado**.

Cabe referir, nesse sentido, **o magistério** de FAUZI HASSAN CHOUKE ("**Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**", p. 74, item n. 4.2, 1995, RT), de ADA PELLEGRINI GRINOVER ("**A Polícia Civil e as Garantias Constitucionais de Liberdade**", "*in*" "A Polícia à Luz do Direito", p. 17, 1991, RT), de ROGÉRIO LAURIA TUCCI ("**Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**", p. 383, 1993, Saraiva), de ROBERTO MAURÍCIO GENOFRE ("**O Indiciado: de Objeto de Investigações a Sujeito de Direitos**", "*in*" "Justiça e Democracia", vol. 1/181, item n. 4, 1996, RT), de PAULO FERNANDO SILVEIRA ("**Devido Processo Legal – Due Process of Law**", p. 101, 1996, Del Rey), de ROMEU DE ALMEIDA SALLES JUNIOR ("**Inquérito Policial e Ação Penal**", p. 60/61, item n. 48, 7ª ed., 1998, Saraiva) **e** de LUIZ CARLOS ROCHA ("**Investigação Policial – Teoria e Prática**", p. 109, item n. 2, 1998, Saraiva), **dentre outros**.

Impende destacar, de outro lado, **precisamente** em face da circunstância **de o indiciado** (**e** com **maior** razão, **o réu** em juízo criminal) **ser**, ele próprio, **sujeito de direitos**, **que o Advogado** por ele regularmente constituído **tem direito de acesso** aos autos da investigação (**ou** do processo) penal, **não obstante**

em tramitação sob regime de sigilo, **considerada a essencialidade** do direito de defesa, **que há de ser compreendido** – **enquanto** prerrogativa indisponível **assegurada** pela Constituição da República – em perspectiva global **e** abrangente.

É certo, no entanto, **em ocorrendo** a hipótese excepcional de sigilo – **e para que não se comprometa** o sucesso das providências investigatórias **em curso de execução** (**a significar**, portanto, que se trata de providências **ainda não formalmente incorporadas** ao procedimento de investigação) –, que o Acusado (e, até mesmo, o mero indiciado), **por meio** de Advogado por ele constituído, **tem o direito de conhecer** as informações "***já introduzidas*** *nos autos do inquérito,* ***não as relativas*** *à decretação* ***e*** *às vicissitudes da execução das diligências* ***em curso*** *(...)*" (**RTJ 191/547-548**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **grifei**).

Vê-se, pois, **que assiste**, àquele sob persecução penal do Estado, **o direito de acesso** aos autos, **por intermédio** de seu Advogado, **que poderá examiná-los**, **extrair** cópias **ou tomar** apontamentos (**Lei 8.906/94**, art. 7º, XIV), **observando-se**, quanto a tal prerrogativa, **orientação consagrada em decisões** proferidas **por esta** Suprema Corte (**HC 86.059-MC/PR**, Rel. Min. Celso de Mello – **HC 90.232/AM**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **Inq 1.867/DF**, Rel. Min. Celso de Mello – **MS 23.836/DF**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, **v.g.**), **mesmo quando** a persecução estatal esteja sendo processada em caráter sigiloso, **hipótese** em que o Advogado do investigado (**ou** do Indiciado **ou** do Denunciado **ou**, ainda, do Réu), **desde que por este constituído**, **poderá ter acesso** às peças que digam respeito à pessoa **do seu** cliente **e que instrumentalizem** prova **já produzida** nos autos, **tal como esta Corte** decidiu no julgamento **do HC 82.354/PR**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE (**RTJ** 191/547-548):

> ***Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado*** *– interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial –,* ***é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado, de acesso*** *aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (****Lei 8.906/94****, art. 7º, XIV),* ***da qual*** *– ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas –* ***não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo****: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações,* ***de modo*** *a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade.*
>
> ***A oponibilidade ao defensor constituído*** *esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (****CF****, art. 5º, LXIII),* ***que lhe assegura****, quando preso,* ***e pelo menos lhe faculta****, quando solto,* ***a assistência técnica*** *do advogado, que este não lhe poderá prestar* ***se lhe é sonegado*** *o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações.*
>
> ***O direito do indiciado****, por seu advogado,* ***tem por objeto*** *as informações* ***já introduzidas nos autos*** *do inquérito,* ***não*** *as relativas à decretação* ***e*** *às vicissitudes da execução de diligências* ***em curso (cf. Lei 9.296****, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências);* ***dispõe****, em consequência, a autoridade policial, de meios legítimos* ***para obviar*** *inconvenientes que o*

conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório.
(**Grifei.**)

Esse **mesmo** entendimento **foi por mim reiterado**, quando **do deferimento** de pleito cautelar **deduzido** em "*habeas corpus*" **impetrado contra** eminente Ministro **desta própria** Corte:

> ***INQUÉRITO POLICIAL. REGIME DE SIGILO. INOPONIBILIDADE*** *AO ADVOGADO* ***CONSTITUÍDO*** *PELO INDICIADO.* ***DIREITO DE DEFESA. COMPREENSÃO GLOBAL*** *DA FUNÇÃO DEFENSIVA.* ***GARANTIA CONSTITUCIONAL. PRERROGATIVA PROFISSIONAL*** *DO ADVOGADO (****LEI 8.906/94****, ART. 7º,* ***INCISOS*** *XIII* ***E*** *XIV).* ***OS ESTATUTOS DO PODER NÃO PODEM*** *PRIVILEGIAR O MISTÉRIO* ***NEM COMPROMETER****, PELA UTILIZAÇÃO DO REGIME DE SIGILO,* ***O EXERCÍCIO*** *DE DIREITOS* ***E*** *GARANTIAS FUNDAMENTAIS* ***POR PARTE*** *DAQUELE QUE SOFRE INVESTIGAÇÃO PENAL.* ***CONSEQUENTE ACESSO*** *AOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS* ***JÁ*** *DOCUMENTADOS, PRODUZIDOS* ***E FORMALMENTE INCORPORADOS*** *AOS AUTOS DA INVESTIGAÇÃO PENAL.* ***POSTULADO*** *DA COMUNHÃO* ***OU*** *DA AQUISIÇÃO DA PROVA.* ***PRECEDENTES*** *(STF).* ***DOUTRINA****.* ***MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA****.*
>
> *– O indiciado* ***é sujeito*** *de direitos* ***e dispõe*** *de garantias* ***plenamente*** *oponíveis ao poder do Estado (****RTJ*** *168/896-897).* ***A unilateralidade*** *da investigação penal* ***não autoriza que se desrespeitem*** *as garantias básicas de que se acha investido,* ***mesmo*** *na fase pré-processual,* ***aquele*** *que sofre,* ***por parte*** *do Estado, atos de persecução criminal.*
>
> *– O sistema normativo brasileiro* ***assegura****, ao Advogado regularmente* ***constituído*** *pelo indiciado (****ou*** *por aquele submetido a atos de persecução estatal),* ***o direito de pleno acesso*** *aos autos de investigação penal,* ***mesmo*** *que sujeita a regime de sigilo (****necessariamente*** *excepcional),* ***limitando-se****, no entanto, tal prerrogativa jurídica, às provas* ***já produzidas e formalmente incorporadas*** *ao procedimento investigatório,* ***excluídas****, consequentemente, as informações* ***e*** *providências investigatórias* ***ainda*** *em curso de execução* ***e****, por isso mesmo,* ***não documentadas*** *no próprio inquérito.* ***Precedentes****.* ***Doutrina****.*
> (**HC 87.725/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, **DJU** 2-2-07.)

Os eminentes Advogados ALBERTO ZACHARIAS TORON **e** ALEXANDRA LEBELSON SZAFIR, em **recentíssima** obra – **que versa**, dentre outros temas, **aquele** ora em análise ("**Prerrogativas Profissionais do Advogado**", p. 86, item n. 1, 2006, OAB Editora) –, **examinaram**, com precisão, **a questão suscitada pela injusta recusa**, ao Advogado **investido** de procuração (**Lei 8.906/94**, art. 7º, XIII), **de acesso** aos autos de inquérito policial **ou** de processo penal **que tramitem**, excepcionalmente, **em regime de sigilo**, **valendo rememorar**, a esse propósito, **a seguinte passagem**:

> ***No que concerne*** *ao inquérito policial* ***há regra clara*** *no Estatuto do Advogado* ***que assegura*** *o direito aos advogados de,* ***mesmo*** *sem procuração, ter acesso aos autos (art. 7º, inc. XIV)* ***e que não é excepcionada*** *pela disposição constante* ***do § 1º*** *do mesmo artigo* ***que trata*** *dos casos de sigilo.* ***Certo é que***

*o inciso XIV do art. 7º não fala a respeito dos inquéritos marcados pelo sigilo. **Todavia**, **quando** **o** **sigilo** **tenha** **sido** **decretado**, **basta** **que** **se** **exija** o instrumento procuratório **para** **se** **viabilizar** a vista dos autos do procedimento investigatório. **Sim**, **porque** **inquéritos** **secretos** **não** **se** **compatibilizam** com a garantia de o cidadão ter ao seu lado um profissional para assisti-lo, **quer** para permanecer calado, **quer** para não se autoincriminar (**CF**, art. 5º, LXIII). **Portanto**, a presença do advogado no inquérito **e**, sobretudo, **no flagrante** não é de caráter afetivo **ou** emocional. **Tem** **caráter** **profissional**, efetivo, **e** não meramente simbólico. **Isso**, porém, **só** **ocorrerá** **se** **o** **advogado** **puder** **ter** **acesso** **aos** **autos**. **Advogados cegos**, "blind lawyers", **poderão**, quem sabe, **confortar** afetivamente seus assistidos, **mas**, juridicamente, **prestar-se-ão**, unicamente, a **legitimar** tudo o que no inquérito se fizer **contra** o indiciado.*
(**Grifei.**)

Cumpre **referir**, ainda, que a colenda **Segunda** **Turma** do Supremo Tribunal Federal, **ao** **apreciar** **o** **HC** **88.190/RJ**, Rel. Min. CEZAR PELUSO, **reafirmou** **o** **entendimento** anteriormente adotado por esta Suprema Corte (**HC** **86.059-MC/PR**, Rel. Min. Celso de Mello – **HC** **87.827/RJ**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), **em** **julgamento** que restou consubstanciado em acórdão assim ementado:

***ADVOGADO**. **Investigação** **sigilosa** do Ministério Público Federal. **Sigilo** **inoponível** **ao** **patrono** do suspeito **ou** investigado. **Intervenção** **nos** **autos**. **Elementos** **documentados**. **Acesso** **amplo**. **Assistência** **técnica** ao cliente **ou** constituinte. **Prerrogativa** **profissional** **garantida**. **Resguardo** da eficácia das investigações **em** **curso** **ou** **por** **fazer**. **Desnecessidade** de constarem dos autos do procedimento investigatório. **HC** **concedido**. **Inteligência** **do** **art. 5º**, LXIII, da CF, art. 20 do CPP, art. 7º, XIV, da Lei 8.906/94, art. 16 do CPPM, e art. 26 da Lei 6.368/76. **Precedentes**. **É** **direito** **do** **advogado**, suscetível de ser garantido por habeas corpus, **o** **de**, em tutela **ou** no interesse do cliente envolvido nas investigações, **ter** **acesso** **amplo** aos elementos que, **já** **documentados** em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, **digam** respeito ao constituinte.*
(**Grifei.**)

Cabe **destacar**, neste ponto, **um** **outro** **aspecto** **relevante** do tema em análise. **Refiro-me** **ao** **postulado** **da** **comunhão** **da** **prova**, cuja eficácia projeta-se **e** incide **sobre** **todos** os dados informativos, que, **concernentes** à "*informatio delicti*", **compõem** o acervo probatório **coligido** **–** e formalmente **incorporado** aos autos – pelas autoridades **e** agentes estatais.

Esse postulado **assume** inegável importância **no** **plano** **das** **garantias** **de** **ordem** **jurídica** reconhecidas ao investigado **e** ao réu, **pois**, como se sabe, **o** **princípio** **da** **comunhão** (**ou** da aquisição) **da** **prova** **assegura**, ao que sofre persecução penal – **ainda** que submetida esta ao regime de sigilo –, **o** **direito** **de** **conhecer** os elementos de informação **já** **existentes** nos autos **e** **cujo** **teor** **possa** **ser**, eventualmente, **de** **seu** **interesse**, **quer** para efeito de exercício da autodefesa, **quer** para desempenho da defesa técnica.

É que a prova penal, **uma vez regularmente introduzida** no procedimento persecutório, **não pertence** a ninguém, **mas integra** os autos do respectivo inquérito **ou** processo, **constituindo**, desse modo, **acervo plenamente acessível** a todos quantos sofram, **em referido procedimento sigiloso**, atos de persecução penal por parte do Estado.

Essa compreensão do tema – cabe ressaltar – **é revelada** por autorizado magistério doutrinário (ADALBERTO JOSÉ Q. T. DE CAMARGO ARANHA, "**Da Prova no Processo Penal**", p. 31, item n. 3, 3ª ed., 1994, Saraiva; DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, "**O Princípio da Comunhão da Prova**", "*in*" Revista Dialética de Direito Processual (RDPP), vol. 31/19-33, 2005; FERNANDO CAPEZ, "**Curso de Processo Penal**", p. 259, item n. 17.7, 7ª ed., 2001, Saraiva; MARCELLUS POLASTRI LIMA, "**A Prova Penal**", p. 31, item n. 2, 2ª ed., 2003, Lumen Juris, **v.g.**), **valendo referir**, por extremamente relevante, **a lição expendida** por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ("**O Juiz e a Prova**", "*in*" Revista de Processo, nº 35, Ano IX, abril/junho de 1984, p. 178/184):

> ***E basta pensar no seguinte: se a prova for feita, pouco importa a sua origem***. *(...). A prova do fato não aumenta nem diminui de valor segundo haja sido trazida por aquele a quem cabia o ônus, ou pelo adversário.* ***A isso se chama o "princípio da comunhão da prova": a prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa sua fonte, pouco importa sua proveniência***. *(...).*
> (**Grifei.**)

Cumpre rememorar, ainda, **ante a sua inteira pertinência**, o magistério de PAULO RANGEL ("**Direito Processual Penal**", p. 411/412, item n. 7.5.1, 8ª ed., 2004, Lumen Juris):

> ***A palavra comunhão*** *vem do latim "communione",* ***que significa*** *ato ou efeito de comungar, participação em comum em crenças, ideias ou interesses.* ***Referindo-se à prova****, portanto,* ***quer-se dizer que a mesma, uma vez no processo, pertence a todos os sujeitos processuais*** *(partes e juiz),* ***não obstante*** *ter sido levada apenas por um deles. (...).*
>
> ***O princípio da comunhão da prova*** *é um consectário lógico dos princípios da verdade real* ***e*** *da igualdade das partes na relação jurídico processual,* ***pois*** *as partes, a fim de estabelecer a verdade histórica nos autos do processo, não abrem mão do meio de prova levado para os autos.*
>
> *(...)* ***Por conclusão, os princípios*** *da verdade real* ***e*** *da igualdade das partes na relação jurídico-processual* ***fazem*** *com que as provas carreadas para os autos* ***pertençam a todos*** *os sujeitos processuais,* ***ou seja, dão origem ao princípio da comunhão das provas***.
> (**Grifei.**)

É por tal razão que se impõe assegurar, aos investigados **e** aos réus em geral, **o acesso a toda informação já produzida e formalmente incorporada** aos autos da persecução penal, **mesmo porque** o conhecimento do acervo probatório **pode revestir-se** de particular relevo para a própria defesa de qualquer deles.

É fundamental, no entanto, que os elementos probatórios **já tenham sido formalmente produzidos** nos autos da persecução penal.

O que não se revela constitucionalmente lícito, segundo entendo, **é impedir** que o Réu (**ou** Indiciado, **quando** for o caso) tenha pleno acesso aos dados probatórios, que, **já documentados** nos autos (**porque** a estes formalmente incorporados), **veiculam** informações **que possam revelar-se úteis** ao conhecimento da verdade real **e** à condução da defesa da pessoa investigada **ou** processada pelo Estado, **não obstante** o regime de sigilo **excepcionalmente** imposto ao procedimento de persecução penal.

O fascínio do mistério **e o culto** ao segredo **não devem estimular**, no âmbito de uma sociedade livre, **práticas estatais** cuja realização, **notadamente** na esfera penal, **culmine em ofensa** aos direitos básicos **daquele** que é submetido, pelos órgãos **e** agentes do Poder, a atos de persecução criminal, **valendo relembrar**, por oportuno, **a advertência** de JOÃO BARBALHO **feita** em seus comentários à Constituição Federal **de 1891** ("**Constituição Federal Brasileira – Comentários**", p. 323/324, edição fac-similar, 1992, Senado Federal):

> ***O pensamento de facilitar amplamente a defesa dos acusados conforma-se bem com o espírito liberal das disposições constitucionais relativas à liberdade individual****, que vamos comentando.* ***A lei não quer*** *a perdição daqueles que a justiça processa;* ***quer só que bem se apure a verdade da acusação e****, portanto,* ***todos os meios e expedientes de defesa*** *que não impeçam o descobrimento dela* ***devem ser permitidos*** *aos acusados.* ***A lei os deve facultar com largueza, regularizando-os*** *para não tornar tumultuário o processo.*
>
> ***Com a "plena defesa" são incompatíveis, e****, portanto,* ***inteiramente inadmissíveis, os processos secretos****, inquisitoriais, as devassas, a queixa* ***ou*** *o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado* ***ou*** *tendo-se dado a produção das testemunhas de acusação* ***sem*** *ao acusado se permitir reinquiri-las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob a coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas,* ***e em geral todo o procedimento*** *que de qualquer maneira embarace a defesa.*
>
> ***Felizmente, nossa legislação ordinária*** *sobre a matéria* ***realiza o propósito da Constituição, cercando das precisas garantias do exercício desse inauferível direito dos acusados*** *– para ela "res sacra reus".*
>
> (**Grifei.**)

Tal como decidi no MS 24.725-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello (**Informativo/STF** 331), **cumpre enfatizar**, por necessário, **que os estatutos do poder**, numa República **fundada** em bases democráticas, **não podem privilegiar o mistério**.

A Assembleia Nacional Constituinte, em momento de **feliz** inspiração, **repudiou** o compromisso do Estado **com o mistério e com o sigilo**, que fora tão fortemente realçado **sob a égide autoritária** do regime político anterior (1964-1985), **quando** no desempenho de sua prática governamental.

Ao dessacralizar o segredo, como proclamou esta Corte Suprema (**RTJ 139/712-713**, Rel. Min. Celso de Mello), a Assembleia Constituinte **restaurou** velho dogma republicano **e expôs** o Estado, **em plenitude**, ao princípio democrático **da publicidade**, convertido, em sua expressão concreta, **em fator de legitimação** das decisões e dos atos governamentais.

É preciso não perder de perspectiva que a Constituição da República **não privilegia o sigilo**, **nem permite** que este se transforme em "***praxis***" governamental, **sob pena** de grave ofensa ao princípio democrático, **pois**, consoante **adverte** NORBERTO BOBBIO, em lição magistral sobre o tema ("**O Futuro da Democracia**", 1986, Paz e Terra), **não há**, nos modelos políticos que consagram a democracia, **espaço possível reservado ao mistério**.

Tenho por inquestionável, por isso mesmo, **que a exigência de publicidade** dos atos que se formam no âmbito do aparelho de Estado **traduz consequência** que resulta de um princípio essencial, a que a **nova** ordem jurídico-constitucional **vigente** em nosso País **não permaneceu** indiferente, **revestindo-se de excepcionalidade**, por isso mesmo, **a instauração** do regime de sigilo nos procedimentos penais, **consideradas**, para tanto, **razões legítimas** de interesse público, **cuja verificação**, no entanto, **não tem o condão** de suprimir **ou** de comprometer a eficácia de direitos **e** garantias fundamentais **que assistem** a qualquer pessoa **sob investigação ou** persecução penal do Estado, **independentemente** da natureza **e** da gravidade do delito **supostamente** praticado.

As razões que venho de expor – que **meramente** reiteram a minha posição sobre a matéria ora em exame – **constituem** o próprio fundamento de **inúmeros** julgamentos proferidos, **nesta** Corte, **a propósito** do tema, **como se pode** ver, **por exemplo**, de decisão assim ementada:

> ***PERSECUÇÃO PENAL*** *INSTAURADA EM JUÍZO* ***OU*** *FORA DELE.* ***REGIME DE SIGILO***. ***INOPONIBILIDADE*** *AO ADVOGADO* ***CONSTITUÍDO*** *PELO INDICIADO* ***OU*** *PELO RÉU.* ***DIREITO DE DEFESA***. ***COMPREENSÃO GLOBAL*** *DA FUNÇÃO DEFENSIVA.* ***GARANTIA CONSTITUCIONAL***. ***PRERROGATIVA PROFISSIONAL*** *DO ADVOGADO (****LEI 8.906/94****, ART. 7º,* ***INCISOS*** *XIII* ***E*** *XIV).* ***OS ESTATUTOS DO PODER NÃO PODEM*** *PRIVILEGIAR O MISTÉRIO* ***NEM COMPROMETER****, PELA UTILIZAÇÃO DO REGIME DE SIGILO,* ***O EXERCÍCIO*** *DE DIREITOS* ***E*** *GARANTIAS FUNDAMENTAIS* ***POR PARTE*** *DAQUELE QUE SOFRE INVESTIGAÇÃO PENAL* ***OU*** *ACUSAÇÃO CRIMINAL EM JUÍZO.* ***CONSEQUENTE ACESSO*** *AOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS* ***JÁ*** *DOCUMENTADOS, PRODUZIDOS* ***E FORMALMENTE INCORPORADOS*** *AOS AUTOS DA PERSECUÇÃO PENAL (INQUÉRITO POLICIAL* ***OU*** *PROCESSO JUDICIAL).* ***POSTULADO*** *DA COMUNHÃO* ***OU*** *DA AQUISIÇÃO DA PROVA.* ***PRECEDENTES*** *(STF).* ***DOUTRINA***. ***MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA***.
>
> *– A pessoa* ***que sofre*** *persecução penal, em juízo* ***ou*** *fora dele,* ***é sujeito*** *de direitos* ***e dispõe*** *de garantias* ***plenamente*** *oponíveis ao poder do Estado (****RTJ*** *168/896-897).* ***A unilateralidade*** *da investigação penal* ***não autoriza que se desrespeitem*** *as garantias básicas de que se acha investido,* ***mesmo*** *na fase pré-processual,* ***aquele*** *que sofre,* ***por parte*** *do Estado, atos de persecução criminal.*

– ***O sistema normativo brasileiro assegura**, ao Advogado regularmente **constituído** pelo indiciado (**ou** por aquele submetido a atos de persecução estatal), **o direito de pleno acesso** aos autos de persecução penal, **mesmo** que sujeita, em juízo **ou** fora dele, a regime de sigilo (**necessariamente** excepcional), **limitando-se**, no entanto, tal prerrogativa jurídica, às provas **já produzidas e formalmente incorporadas** ao procedimento investigatório, **excluídas**, consequentemente, as informações **e** providências investigatórias **ainda** em curso de execução **e**, por isso mesmo, **não documentadas** no próprio inquérito ou processo judicial. **Precedentes**. **Doutrina**.*

(**HC 93.767-MC/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, **DJE** 178, de 19-9-08.)

Já é tempo de concluir este meu voto, Senhor Presidente. **E**, ao fazê-lo, **entendo** que se mostra altamente relevante – **consideradas** as razões ora expostas, **bem assim** os fundamentos **subjacentes** ao douto voto proferido pelo eminente Relator – **editar** súmula vinculante sobre a matéria em exame, **como postulado** pelo E. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Esta Corte encerra o julgamento da primeira proposta de súmula vinculante (PSV 1), sobre tema da maior relevância para a efetiva afirmação e correta aplicação das garantias constitucionais dos direitos fundamentais em nosso Estado Democrático de Direito.

A referida proposta, de autoria do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, visa à consolidação, em enunciado sumular dotado de efeitos vinculantes, do entendimento, já assentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual o advogado tem o direito de ter acesso e de examinar, ressalvadas as diligências em andamento, os autos de inquérito ou procedimento investigatório criminal, ainda que em trâmite sob segredo de justiça.

Em relação ao tema do direito de acesso aos autos de procedimento investigatório penal, é pertinente reiterar as seguintes considerações que expendi em decisão proferida nos autos do Inq 2.367/MT:

> Conforme afirmei na decisão proferida em 18 de julho de 2006 no Inq 2.314/MT, tais medidas restritivas são imprescindíveis para se assegurar a eficácia das investigações criminais que estejam sendo realizadas com o escopo de elucidar, com a maior brevidade possível, os fatos objeto da denominada "Operação Sanguessuga".
>
> Para fins de organização do processamento de eventuais solicitações de cópias dos autos que, futuramente, sejam formulados, determino a aplicação do entendimento acima fixado para o deferimento ou não de todos pedidos que sejam realizados em quaisquer dos autos já distribuídos ou dos feitos que venham a ser distribuídos à minha relatoria no que concerne às investigações da operação referida. Para tanto, a autoridade policial competente deve assegurar aos investigados, assim como aos respectivos advogados formalmente constituídos, o direito de consultar os autos e extrair cópias.
>
> (Inq 2.367/MT, de minha relatoria, decisão de 22-11-06.)

É certo que a aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial é objeto de muita controvérsia.

Parte expressiva da doutrina (MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Processo penal*, São Paulo: Atlas, 1991, p. 75; e MARQUES, José Frederico, *Elementos de direito processual penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. I, p. 157) e da jurisprudência (cf. RE 136.239/SP, Rel. Celso de Mello, Primeira Turma, *DJ* de 14-8-92) entende ser inaplicável a garantia do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, uma vez que se não tem aqui um processo compreendido como instrumento destinado a decidir litígio.

Orientação mais extensiva é defendida, entre outros, por Rogério Lauria Tucci, que sustenta a necessidade da aplicação do princípio do contraditório em todo o período da persecução penal, inclusive na investigação, visando a dar maior garantia da liberdade e melhor atuação da defesa.

Afirma Tucci que a "contraditoriedade da investigação criminal consiste num direito fundamental do imputado, direito esse que, por ser 'um elemento decisivo do processo penal', não pode ser transformado, em nenhuma hipótese, em 'mero requisito formal'" (TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 357-360).

No âmbito dos inquéritos policiais e originários, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se firmado no sentido de garantir, a um só tempo, a incolumidade do direito constitucional de defesa do investigado ou indiciado e a regular apuração de fatos e documentos que sejam, motivadamente, imprescindíveis para o desenvolvimento das ações persecutórias do Estado (HC 90.232/AM, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *DJ* de 2-3-07; HC 82.354/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *DJ* de 24-9-04). Registre-se o teor da ementa do HC 82.354/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence:

> *Ementa: I – Habeas corpus*: cabimento: cerceamento de defesa no inquérito policial.
>
> 1. O cerceamento da atuação permitida à defesa do indiciado no inquérito policial poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade ou na mensuração desta: a circunstância é bastante para admitir-se o *habeas corpus* a fim de fazer respeitar as prerrogativas da defesa e, indiretamente, obviar prejuízo que, do cerceamento delas, possa advir indevidamente à liberdade de locomoção do Paciente.
>
> 2. Não importa que, neste caso, a impetração se dirija contra decisões que denegaram mandado de segurança requerido, com a mesma pretensão, não em favor do Paciente, mas dos seus advogados constituídos: o mesmo constrangimento ao exercício da defesa pode substantivar violação à prerrogativa profissional do advogado – como tal, questionável mediante mandado de segurança – e ameaça, posto que mediata, à liberdade do indiciado – por isso legitimado a figurar como paciente no *habeas corpus* voltado a fazer cessar a restrição à atividade dos seus defensores.
>
> II – Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial.
>
> 1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio

algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio.

2. *Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado – interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial –, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94, art. 7º, XIV), da qual – ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas – não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo*: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade.

3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações.

4. *O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso* (cf. Lei 9.296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); *dispõe, em consequência, a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório.*

5. *Habeas corpus* deferido para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial, antes da data designada para a sua inquirição.

(Ênfases acrescidas.)

Nesse particular, esta Corte tem assegurado a amplitude do direito de defesa em sede de inquéritos policiais e originários, em especial no que concerne ao exercício do contraditório e ao acesso de dados e documentos já produzidos no âmbito das investigações criminais. A propósito, confira-se o seguinte precedente:

Ementa: Advogado. Investigação sigilosa do Ministério Público Federal. Sigilo inoponível ao patrono do suspeito ou investigado. Intervenção nos autos. Elementos documentados. Acesso amplo. Assistência técnica ao cliente ou constituinte. Prerrogativa profissional garantida. Resguardo da eficácia das investigações em curso ou por fazer. Desnecessidade de constarem dos autos do procedimento investigatório. *Habeas corpus* concedido. Inteligência do art. 5º, LXIII, da CF; do art. 20 do CPP; do art. 7º, XIV, da Lei 8.906/94; do art. 16 do CPPM; e do art. 26 da Lei 6.368/76. Precedentes. É direito do advogado, suscetível de ser garantido por *habeas corpus*, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte.

(HC 88.190/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, unânime, *DJ* de 6-10-06.)

Em idêntico sentido, registre-se, ainda, o julgamento do HC 88.520/AP (Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, maioria, julgado em 23-11-06, *DJ* de 19-12-07), no qual, uma vez mais, o Plenário definiu novas amplitudes constitucionais com relação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório (CF, art. 5º, incisos LIV e LV):

> *Habeas corpus – Prejuízo – Ambiguidade e necessidade de pronunciamento do Supremo*. Surgindo ambíguo o prejuízo da impetração e sendo o tema de importância maior, considerado o Estado Democrático de Direito, impõe-se o pronunciamento do Supremo quanto à matéria de fundo.
>
> *Inquérito – Sigilo – Alcance – Acesso por profissional da advocacia*. O sigilo emprestado a autos de inquérito não obstaculiza o acesso por profissional da advocacia credenciado por um dos envolvidos, no que atua a partir de visão pública, a partir da fé do grau detido.
>
> (HC 88.520/PA, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, maioria, julgado em 23-11-06, *DJ* de 19-12-07.)

No mesmo sentido, citem-se o HC 92.331/PB, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJE* de 1º-8-08; o HC 87.619/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 7-4-06; e o HC 87.827/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 23-6-06.

Assim, a existência de uma sólida jurisprudência sobre o tema nesta Corte confere inegável respaldo à presente proposta de edição de súmula vinculante, nos termos do art. 103-A da Constituição e da Lei 11.417/06.

Não é demais enfatizar que estamos a consolidar nesta súmula entendimento que confirma, mais uma vez, o firme compromisso deste Tribunal com a efetiva aplicação das garantias constitucionais dos direitos fundamentais.

Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais (Cf. MAUNZ-DURIG. *Grundgesetz Kommentar.* Band I. Munchen: Verlag C. H. Beck , 1990, 1I 18).

Assim, não se afigura admissível o uso do processo penal como substitutivo de uma pena que se revela tecnicamente inaplicável ou a preservação de ações penais ou de investigações criminais cuja inviabilidade já se divisa de plano.

Tem-se, nesses casos, flagrante ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Quando se fazem imputações vagas ou denúncias infundadas, dando ensejo à persecução criminal injusta, está-se a violar, também, o princípio da dignidade da pessoa humana, que, entre nós, tem base positiva no art. 1º, III, da Constituição.

Na sua acepção originária, esse princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.

A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirma Gunther Durig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör)* e fere o princípio da dignidade humana ["*Eine Auslieferung des Menschen an ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die* ***Verweigerung des rechtlichen Gehörs***."] (MAUNZ-DURIG. *Grundgesetz Kommentar.* Band I. Munchen: Verlag C. H. Beck , 1990, 1I 18).

Na mesma linha, entende Norberto Bobbio que a proteção dos cidadãos no âmbito dos processos estatais é justamente o que diferencia um regime democrático daquele de índole totalitária:

> A diferença fundamental entre as duas formas antitéticas de regime político, entre a democracia e a ditadura, está no fato de que somente num regime democrático as relações de mera força que subsistem, e não podem deixar de subsistir onde não existe Estado ou existe um Estado despótico fundado sobre o direito do mais forte, são transformadas em relações de direito, ou seja, em relações reguladas por normas gerais, certas e constantes, e, o que mais conta, preestabelecidas, de tal forma que não podem valer nunca retroativamente. A consequência principal dessa transformação é que nas relações entre cidadãos e Estado, ou entre cidadãos entre si, o direito de guerra fundado sobre a autotutela e sobre a máxima "Tem razão quem vence" é substituído pelo direito de paz fundado sobre a heterotutela e sobre a máxima "Vence quem tem razão"; e o direito público externo, que se rege pela supremacia da força, é substituído pelo direito público interno, inspirado no princípio da "supremacia da lei" (*rule of law*).
> (BOBBIO, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise*. Brasília: UnB, 1988. p. 97-98.)

Em verdade, tal como ensina o notável mestre italiano, a aplicação escorreita ou não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito. São elas que permitem distinguir civilização de barbárie.

Assim, tal como a garantia do devido processo legal, o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre função subsidiária em relação às garantias constitucionais específicas do processo.

Com base nessas breves considerações, acompanho o voto do Relator e peço vênia aos que dele divergiram para concluir no sentido do acolhimento da presente Proposta de Súmula Vinculante 1, cuja redação final o Tribunal poderá deliberar em seguida.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu também, pedindo vênia aos que divergiram, Ministra Ellen Gracie e Ministro Joaquim Barbosa, acompanho a manifestação trazida pelo Ministro Menezes Direito e todos aqueles que o seguiram quanto à conveniência e à oportunidade da edição da súmula.

Só a controvérsia existente, os sete casos aqui mencionados e tantos outros de que temos tido notícia – certamente outros se arrastam pelas várias instâncias –, já parecem suficientes para justificar a edição da súmula.

Claro, podemos ter aqui ou acolá alguma dificuldade, especialmente quanto às diligências em curso.

Mas, lembro-me de que participei do julgamento, na Segunda Turma, quando o Ministro Peluso ressalvou e ressaltou que se tratava de dar acesso tão somente aos elementos já constantes dos autos.

Naquele caso, se tratava de uma investigação que era realizada pelo Ministério Público e que a pessoa viera a saber porque fora estampada em uma página de edição dominical de *O Globo*, portanto, uma situação absolutamente atípica. A pessoa não sabia que tinha essa investigação, e agora brigava para ter acesso a essas investigações que estavam já desenvolvidas e aparentemente consolidadas.

Além dos fundamentos aqui já expendidos, a mim me parece – e na Turma tivemos a oportunidade de ressaltar: aqui temos essa discussão conceitual sobre o tema do inquérito e seu caráter inquisitorial, e o Tribunal teve o cuidado de não arrostar essa questão, mas de reconhecer o direito do Advogado de ter acesso aos autos, mas, para não discutir a modelagem e a conceptualização do inquérito – que aqui há um outro tema tocado nos vários pronunciamentos já desenvolvidos, que sensibiliza e deve, realmente, ser mencionado quando nós fizermos referência aos fundamentos especialmente legislativos constitucionais da decisão: o tema da dignidade da pessoa humana.

Na verdade, entende-se que essa ideia da dignidade da pessoa humana – e o Tribunal tem desenvolvido construtivamente isto – tem uma ampla aplicação no âmbito do processo penal, das investigações criminais. Significa, fundamentalmente, dizer que o homem não pode ser transformado em objeto de qualquer processo estatal.

Isso encontrou, nos tempos modernos, expressão no texto da *Grundgesetz*, da Lei Fundamental, mas claro que remonta à construção kantiana – para ficarmos em tempos não tão remotos – e encontrou abrigo em todas as constituições modernas, entre as quais a Constituição brasileira, de modo que também me pronuncio nesse sentido.

Eu proporia, como foram feitas várias considerações quanto à redação, que o eminente Relator eventualmente se dispusesse a consolidar para que nós, depois, pudéssemos votar, mas acho que posso proclamar que está aprovada a súmula, vencida a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Joaquim Barbosa.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Agora me parece que devemos deixar também assentada de logo a distinção entre autos e diligência, para efeito de redação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O Ministro Relator teve o cuidado de, na verdade, traduzir aquilo que já fora decidido.

Portanto, consideramos aprovada a súmula. Será a Súmula Vinculante 14 do Tribunal, mas vamos cuidar da redação quando voltarmos.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Senhor Presidente, considerando as sugestões, as propostas e os debates, particularmente aquela feita pelo eminente Ministro **Marco Aurélio** e também pelo eminente Ministro **Carlos Britto**, eu sugeriria, como redação, que nós não fizéssemos nem referência a advogado nem a defensor público; fizéssemos referência genérica a defensor.

Então eu diria que: "é direito do defensor, no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência judiciária, de Polícia Judiciária, digam respeito ao interessado". Porque alcança todos os interesses envolvidos, ao mesmo tempo respeita-se a ideia de serem apenas aquelas provas já documentadas...

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Como?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Os elementos de provas já documentados.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Já documentados.

O Sr. Ministro Celso de Mello: É essencial, **para efeito** de acesso daquele que sofre a investigação criminal, que os elementos de prova já se achem formalmente incorporados aos autos do procedimento penal-persecutório. Tratando-se de interceptação telefônica, esse procedimento probatório instaura-se em autos apartados, que somente serão anexados aos do inquérito penal (ou do processo judicial) quando já encerrada a execução dessa medida extraordinária (**Lei 9.296/96**, art. 8º). Isso significa, portanto, que, enquanto estiver em curso a diligência probatória de interceptação telefônica, os respectivos autos permanecerão inacessíveis, porque ainda não apensados aos autos do inquérito policial ou do processo judicial.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Não estão lá.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Precisamente por isso, pois "*A interceptação da comunicação telefônica (...) ocorrerá em autos apartados (...)*", consoante determina o art. 8º da Lei 9.296/96.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Mas se já forem juntados.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Em tal hipótese, e havendo sido apensados tais autos aos do procedimento penal a que se referem, tornar-se-ão acessíveis, em face do postulado da comunhão da prova.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): E ao mesmo tempo, como disse o Ministro **Marco Aurélio**, é preciso garantir também o defensor público; então é melhor fazer o gênero defensor. Essa era a proposta que eu me animaria.

O Sr. Ministro Celso de Mello: A designação genérica *defensor* abrange o Defensor Público.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Eu coloquei o defensor, do defensor.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Do defensor...

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): É direito do defensor. Advogado é defensor público, defensor é qualquer deles.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Qualquer defensor, tanto o particular, como o público.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, de início estou de acordo com o teor apresentado pelo Ministro Menezes Direito. Mas não seria interessante termos na bancada o verbete redigido?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Eu vou digitar e quem sabe, boa ideia Ministro **Marco Aurélio**, eu vou digitar, porque depois se aperfeiçoa...

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Só mais uma sugestão, Ministro.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Claro.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Em vez de redigir "cliente", como defensor público não tem cliente, é melhor o termo "investigado", porque a expressão "defensor, no interesse do investigado" abrange tudo.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Investigado, está certo, perfeito.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, mas surge aquela problemática, e a prática revela que isto acontece no dia a dia policial: a pessoa é convocada para prestar esclarecimentos já tendo as investigações dirigidas contra ela.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Eu deixaria a expressão "cliente" só pelo seguinte: o defensor público...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: S. Exa. colocou "envolvido em investigação", envolvido é gênero.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Perdão, vamos colocar "representado", talvez.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): É porque, na verdade, o cliente é o gênero, tanto para o defensor, quanto para o advogado.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mas é que o cliente às vezes implica em remuneração, honorários.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): "Cliente" dá mais a ideia de uma relação contratual.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Então está bem, vamos usar essa ideia do Ministro **Lewandowski** que é "representado".

Então vou colocar assim: "É direito do defensor, no interesse do representado envolvido nas investigações, ter acesso amplo [porque aí atende a ponderação feita pelo Ministro **Celso de Mello**] aos elementos de prova que, já

documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de Polícia Judiciária, digam respeito ao interessado".

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Perfeito. O Tribunal está de acordo?

Então está proclamado este enunciado, tal como acabou de fazê-lo o eminente Ministro Menezes Direito.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, longe de mim criar qualquer obstáculo à aprovação do verbete. Mas, Ministro, V. Exa. leria novamente só a parte final?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Claro, Ministro. Vou repetir e aí todos participamos.

"É direito do defensor, no interesse do representado envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de Polícia Judiciária, digam respeito ao interessado."

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, essa limitação final pode se prestar ao surgimento de obstáculos, considerada a subjetividade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ela se prestará a uma série de dúvidas que serão suscitadas quanto ao acesso.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Quem é o interessado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Então seria interessante pensarmos em uma forma que expungisse a limitação, ou seja, a referência a elementos que digam respeito ao envolvido, porque fica muito difícil até mesmo definir-se o que diz respeito diretamente ao envolvido ou não.

Penso que, constituído um representante processual, um advogado, um defensor, o acesso é irrestrito ao que está nos autos do inquérito.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não, antes faz referência a um procedimento de polícia judiciária, qualquer que seja o órgão que tenha essa competência.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ministro **Marco Aurélio**, se nós fizermos uma referência, talvez o Ministro **Joaquim** possa ajudar, se nós fizéssemos uma referência?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Deixaria essa situação, por exemplo, do sigilo de dados decorrente de interceptação telefônica, de dados bancários, para a fase subsequente de explicitação no caso de dúvida.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ministro **Marco Aurélio**, talvez V. Exa. tenha razão de tirar a limitação, talvez possamos colocar, então, em vez de "digam respeito ao interessado", "digam respeito ao exercício do direito de defesa", porque aí fica completo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu só perguntaria, Ministro, quando se refere a direito ao defensor, V. Exa. disse exatamente que era para evitar uma distinção entre advogado e defensor público – eu até acho que não existe, pois o defensor necessariamente é advogado –, é que pode aparecer alguém, em determinados direitos, por meio de *habeas corpus*, por exemplo, e vir a tentar exercer esse direito independentemente de ter sido constituído. Então, o defensor a que se refere V. Exa. e que constaria seria...

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Mas é que nós estamos falando...

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Porque depois ficou não mais ao cliente.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Do representado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não, "cliente" desapareceu, ficou "representado".

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): "Do representado" supõe um mandato; o mandato supõe a participação do advogado ou do defensor público. É representação processual.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: O documento de representação. Apenas para ficar bem claro, pois como disse o Ministro Marco Aurélio, depois vão aparecer dúvidas que poderão ser sanadas, mas algumas, realmente, precisam ser escoimadas de imediato, porque pode aparecer alguém para falar que o interessado é um amigo.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Mas com essa redação se dá um alcance global.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: De toda sorte, Ministro, eu acho que fica claro, aqui, que nos estamos referindo a um defensor que tenha sido constituído nessa condição pelo representado.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Claro. O defensor tem de ter a representação do representado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Tem de ter representação legal ou negocial. Tanto faz.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ou institucional, que é o caso da Defensoria.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Ministro Celso?

O Sr. Ministro Celso de Mello: Tratando-se de Advogado, o acesso aos autos do inquérito policial ou do processo judicial constitui prerrogativa profissional, que deve **sempre** ser respeitada pelo poder público, eis que assegurada pelo próprio Estatuto da Advocacia (**Lei 8.906/94**, art. 7º, **incisos** XIII **a** XVI). Cuidando-se de autos sujeitos a regime de sigilo, o respectivo acesso dependerá da existência do necessário instrumento de mandato, como expressamente estabelecido pelo art. 7º, XIII, da Lei 8.906/94.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Aplica a Ordem, aplica o Estatuto da Ordem.

O Sr. Ministro Celso de Mello: É claro que não se exigirá procuração sempre que se tratar de Defensor Público.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Claro, porque o defensor dispensa a representação formal, porque ele tem a representação do Estado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Então V. Exa. podia, por gentileza, ler novamente?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): "É direito do defensor, no interesse do representado nas investigações, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de Polícia Judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa."

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Só mais uma coisa: retirar esse "representado nas investigações", pois "nas investigações" estava aí enquanto referência da redação primeira, que continha "envolvido nas investigações". Como está só "representado", esse "nas investigações" pode desaparecer.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): É direito do defensor, no interesse do representado nas investigações...

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Ou do assistido? Assistido ou representado é a mesma coisa.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu prefiro "do representado".

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas a figura do Estatuto da OAB é de representação.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): É melhor representado, Ministro **Marco Aurélio**. Deixa "representado". E tira "as investigações".

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Tira "as investigações", porque, às vezes, a pessoa entra como testemunha e acaba saindo como investigado.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Vamos repetir agora que tirou "as investigações".

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Vamos lá: é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de Polícia Judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Pronto, está bom.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): De acordo. Todos estão de acordo?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Estamos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Então, está aprovada mais essa súmula.

EXTRATO DA ATA

PSV 1/DF — Relator: Ministro Menezes Direito. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (Advogados: Cezar Britto e outros). Interessados: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP (Advogado: Márcio Kayatt) e Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR (Advogada: Juliana Lobo de Almeida Santos).

Decisão: O Tribunal, por maioria, acolheu a proposta de edição de súmula vinculante, vencidos o Ministro Joaquim Barbosa e a Ministra Ellen Gracie. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal aprovou o enunciado da Súmula Vinculante 14 nos seguintes termos: "é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa". Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente), ante a ausência ocasional do Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pelo Requerente, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Alberto Zacharias Toron; pela Interessada, Associação dos Advogados de São Paulo (ASSP), o Dr. Sérgio Rosenthal e, pelo Ministério Público Federal, o Vice-Procurador-Geral da República Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 2 de fevereiro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 18 — DF

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Requerente: Presidente da República — Interessados: FIEMT – Federação das Indústrias no Estado de Mato Grosso, Confederação Nacional da Indústria – CNI, Confederação Nacional do Comércio – CNC, Confederação Nacional do Transporte – CNT, Estado do Acre, Estado do Amazonas, Estado da Bahia, Estado do Ceará, Estado de Goiás, Estado do Mato Grosso do Sul, Estado do Pará, Estado da Paraíba, Estado de Pernambuco, Estado do Piauí, Estado do Rio de Janeiro, Estado do Rio Grande do Norte, Estado do Rio Grande do Sul, Estado de Santa Catarina, Estado de São Paulo, Estado de Sergipe e Distrito Federal

Medida cautelar. Ação declaratória de constitucionalidade. Art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei 9.718/98. Cofins e PIS/Pasep. Base de cálculo. Faturamento (art. 195, inciso I, alínea *b*, da CF). Exclusão do valor relativo ao ICMS.

1. O controle direto de constitucionalidade precede o controle difuso, não obstando o ajuizamento da ação direta o curso do julgamento do recurso extraordinário.

2. Comprovada a divergência jurisprudencial entre juízes e tribunais pátrios relativamente à possibilidade de incluir o valor do ICMS na base de cálculo da Cofins e do PIS/Pasep, cabe deferir a medida cautelar para suspender o julgamento das demandas que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei 9.718/98.

3. Medida cautelar deferida, excluídos desta os processos em andamento no Supremo Tribunal Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, por maioria, deferir a medida cautelar, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 13 de agosto de 2008 — Menezes Direito, Relator.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, não posso me furtar a articular a questão de ordem, e o faço principalmente considerado o disposto no art. 138 do Regimento Interno.

V. Exa. apontou com absoluta fidelidade que há um extraordinário com votos tomados, e creio que nesse recurso alcançou-se até mesmo a maioria de seis votos no sentido – se não me falha a memória, eu teria de conferir no voto – do conhecimento e provimento do recurso. Houve o pedido de vista – e V. Exa. já devolveu o processo para a sequência da apreciação do extraordinário. Nesse meio tempo, ocorreu o ajuizamento de uma ação declaratória de constitucionalidade, que vem à mesa para examinar-se pedido de concessão de medida acauteladora visando – imagino que seja esse o pleito – assentar a constitucionalidade do preceito.

Estamos julgando no processo subjetivo a própria inconstitucionalidade da norma envolvida, e penso que, no caso, a teor do disposto, como já ressaltei, no Regimento Interno, mais precisamente no art. 138, prefere a sequência do julgamento.

É a questão de ordem que me permito suscitar para submissão ao Colegiado.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Senhor Presidente, vou pedir vênia ao eminente Ministro **Marco Aurélio** para encaminhar no sentido contrário.

O art. 138 do Regimento Interno faz menção à preferência na sua classe, e nós estamos diante de um feito que é uma ação direta de constitucionalidade, dentro do sistema de controle abstrato, e, portanto, entendo que uma ação direta de inconstitucionalidade, ou uma ação direta de constitucionalidade, que, logo, está dentro da classe das ações que se destinam ao controle concentrado da constitucionalidade, não se insere dentro do preceito mencionado no art. 138.

Respeitando, como sempre faço, a posição do eminente Ministro **Marco Aurélio**, por quem, sabe S. Exa., tenho tão grande admiração e respeito, peço vênia a S. Exa. para entender que é, sim, possível julgarmos a ação direta de constitucionalidade, principalmente porque, neste caso, nós estamos julgando apenas um pedido de cautela com relação à existência de decisões flutuantes sobre a mesma matéria. E, assim, enquanto não assentada em definitivo a jurisprudência desta Suprema Corte com relação ao tema, parece-me, sim, conveniente julgarmos o pedido de cautelar formulado nesta ação direta.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, mais duas palavras apenas.

O preceito do Regimento, quando alude à continuidade do julgamento, considerada a classe, excepciona situações concretas em que o próprio Regimento prevê a preferência do instrumental que esteja para ser apreciado. Refiro-me, por exemplo, a *habeas corpus*, e talvez encontremos outras exceções.

O que me parece é que, se temos um julgamento iniciado com seis votos já proferidos em um certo sentido e houve pedido de vista, com a devolução do processo, este deve ter sequência, mesmo porque, nele, nos pronunciaremos quanto à

questão de fundo, enquanto, na declaratória de constitucionalidade, pretende-se, nesta fase – penso que o processo ainda não se encontra devidamente aparelhado para exame –, um ato precário e efêmero, que é a concessão de uma medida acauteladora. Por isso, penso que devemos concluir o julgamento já iniciado.

E lembro que, quanto à modificação do *quorum*, neste Plenário fiquei vencido no que propus que se chamasse um processo em que fosse possível a participação dos novos integrantes da Corte, em vez de dar-se sequência ao julgamento já iniciado. O Plenário disse que não. Disse e assentou, contra o meu ponto de vista – e a mudança do Colegiado era substancial –, que devíamos prosseguir simplesmente na apreciação.

Não vejo como, agora – perdoe-me a expressão forte –, atropelar-se um crivo já iniciado para submeter-se ao Colegiado uma cautelar em questão que envolve a mesma matéria, que versa o mesmo tema.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Presidente, peço muitas vênias ao eminente Ministro Marco Aurélio, mas vou seguir a divergência iniciada pelo eminente Ministro Menezes Direito, tendo em conta tratar-se, aqui, de um controle objetivo e, por isso, mesmo em cautelar poderá repercutir inclusive sobre as ações pendentes, portanto em curso. Razão pela qual também vou aderir à possibilidade de dar-se preferência agora ao julgamento da ADC 18.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, vou pedir vênia ao eminente Ministro Carlos Alberto Direito e à eminente Ministra Cármen Lúcia para acompanhar o Ministro Marco Aurélio sob os seguintes fundamentos: a admissibilidade da ação declaratória de constitucionalidade, segundo a Lei 9.868/99, em seu art. 14, inciso III, decorre da existência de controvérsia judicial relevante.

Se nós nos depararmos com a possibilidade de, antes de julgarmos esta ação direta de constitucionalidade, resolver definitivamente a controvérsia judicial relevante, parece-me que o julgamento do recurso extraordinário prefere, *data venia*, ao julgamento da cautelar nesta ação direta de constitucionalidade.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, vou pedir vênia aos Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski para acompanhar a divergência instaurada pelo Ministro Menezes Direito.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, também eu peço vênia ao Ministro Marco Aurélio para aderir à divergência.

Entendo que, sendo este Tribunal a Corte à qual a Constituição atribui a incumbência de ser guarda da Constituição, julgar processo de natureza objetiva como uma ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade, que são por excelência as ações sob a jurisdição desta Corte, esses processos, a meu ver, devem primar sobre processo de natureza subjetiva.

Portanto, peço vênia ao Ministro Marco Aurélio para entender que deve ser julgado em primeiro lugar a ação declaratória de constitucionalidade.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, colocaria mais uma questão que diz respeito à consequência.

Imaginemos que o Tribunal venha a deferir esta liminar. Ela suspenderá a eficácia, ou suspenderá a tramitação do próprio recurso extraordinário que já teve julgamento iniciado?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Isso é questão a ser resolvida no momento oportuno.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Primeiro vamos resolver essa questão, até porque pode haver o julgamento do recurso extraordinário, se for o caso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Prejudicando o julgamento? Porque a maioria, a não ser que haja reajuste de voto, está formada. Prejudicando-o uma liminar no sentido dos interesses do requerente da declaratória de constitucionalidade? Vamos ver o resultado final.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, o Ministro Carlos Alberto Direito foi muito feliz quando se reportou ao art. 138 do Regimento Interno no sentido de que a preferência ali estabelecida se dá intraclasses de processos. Ou seja, não podemos comparar coisas heterogêneas, um processo subjetivo com um processo objetivo.

De outra parte, é nos processos de índole objetiva que o Supremo Tribunal mais rapidamente sai em defesa da Constituição, sabido que esses processos correspondem a uma via de atalho.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Em relação a ele próprio, Supremo? Estaria a vulnerar a Constituição?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não, mas entre os dois modos de guardar a Constituição, via processo objetivo e via processo subjetivo, sem dúvida que o objetivo é mais prestante, é mais célere por constituir uma via de atalho. De sorte que o Supremo sai mais rapidamente em defesa da Constituição na apreciação dos processos de índole objetiva. Portanto, a meu ver o recurso extraordinário aqui não prefere a apreciação da ação declaratória de constitucionalidade.

Peço vênia aos Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski para acompanhar a divergência iniciada pelo Ministro Carlos Alberto Direito.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, peço vênia à divergência. Vou acompanhar o voto do Ministro Marco Aurélio, porque todo julgamento já iniciado deve ter preferência sobre os outros que não se iniciaram.

A hipótese podia ser inversa. Poderíamos ter um caso, aqui, do julgamento da cautelar já iniciado e ter o recurso extraordinário.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, peço vênia ao Ministro Marco Aurélio e aos que o acompanham para também entender que a regra de precedência intraclasse se complementa com outra regra, a de que o controle concentrado de constitucionalidade precede ao controle difuso, em havendo essa necessidade de optarmos pelo início do julgamento.

Portanto, com a devida vênia, acompanho a divergência iniciada pelo Ministro Menezes Direito.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Ação declaratória de constitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Presidente da República, tendo por objeto o art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei 9.718, de 27-11-98, e na qual postula:

> a) o deferimento da medida cautelar, com fundamento no art. 21 da Lei 9.868/99, a fim de que se suspenda o julgamento de todos os processos em que se discuta a constitucionalidade do preceito objeto desta ação, assim como os efeitos das decisões que tenham afastado a aplicação ou simplesmente desconsiderado a norma; vale dizer, em que se questione a inclusão do custo do ICMS na base de cálculo da Cofins e do PIS/Pasep;
>
> (...)
>
> c) a procedência, ao final, da presente ação declaratória de constitucionalidade, declarando-se a validade formal e material da norma contida no art. 3º, § 2º, I,

da Lei 9.718/98, a fim de se legitimar a inclusão na base de cálculo da Cofins e do PIS/Pasep dos valores pagos a título de ICMS e repassados aos consumidores no preço dos produtos ou serviços, desde que não se trate de substituição tributária;

d) subsidiariamente, caso não acolhido o pedido anterior, seja aplicado o art. 27 da Lei 9.868/99, concedendo eficácia tão-só prospectiva à declaração de inconstitucionalidade.

(Fl. 32.)

Alega o Requerente que "o dispositivo regulamenta a base de cálculo sobre a qual serão apurados os valores da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e dos Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP)", tendo a seguinte redação:

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

(...)

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I – as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

Sustenta, ainda, o Requerente:

(...)

A fim de atender ao disposto no art. 14 da Lei 9.868/99, passa-se a demonstrar a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do dispositivo objeto da ação declaratória.

Atualmente, no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, são encontradas decisões com entendimentos divergentes a respeito da norma impugnada.

Assim, por um lado, ao se analisar o conteúdo do art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98, alguns julgados concluíram pela validade da norma, incluindo o valor do ICMS na base de cálculo da Cofins. Nesse sentido, destacam-se os seguintes entendimentos:

– Súmulas do Superior Tribunal de Justiça:

68 – A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS.

94 – A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do Finsocial.

– Acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

"*Tributário. Base de cálculo do PIS e da Cofins. Incidência dos valores referentes ao ICMS e ao IPI.* As parcelas relativas ao ICMS e ao IPI incluem-se na base de cálculo do PIS e da Cofins. Recurso improvido." (RESP 746.038/RS. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Órgão Julgador: 2ª Turma. Decisão: 2-8-07.)

Acórdãos de Tribunais Regionais Federais:

"*Direito Tributário. ICMS. Base de cálculo da Cofins e PIS. Possibilidade.*

1. Os valores devidos à conta do ICMS integram a base de cálculo da contribuição para financiamento da seguridade social. Súmula 94/STJ.

2. Inexiste ofensa ao princípio da não-cumulatividade. A Cofins tem a natureza jurídica de contribuição social, da competência residual da União, e no caso desses tributos tal violação só se configura quando se tratar de novas fontes, não previstas na Carta Federal.

3. Não há violação ao princípio da seletividade, porque essa regra manifesta as opções políticas do legislador, que o Poder Judiciário só deve afastar no caso de manifesta ilegalidade.

4. Lei 9.718/98. Constitucionalidade formal. A Suprema Corte já entendeu que, em matéria tributária, os conceitos receita bruta e faturamento se identificam (RE 150.764/PE, *DJ* de 2-4-93, p. 1526).

5. Apelação desprovida." (TRF 1ª Região. AMS 2001.34.00.028918-1/DF. Relator: Des. Federal Carlos Olavo. Órgão Julgador: 4ª Turma. Decisão: 25-2-03. *DJ* de 21-3-03.);

"*Tributário. base de cálculo. PIS e Cofins. ICMS. Inclusão. Súmulas 68 e 94 do STJ. Art. 3º, § 2º, inciso III, da Lei 9.718/98. Norma Dependente de regulamentação. Revogação pela Medida Provisória 1.991-18/2000.* Conforme se depreende da leitura do inciso I, § 2º do art. 3º da Lei 9.178/98, a condição de se efetuar o desconto do ICMS para fins de determinar a base de cálculo do PIS e da Cofins seria a cobrança pelo vendedor dos bens ou prestador de serviços agindo na condição de substituto tributário do verdadeiro contribuinte. Sendo o ICMS um imposto indireto, embutido no preço da mercadoria, integra a receita bruta, e, portanto, deve constar da base de cálculo das contribuições em comento. A matéria já se encontra sumulada pelo eg. Superior Tribunal de Justiça (Súmula 68) e pelo extinto Tribunal Federal de Recursos (Súmula 258). Com relação à Cofins, contribuição que substituiu o Finsocial, não é cabível a dedução pleiteada, conforme entendimento pacificado e sumulado pela egrégia Corte Superior em relação ao Finsocial (Súmula 94), que, por analogia, estende-se à Cofins. No que se refere ao inciso III, do § 2º do art. 3º da mencionada lei, a 1ª Seção do eg. Superior Tribunal de Justiça igualmente pacificou o entendimento de que tal inciso jamais teve eficácia, por se tratar de norma cuja aplicação dependia de regulamentação pelo Poder Executivo, que jamais foi editada até sua revogação pela MP 1.991/00". (TRF 2ª Região. AC 2002.51.04.000411-4/RJ. Rel. Des. Alberto Nogueira. Órgão Julgador: 4ª Turma Esp. Decisão: 6-9-05. *DJ* de 6-10-05.);

"*Tributário. PIS e Cofins. Base de Cálculo. Inclusão da parcela do ICMS. Substituição tributária. Extensão por equidade ao ICMS embutido no preço da mercadoria. Incabimento.*

1. Inclui-se na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao ICMS devido pela empresa na condição de contribuinte (Súmulas 258 TFR e 68 do STJ).

2. A substituição tributária 'para frente' foi reconhecida pela CF/88 através da adição do par. 7º ao art. 150 da CF/88 pela EC 3/93, configurando o ICMS cobrado na condição de substituto tributário em mera antecipação do tributo devido pelo varejista na operação subsequente de venda a consumidor final.

3. Na cobrança do ICMS por substituição, o industrial age como mero intermediário entre o Fisco e seu cliente ostentando ainda condição

de depositário do ICMS cobrado na condição de substituto tributário, razão por que essa verba não se confunde com faturamento – ainda que cobrada na nota fiscal – e, por isso mesmo, o ordenamento permite sua exclusão da base de cálculo.

4. O emprego da equidade não pode resultar na dispensa do pagamento do tributo *ex vi* do par. 2º do art. 108 do CTN.

5. Apelação improvida." (TRF 4ª Região. AMS 2000.71.06.001506-1/RS. Rel. Des. Federal Alcides Vettorazzi. Órgão Julgador: 2ª Turma. Decisão em 26-6-01. *DJ* de 29-8-01.).

No mesmo sentido, os processos abaixo:

STJ

– AGI 781/469/SP, Rel. Min. Castro Meira. Acórdão de 5-10-06;

TRF 1ª Região

– AGI 2007.01.00.008964-8/MT, Relator Desembargador Federal Catão Alves. Decisão liminar de 3-4-07;

TRF 2ª Região

– Agravo Interno em AGI 2007.02.01.000821-6, Relator Juiz Federal José Neiva. Acórdão de 27-3-07;

TRF 3ª Região

– ED-AC 2006.03.99.040116-9/SP, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida. Acórdão de 23-5-07;

TRF 4ª Região

– AC-MS 2006.71.02.006407-5/RS, Relatora Juíza Federal Taís Schilling Ferraz. Acórdão de 25-7-07;

– ED na AMS 2003.71.07.010653-2/RS, Relator Desembargador Federal Antonio Albino Ramos de Oliveira. Acórdão de 7-6-07;

– AC 2005.71.07.003476-1/RS, Relatora Juíza Viviane Josete Pantaleão Caminha. Acórdão de 14-3-07;

AMS 2005.72.00.005871-7/SC, Relator Desembargador Federal Vilson Darós. Acórdão de 13-12-06;

– AGI 2006.04.00.03.2501-8/PR, Relator Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona. Acórdão de 12-12-06;

– AMS 2006.71.07.000230-2/RS, Relator Juiz Joel Ilan Paciornik. Acórdão de 12-7-06;

– AC 2002.70.00.030634-3/PR, Relator Desembargador Federal Álvaro Eduardo Junqueira. Acórdão de 9-11-06;

– AGI 2006.04.00.037671-3/SC, Relator Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares. Acórdão de 3-4-07;

– AMS 2006.71.02.006407-5/RS, Relator Juíza Federal Taís Schilling Ferraz. Acórdão de 25-7-07;

Varas Federais

– 1ª Vara de Londrina/PR. MS 2006.70.01.006578-0/PR, Relator Juiz Federal Oscar Alberto Mezzaroba Tomazoni. Sentença de 26-6-07;

– 1ª Vara de Londrina/PR. MS 2006.70.01.006085-0/PR, Relator Juiz Federal Oscar Alberto Mezzaroba Tomazoni. Sentença de 30-3-07;

– 1ª Vara de Londrina/PR. MS 2006.70.01.002761-4/PR, Relator Juiz Federal Substituto Alexei Alves Ribeiro. Sentença de 12-2-07;

– 1ª Vara de Londrina/PR. MS 2007.70.01.001960-9/PR, Relator Juiz Federal Oscar Alberto Mezzaroba Tomazoni. Sentença de 26-6-07.

Ocorre que, apesar da pacificação da matéria já há muitos anos, algumas decisões recentes, inspiradas no julgamento ainda em curso do RE 240.785-2/MG e desconsiderando a presunção de validade da norma legal, estão sendo proferidas a fim de excluir o valor pago a título de ICMS da base de cálculo da Cofins. Nesse sentido, *verbis*:

"*Tributário. Agravo de instrumento. Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins. Plausibilidade jurídica do pedido e perigo de dano demonstrados. Compensação em sede de liminar. Impossibilidade. Súmula 212 do STF.*

1. No julgamento iniciado e não concluído do Recurso Extraordinário 240.785-2/MG (Informativo 437, do STF), o Supremo Tribunal Federal, pelo voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, deu provimento ao recurso, por entender violado o art. 195, I, da CF, por estar incluído na base de cálculo da Cofins, como faturamento, o ICMS.

2. O entendimento alcança também a contribuição para o PIS, posto que o raciocínio que se utiliza para justificar a não inclusão do ICMS na base do Cofins autoriza, também, a exegese para sua não utilização na base de cálculo do PIS.

3. O *periculum in mora*, por sua vez, reside no desequilíbrio financeiro gerado ao contribuinte, ao realizar o pagamento do tributo, nos termos em que lhe está sendo cobrado, redundando em risco às suas atividades operacionais, ou, em caso de inadimplência, em penalidades, oriundas da exigibilidade do crédito tributário, como a negativa de seu direito em obter certidões negativas de débitos e inscrição do seu nome no Cadin.

4. Não é possível o deferimento de liminar que objetiva compensação de crédito tributário, nos termos da Súmula 212 do STJ. Ademais, o deferimento de tal pedido esvaziaria o objeto da demanda no mandado de segurança.

5. Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento." (TRF 1ª Região. AG 2006.01.00.046648-2/AM. Rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso. Órgão Julgador: 8ª Turma. Julgamento: 25-5-07. *DJ* de 22-6-07.);

"*Tributário. PIS/Cofins. Base de cálculo. Inclusão do ICMS. Não cabimento. Irretroatividade da Lei Complementar 118/05. Compensação. Possibilidade. Aplicação taxa Selic e juros de mora.*

I. A jurisprudência, inclusive do excelso Pretório, vem se dirigindo no sentido de entender violado o art. 195, I, da Constituição, em hipótese que tal, por estar incluído na base de cálculo da Cofins, como faturamento, o ICMS.

II. Em atenção à segurança jurídica, não há de se falar em retroatividade do comando da Lei Complementar 118/05, independentemente da discussão sobre sua natureza, se interpretativa ou não.

III. São compensáveis créditos decorrentes do indevido recolhimento, a título do PIS e da Cofins, com qualquer outro tributo arrecadado e administrado pela Secretaria da Receita Federal, sendo irrelevante se o destino das arrecadações seja outro.

IV. Sobre os valores devidos até a data de 31 de dezembro de 1995, os juros moratórios aplicáveis são de 1% ao mês, a contar da data do trânsito em julgado da sentença, conforme o dispositivos do art. 161 c/c 167 do Código Tributário Nacional. Sobre os valores devidos a partir de 1º de janeiro de 1996,

aplicável a Taxa Selic, nos termos do art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95, contados a partir dos recolhimentos indevidos das exações, sendo vedada, em razão da natureza da taxa, a cumulação desta com outro índice de juros, sob pena de incorrer em *bis in idem*.

V. Apelação provida." (TRF 1ª Região. AMS 2002.32.00.005081-4/AM. Rel. Des. Federal Carlos Fernando Mathias. Órgão Julgador: 8ª Turma. Julgamento em 14-8-07. *DJ* de 14-8-07.).

No mesmo sentido, são os processos abaixo:

STJ

– AGI 666548 – RJ, Rel. Min. Luiz Fux. Decisão de 27-9-06;

TRF 1ª Região

– AGI 2007.01.00.024248-9/DF, Desembargadora Maria do Carmo Cardoso. Decisão de 24-7-07;

Varas Federais

– 2ª Subseção Judiciária – Dourados/MS. 2ª Vara Federal. MS 2007.60.02.003329-6, Juiz Federal Substituto Ronaldo José da Silva. Decisão liminar de 7-8-07;

1ª Vara Federal do Estado de São Paulo. MS 2006.61.12.011856-0, Juíza Federal Substituta Maria Catarina de Souza Martins Fazzio. Sentença de 5-6-07;

– 7ª Vara Federal de Minas Gerais. MS 2006.38.00.037350-4, Juiz Federal Substituto Rodrigo de Godoy Mendes. Sentença de 15-6-07;

– 19ª Vara Federal de Minas Gerais. MS individual 2007.38.00.001144-3, Juiz Federal Substituto João César Otoni de Matos. Sentença de 12-6-07;

– 13ª Vara Federal de Minas Gerais. MS 2007.38.00.002862-5, Juíza Federal Luciana Pinheiro Costa Mayer Soares. Sentença de 1º-5-07;

– 5ª Vara Federal de Mato Grosso. MS coletivo 2006.36.00.016296-5, Juiz Federal José Pires da Cunha. Sentença de 16-4-07;

– 2ª Vara de Mato Grosso. MS individual 2007.36.00.005137-, Juiz Federal Jeferson Schneider. Sentença de 29-6-07;

– 5ª Vara de Mato Grosso. MS individual 2006.36.00.016651-3, Juiz Federal José Pires da Cunha. Sentença de 4-6-07;

– 2ª Vara de Mato Grosso. MS individual 2007.36.00.002615-8, Juiz Federal Jéferson Schneider. Sentença de 29-6-07;

– 1ª Vara de Londrina/PR. MS 2007.70.01.001069-2/PR, Juiz Federal Substituto Alexei Alves Ribeiro. Sentença de 11-7-07;

– 1ª Vara de Londrina/PR. MS 2007.70.01.000521-0/PR, Juiz Federal Substituto Alexei Alves Ribeiro. Sentença de 10-7-07.

Desse modo, desde o reinício do julgamento pelo Excelso Pretório do RE 240.785/MG, em que se examina, com base no art. 2º, parágrafo único, da Lei complementar 70, de 30 de dezembro de 1991, se o ICMS pode ser incluído na base de cálculo da Cofins, diversas decisões têm sido prolatadas, pelos mais diversos órgãos judiciais do País, infirmando a presunção de constitucionalidade da Lei 9.718/98 (que não é objeto daquele julgamento já iniciado).

(...)

A presente ação tem o objetivo de ver declarada a constitucionalidade do art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/1998, em face da previsão contida no art. 195, I, da Carta Política.

Especificamente, demonstrar-se-á a validade do dispositivo legal a partir do fato de que a Constituição Federal permite, desde sua redação originária a cobrança de contribuição social incidente sobre o faturamento do empregador.

No caso em exame, é importante observar que, ainda que o texto constitucional tenha sido alterado pela Emenda Constitucional 20/98, a norma que prevê dita contribuição se mantém no ordenamento jurídico nacional. Desse modo, a modificação na redação da Lei Maior não prejudica o exame de validade da lei ordinária pela via concentrada, na medida em que o parâmetro de controle que se pretende utilizar (norma) é vigente à época da edição da lei e perdura nos dias atuais.

(...)

IV.1 – Referências normativas da matéria.

A Constituição Federal, no título VIII, "Da Ordem Social", ao prever o financiamento da seguridade social, reservou ao legislador ordinário a regulamentação da matéria. Em sua redação originária, estabelecia o art. 195 o seguinte:

> "Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
>
> I – dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o *faturamento* e o lucro;
>
> II – dos trabalhadores;
>
> III – sobre a receita de concursos de prognósticos." (Destacou-se)

Na vigência dessa norma, no âmbito federal, editou-se a Lei Complementar 70, de 30 de dezembro de 1991, que "**institui contribuição para financiamento da Seguridade Social**". Em seu art. 2º, ficou estabelecido que, *verbis*:

> "Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerada a receita bruta das vendas de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.
>
> Parágrafo único. Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:
>
> a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal;
>
> b) das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente."

Note-se, desde logo, que se o legislador precisou excluir o IPI (tributo indireto), quando destacado em nota fiscal, da base de cálculo da Cofins, é porque, a *contrario sensu*, estaria ele naturalmente incluído por força do *caput*. Como ICMS não foi excepcionado, legitimou-se o entendimento de que estava ele compreendido na base imponível da contribuição sobre o faturamento.

É importante ressaltar que o citado artigo teve sua constitucionalidade reconhecida quando do julgamento da ADC 1. Nesse sentido, confira-se o acórdão proferido na ocasião, *verbis*:

> "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, em conhecer em parte da ação, e nessa parte, julgá-la procedente, para declarar, com efeitos vinculantes previstos no parágrafo 2º do art. 102 da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional 03/93, *a constitucionalidade*

dos arts. 1º, 2º e 10, bem como da expressão 'a contribuição social sobre o faturamento de que se trata esta lei complementar não extingue as atuais fontes de custeio da Seguridade Social', contida no artigo 9º, e também da expressão 'esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte aos noventa dias posteriores, àquela publicação...', constante do art. 13, todos da Lei Complementar 70, de 30.12.1991. Brasília, 1º de dezembro de 1993." (Destacou-se)

Posteriormente, a inclusão do valor referente ao ICMS na base de cálculo da Cofins (e do PIS/Pasep) passou a ter supedâneo legal no art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98 (ora impugnado), também entendido *a contrario sensu, verbis*:

"art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

(...)

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta.

I – as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre prestações de Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário; (...)"

Desse modo, observa-se que a lei só excluiu o ICMS da base imponível das contribuições em exame quando for ele pago em regime de **substituição tributária**. Esse regime, por sua vez, é excepcional e depende de expressa previsão legal art. 150, § 7º, CRFB). Logo, em regra geral, não sendo o valor pago a título de ICMS decorrente de substituição tributária, não deve ser ele deduzido da base de cálculo da Cofins e do PIS/Pasep.

Em 15 de dezembro de 1998, editou-se a Emenda Constitucional 20, que alterou a redação do art. 195 da Lei Maior, cujo texto restou assim escrito, *verbis*:

"Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o *faturamento*;

c) o lucro; (...)" (Destacou-se)

Conforme se verifica, seja em sua redação originária, seja a decorrente da EC 20/98, a Constituição prevê a possibilidade de cobrança de contribuição social incidente sobre o **faturamento** do empregador. Tal **norma**, que existe desde 1988, em que pese a mudança de **texto**, continua em vigor.

Mais recentemente, foram ainda editadas as Leis 10.637, de 30 de dezembro de 2002, que regula a cobrança da contribuição do PIS/Pasep, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, que trata da Cofins. Seguindo a tradição, ambas prevêem que a base de cálculo dessas contribuições é o **faturamento** das empresas.

Vale destacar que referidas leis não revogaram, nem expressa nem tacitamente, o art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98. Pelo contrário, a especialidade dessa norma, que excepciona quais elementos serão excluídos da base de cálculo daquelas exações, impõe sua permanência no ordenamento jurídico e deve ser observada quando da aplicação das leis posteriores.

IV.2 – A questão da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins

IV.2.a – Do ICMS na composição do faturamento

A questão da inclusão do custo dos tributos indiretos – no caso, o ICMS – no preço dos produtos, com reflexo no cálculo das exações que têm suas bases de cálculo compostas total ou parcialmente pelo preço das mercadorias ou serviços, é antiga na história jurídica brasileira.

Em 1999, essa Egrégia Corte analisou a constitucionalidade do cálculo do ICMS compondo sua própria base e decidiu, definitivamente, a validade desse sistema, chamado incidência "**por dentro**". Nesse sentido, restou assim ementado o caso paradigma, *verbis***:**

> "Constitucional. Tributário. Base de cálculo do ICMS: inclusão no valor da operação ou da prestação de serviço somado ao próprio tributo. Constitucionalidade. Recurso desprovido." (RE 212.209/RS. Rel. Min. Marco Aurélio. Relator para acórdão: Min. Nelson Jobim. Julgamento em 23-6-1999. *DJ* de 14-2-2003.)

Reconheceu-se, na ocasião, que a incidência do ICMS é sobre a **operação** como um todo, isto é, o preço da mercadoria, computados seus custos. Somente assim se realizaria, no caso deste imposto, o princípio da não cumulatividade. Nas palavras do Min. Moreira Alves:

> "Há que fazer duas observações. Se o ICMS não for um imposto por dentro, jamais chegaremos ao que se deve chegar com a observância do princípio da não cumulatividade, com o seu jogo de compensações. Ademais, o fato gerador é que decorre da Constituição, mas é lei complementar que impõe a base de cálculo, e ela só seria inconstitucional, nesse ponto, se estabelecer base de cálculo que não se coadune com o fato gerador, o que não corre aqui, em que a base de cálculo é a única que se compatibiliza com o próprio imposto inclusive para a observância do princípio da não cumulatividade."

O entendimento de que o ICMS compõe a sua própria base de cálculo impõe a outro, a saber, o de que o valor desse imposto corresponde a custos a cargo da empresa, que são levados em conta na formação do preço. A respeito, pertinente destacar as palavras do Min. Eros Grau em voto proferido no julgamento do RE 240.785/MG, que, apoiado na norma contida no art. 166 do Código Tributário Nacional, afirmou, *verbis*:

> "[O ICMS] É custo, tal como o salário, a energia elétrica, sendo irrelevante a atividade e a classificação contábil para tais receitas."

Entende-se por **custo do produto** todos os gastos idealmente calculados como necessários **especificamente** para sua produção ou aquisição. **Justamente por compor o custo do produto, o ICMS acaba sendo agregado em seu preço.** Esse é o método que permite o trespasse do ônus econômico ao consumidor final.

O termo "custo" tem significação específica nas Ciências Contábeis. Eis sua definição pelo IBRACON – Instituto Brasileiro de Contadores:

> "É o preço pelo qual se obtém um bem, direto ou serviço. Por extensão, é também o montante do preço da matéria-prima, mão de obra e outros encargos incorridos para a produção dos bens e serviços. Ele é, pois, tanto o

preço pelo qual é adquirido um bem ou serviço, como o incorrido no processo interno da empresa para a prestação de serviços ou obtenção de bens, para venda ou uso interno."

Custo que é, seu ingresso torna-se parte do faturamento da empresa. Por **faturamento,** de acordo com a jurisprudência do STF, deve-se entender a soma das receitas operacionais da empresa. É chamada **receita bruta operacional.** Esta é composta pelos resultados de operações – negócios jurídicos – típicos da atividade empresarial desempenhada pelo empresário; noutros termos; pelas receitas derivadas da exploração específica do objeto social da empresa. Conforme explicou o Min. Eros Grau, em voto no RE 357.950/RS, **faturamento** corresponde ao:

> "resultado econômico das operações empresariais do agente econômico, como 'receita bruta das vendas de mercadorias e mercadorias e serviços de qualquer natureza' (art. 22 do Decreto-Lei 2.397/87). Esse entendimento foi consagrado no RE 150.764, Rel. Min. Ilmar Galvão, e na ADC 1, Rel. Min. Moreira Alves."

Logo, a noção de **custo** está para a de **preço** assim como a noção de **despesa operacional** está para a de **faturamento.** O preço faz frente ao custo do produto, enquanto que o faturamento possibilita o pagamento das despesas que a empresa efetua para alcançar seus fins econômicos.

A respeito, José Alfredo Ferrari Sabino ressalta que as parcelas que compõem o preço das mercadorias e serviços também compõem a receita operacional das empresas e que são excluídas destas os valores que correspondem a meros repasses e reembolsos (custo de terceiros). São suas palavras:

> "Portanto, pode-se sinteticamente afirmar que (i) formam a receita das vendas, e portanto incluem-se na base de cálculo do PIS e da Cofins, todas as parcelas que compõem o preço do produto vendido, por representarem a contrapartida do fornecimento de bens e serviços; (ii) não compõem a receita das empresas, e assim estão fora da base de cálculo do PIS e da Cofins, os ingressos que serão repassados a terceiros ou que constituam meros reembolsos despesas ou custos a cargo de terceiros (vale dizer, custos de terceiros)."

Diante de tais considerações, percebe-se que, sendo o ICMS repassado para "dentro" do preço de venda, sua importância correspondente deve ser tributada pelas exações que incidem sobre o faturamento ou a receita bruta total das empresas; no caso, a Cofins e o PIS/Pasep.

Assim, é possível afirmar que, uma vez que o ICMS incide sobre a operação, sua inclusão na base de cálculo há de ser considerada **custo** na formação do preço pelo alienante. Logo, o ingresso de valores relativos ao preço, incluída aí a parcela do ICMS, representa **faturamento** da empresa. Em suma, o valor integral do preço, e não a diferença entre este o valor do imposto, é tido por **faturamento** do agente econômico.

Incluído no conceito de faturamento, na medida em que o ICMS é imposto indireto que se agrega ao preço da mercadoria, verifica-se a legitimidade da cobrança da Cofins levando em consideração esse tributo.

Referida contribuição social incide sobre o **faturamento** das empresas, nos termos do art. 195, I, da Constituição Federal, art. 2º da Lei Complementar 70/1991 e art. 2º da Lei 9.718/1998.

Ora, conforme se demonstrou, o ICMS compõe o faturamento do agente, porque representa custo da produção e está integrado ao preço da mercadoria ou serviço. Logo, a Cofins há de incidir levando-se em conta essa parcela.

Note-se, por fim, que se inconstitucional fosse a incidência da Cofins sobre o valor do ICMS embutido no preço das mercadorias e serviços, também o seria, com muito mais razão, a incidência do ICMS sobre o próprio ICMS (o chamado ICMS "por dentro"). Ora, sendo o faturamento conjunto continente de cada produto alienado, não há como o ICMS servir de base imponível para o próprio ICMS e não o servir para a Cofins ou o PIS/Pasep. E o STF, relembre-se, já pacificou há muito tempo sua jurisprudência nesse sentido de que é legítima a técnica de tributação do ICMS "por dentro" (RE 212.209/RS).

IV.2.b – O caso do IPI

É interessante destacar que tal sistemática jamais poderia ocorrer com o imposto sobre produtos industrializados. Por sua natureza, o IPI não pode integrar a base de cálculo da Cofins.

Muito embora ICMS e IPI sejam impostos ditos i**ndiretos,** eles não oneram a cadeia econômica da mesma forma. É que, enquanto o ICMS representa custo na formação do preço, a permitir seu cálculo **por dentro,** o mesmo não acontece com o IPI, cujo cálculo é realizado sem a integração deste imposto em sua própria base de cálculo. Conforme explica Aliomar Baleeiro, "**o IPI é calculado por fora do valor da operação de que resulta a saída pela industrialização**".

Essa lógica de apuração distingue o tratamento que deve ser dado ao valor referente ao IPI e ao ICMS na formação da base de cálculo das contribuições sobre o faturamento, uma vez que o IPI é cobrado em separado.

Tal explicação é fundamental para se compreenderem os motivos que levaram o legislador a excluir, expressamente, o IPI da base de cálculo da Cofins. Não se trata de mera medida em favor do contribuinte. Com acerto, trata-se de reconhecer, desde a edição da Lei Complementar 70/91, seguida da Lei 9.718/98, que esse imposto, por sua natureza, não pode onerar a contribuição social em exame.

Por outro lado, o mesmo não se verifica com o ICMS, na medida em que, agregando-se ao preço da mercadoria ou serviço, esse imposto compõe custo de produção do bem.

Assim, verifica-se que a legislação teve a preocupação de evitar controvérsias futuras, afinal ambos os impostos são classificados segundo a doutrina como **indiretos**. Todavia, apenas o ICMS é considerado internamente no preço da operação, razão por que, com louvor, a legislação optou por esclarecer, desde logo, que o IPI não integrará a base de cálculo da contribuição social.

IV.2.c – Da declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98

Na mesma linha de raciocínio, outro argumento a ser destacado diz respeito ao entendimento firmado por esse Egrégio Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, cujo teor é o seguinte, *verbis*:

> "Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.
>
> § 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil para as receitas."

No julgamento dos RREE 357.970/RS e 346.084/PR, declarou-se a inconstitucionalidade da norma supra transcrita, na medida em que ela excederia, sem justificativa ou amparo no texto, a noção de faturamento, de modo a tornar equivalentes os conceitos de **faturamento** e, não **receita bruta** propriamente, mas o gênero **receita.**

(...)

Desse modo, é importante perceber que, ao declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, essa Corte Maior evitou que, a pretexto de se conceituar receita bruta, sinônimo de faturamento, se ampliasse seu sentido a ponto de igualá-lo ao gênero receita. Conforme destaca-se do voto do Relator, Min. Marco Aurélio, a norma, naqueles termos, "fez-se incluir no conceito de receita bruta todo e qualquer aporte contabilizado pela empresa, pouco importando a origem, em si, e a classificação que deva ser levada em conta sob o ângulo contábil". Dessa forma, "o passo mostrou-se demasiadamente largo, olvidando-se, por completo, não só a Lei Fundamental como também a interpretação desta já proclamada pelo Supremo Tribunal Federal [ADC nº 1]".

Contudo, neste julgamento, se por um lado se pretendeu evitar, com a declaração de inconstitucionalidade da norma, sentido demasiado largo ao § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, por outro, não o reduziu, a ponto de afastar do conceito de faturamento o valor do ICMS incluído no preço. Pelo contrário, reafirmou-se o entendido na ADC 1, no qual receita bruta e faturamento são expressões sinônimas, as quais levam em conta apenas aqueles elementos que compõem o custo e influenciam na formação do preço do bem, conforme já bem explicou o Min. Eros Grau o sentido desses conceitos.

Por esta razão, a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 reforça a tese de que o ICMS, ao contrário do que ocorre com o IPI, integra a base de cálculo da Cofins, na medida em que seu ingresso faz parte do faturamento da empresa.

(...)

IV.3 – Conclusão do tópico

Atendendo à interpretação lógico-sistemática do Diploma Fundamental e da legislação infraconstitucional, conclui-se que é plenamente legítima a inclusão do ICMS acoplado ao preço do produto ou serviço na base de cálculo da Cofins, do PIS/Pasep e de qualquer tributo que incida ou venha a incidir sobre o faturamento das pessoas jurídicas. De fato, **o custo relativo ao ICMS, quando incorporado ao preço da mercadoria (ou serviço), passa a compor a representação de valor do bem que circula economicamente, sendo, logo, também representação de circulação de riqueza, estando, assim, sujeito à tributação**.

Portanto, a norma contida no art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98, ao determinar a inclusão do valor do ICMS na base de cálculo da Cofins e do PIS/Pasep, quando não for caso de substituição tributária, está abrangida pelo conceito de "faturamento" estabelecido na norma de competência do art. 195, I, da Constituição da República.

(...)

IV.4 – Da segurança jurídica

De fato, eventual decisão do Supremo Tribunal Federal que determine, *ex tunc*, a dedução do "custo-ICMS" da base de cálculo da Cofins e do PIS/Pasep produzirá efeitos perversos nas contas públicas da União. As compensações tributárias que se seguirão serão astronômicas, gerando crise na execução orçamentária federal. Segundo dados passados pela Receita Federal do Brasil, o impacto econômico nos cofres públicos estará em torno de **R$ 12.000.000.000,00 (doze bilhões de reais**) por ano. Se pensarmos em indébitos tributários, repetidos ou compensados, dos últimos cinco anos, chegaremos à assustadora cifra de **R$ 60.000.000.000,00 (sessenta bilhões de reais**). E o mais grave é que **a perda de receita da União estará vinculada ao orçamento da Seguridade Social, o que**

prejudicará inevitavelmente o financiamento dos serviços de saúde e da assistência social. Demais disso, a perda de receita deverá ser compensada por novas majorações de alíquotas, o que acabará prejudicando os pequenos contribuintes, os consumidores e a sociedade como um todo.

Por todas essas razões, caso venha a ser julgada improcedente a presente ação declaratória de constitucionalidade, requer-se, desde já, seja aplicado o art. 27 da Lei 9.868/99, de modo a conceder eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade, preservando-se a validade de todos os créditos tributários já constituídos ao tempo do trânsito em julgado deste processo.

(Fls. 3 a 29.)

É o relatório.

VOTO
(Antecipação)

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Senhor Presidente, quero deixar esclarecido, desde logo, porque julgo necessário, que eu pus o processo para a pauta no dia 13 de novembro de 2007. Portanto, com a rapidez possível diante do volume de processos que todos nós recebemos ao longo do ano, mas, lamentavelmente, por uma série de circunstâncias absolutamente fortuitas este processo que entrou em pauta não pôde ser julgado; em diversas pautas houve adiamento e daí estarmos julgando apenas hoje este feito.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Começo, Senhor Presidente, pela alegação de não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade, considerada na petição que foi apresentada pela Confederação Nacional da Indústria, às fls. 367 a 381, e que foi também secundada na petição da Confederação Nacional do Comércio, às fls. 409 a 424, e aparece, também, numa petição posterior da Confederação Nacional do Transporte, às fls. 561 a 565.

Na realidade, há dois fundamentos que foram apresentados: o primeiro, nós já superamos graças à oportuna questão de ordem que foi arguida pelo eminente Ministro **Marco Aurélio**; e a segunda diz respeito, especificamente, à existência dessa dita inconstitucionalidade superveniente, considerando que a Emenda Constitucional 20 teria alterado substantivamente ou essencialmente a redação originária do art. 195 da Constituição Federal.

Lembro que a inicial desta ação direta de inconstitucionalidade está alinhada no apontar o pedido de declaração de constitucionalidade do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei 9.718; e se destaca expressamente que o objetivo é legitimar a inclusão no cálculo da Cofins, do ICMS, repassado aos consumidores no preço dos produtos, desde que não exista a substituição tributária. Ou seja, numa palavra, o que se pretende concretamente é dar a interpretação nesse sentido no que diz com o art. 3º, § 2º, inciso I, da referida lei.

A fundamentação que está apresentada na petição básica, que é a da Confederação Nacional da Indústria (CNI), visa especificamente ao seguinte, e eu peço permissão para ler, porque a questão é relevante e foi arguida, com muita proficiência, pelo eminente advogado da Confederação:

> A mudança no art. 195 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 20/98, foi substancial. Receita ou faturamento não são duas hipóteses distintas, mas há relação de complementaridade entre as duas expressões. Há sim relação de continência: todo faturamento é por definição receita, mas a recíproca não é verdadeira.
>
> O sentido atual da palavra faturamento, no art. 195, I, *b*, do texto constitucional, em vigor, é essencialmente diverso do sentido da mesma palavra faturamento no art. 195, I, da redação original.
>
> No texto atual, [diz a petição], a presença da palavra faturamento ao lado de receita, que a contém integralmente, significa, ou bem uma explicitação, ou bem a possibilidade de o legislador infraconstitucional da base de incidência, algumas receitas excluir, que não sejam consideradas faturamento. Trata-se, pois, de vocábulo que não confere poderes de tributar, pois todo sentido que dele se poderia extrair, para fins de outorga de competência impositiva, já está no vocábulo anterior "receita".
>
> Já na redação original, faturamento estava ao lado de folha de salários e do lucro, indicando a outorga de competência constitucional para a criação de contribuição social pela União Federal. Houve, portanto, mudança sensível do paradigma. Ante tal modificação, descabe o controle concentrado de constitucionalidade.
>
> Esta é a fundamentação precisa da arguição preliminar no que concerne ao não conhecimento desta ação direta.

Com o maior respeito ao eminente advogado da Confederação Nacional da Indústria, eu estou repelindo essa alegação de não conhecimento da ação direta de constitucionalidade por modificação substantiva do paradigma invocado. E estou fazendo isso, Senhor Presidente e Srs. Ministros, na firme convicção de que, de fato, o que se está aqui discutindo efetivamente é a inclusão ou não do ICMS na base de cálculo da Cofins e do PIS/Pasep. O tema substantivo, o tema da controvérsia que está explicitado na ação direta de constitucionalidade, talqualmente nos diversos processos que se apontam como conflitantes, já havendo súmula, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, diz respeito especificamente a essa questão jurídica que está posta na inicial da ação direta.

Eu não vejo, portanto, como a modificação de posição da palavra faturamento, na disciplina normativa, possa excluir da apreciação, por modificação substancial a ação direta de constitucionalidade.

Portanto, com o devido respeito ao eminente advogado da Confederação Nacional da Indústria e a todos aqueles que, eventualmente, pensam em sentido contrário, eu, Senhor Presidente, destacando a questão, como é praxe nesta Suprema Corte, rejeito a alegação de não conhecimento da ação direta de constitucionalidade.

VOTO
(Sobre preliminar)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, também vou superar essa questão e acompanhar o eminente Relator, em que pese ter havido alguma preocupação da minha parte, porque, em duas passagens da petição inicial, fl. 9 e fl. 12, efetivamente se tem uma referência como a desconhecer que o Supremo tinha discutido essa matéria no RE 346.084. E, neste caso, há duas citações na petição inicial, nas quais há uma referência específica, que talvez tenha até ensejado essas manifestações, de que não teria havido mudança alguma, senão redacional. Quando não é essa circunstância, é feita uma citação – chamando aqui, não o Ministro Eros Grau, mas o Professor Eros Grau na obra *Direito posto e o direito pressuposto* –, dizendo que não haveria diferença entre texto e norma, quando o Professor Eros Grau, na verdade, faz exatamente essa distinção. Essa questão foi discutida pelo Supremo naquele julgamento.

Todavia, como bem enfatizou o eminente Ministro Relator, a questão vai além disso e, aliás, transfere-se para um pólo nuclear que é diferente deste, razão pela qual supero essa questão e acompanho o Relator para conhecer da ação.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, também peço vênia aos que eventualmente possam dissentir.

Acompanho o eminente Relator para rejeitar esta questão preliminar, recordando, inclusive – e tenho as notas taquigráficas em mãos –, que, no julgamento do RE 240.785/MG, já assentamos a natureza constitucional da decisão naquele momento.

Portanto, sigo essa orientação para afastar a preliminar, acompanhando o Relator.

PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, ante verbete da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, versando a inclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na base de cálculo de certos tributos, é sintomático que, já havendo julgamento no Supremo sobre a matéria – refiro-me ao RE 240.785, com seis votos proferidos no sentido da exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins –, se tenha o ajuizamento desta declaratória de constitucionalidade.

Qual seria o móvel – e nada surge sem uma causa – do ajuizamento desta ação? Aludo melhor a uma estratégia, objetivando atropelar julgamento já iniciado no Supremo, e já iniciado quanto ao tema de fundo, quanto ao conflito de interesses envolvido, contando a corrente contrária ao Fisco com seis votos.

Os jornais estampam o argumento extremado sobre o impacto que decorreria da decisão se prevalecentes os seis votos já proferidos no próprio Supremo.

Reafirmo o que sempre digo: processo para mim não tem capa; processo para mim não tem, em termos de convencimento, conteúdo econômico; processo para mim retrata, e somente isso considero, o direito posto.

A declaratória de constitucionalidade, a rigor, não se justifica. E assim votei quando enfrentamos a harmonia ou não com a Carta da República da emenda constitucional que a introduziu no cenário jurídico.

Por que a declaratória de constitucionalidade não se sustenta sob a minha ótica? Porque uma lei para viger no território nacional não necessita do endosso do Judiciário. Ela tem eficácia de plano, devendo ser observada, a menos que se aponte que conflita com a Lei Maior – a Constituição Federal. E, aí, a ação direta de inconstitucionalidade apresenta também singularidade que reforça esse enfoque: é uma ação de mão dupla. Mesmo diante do pedido do dito requerente, que para mim é autor, no sentido da declaração de inconstitucionalidade da norma, é possível ao Tribunal concluir pela constitucionalidade dessa mesma norma.

Mas qual seria, então, a eficácia da declaratória de constitucionalidade se a lei não precisa do endosso do Judiciário para vigorar no território nacional? Estampa a lei ordinária, ao conter referência à liminar passível de ser concedida, que, a meu ver, nessa previsão, repito, da lei ordinária, acaba por afastar até mesmo uma garantia constitucional, que é a do acesso ao Judiciário para afastar lesão ou ameaça de lesão a direito.

A lei veio com uma abrangência ímpar: autorizando a suspensão dos processos em curso nos diversos órgãos do Judiciário sem que se possa conceber, até sob o ângulo do pragmatismo, a possibilidade de aqueles que estão em juízo a litigar participarem da relação processual subjetiva própria, ou seja, na declaratória de constitucionalidade.

Mas há mais, há muito mais a ser considerado. Com a introdução da ação declaratória de constitucionalidade, versou o constituinte derivado a possibilidade de conceder-se medida cauteladora? Não. A resposta é desenganadamente negativa. E esse silêncio tem uma base maior, uma base muito coerente, uma base que observa a ordem natural das coisas. Quando se previu, relativamente à ação direta de inconstitucionalidade, a medida acauteladora, buscou-se proteger – e a recíproca não é verdadeira – a Constituição Federal da agressão da lei hierarquicamente inferior. Por isso é que não se fez presente, quando da emenda que tratou da declaratória de constitucionalidade, a medida acauteladora nessa mesma ação, porque, a rigor, teríamos providência a contrariar direito constante do rol das garantias constitucionais, direito previsto no inciso XXXV do art. 5º, de livre acesso ao Judiciário – o de livre acesso ao Judiciário não apenas em termos de abertura do protocolo, mas considerada a tramitação do próprio processo visando à entrega da prestação jurisdicional.

Apontou-se, e confesso que não acompanhei bem o raciocínio desenvolvido, que haveria prejudicialidade, Ministro Menezes Direito, tendo em conta a EC 20?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Senhor Ministro **Marco Aurélio**, se V. Exa. me permitir, como esclareci, a questão da prejudicialidade...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Eu é que não percebi, Excelência, disse mesmo que não percebi. V. Exa. esclareceu.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Eu posso...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É por isso que estou pedindo. Agora, se Vossa Excelência reluta em prestar o esclarecimento, peço vista do processo.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Mas V. Exa. pode pedir vista sempre, com muito prazer.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Aliás, Presidente, eu o faço. Peço vista do processo.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Eu não relutei em prestar esclarecimento a V. Exa.; pelo contrário, eu iria prestá-lo, V. Exa. é que não deixou.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, é que Vossa Excelência começou lançando no ar uma censura, afirmando que teria esclarecido e que, portanto, estaria a pretender uma reiteração.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ministro **Marco Aurélio**, V. Exa., em certa ocasião, disse que nós sentamos aqui na bancada deste Colendo Supremo Tribunal Federal em dois extremos; e eu respondi a V. Exa., naquela ocasião, que podiam ser dois extremos físicos, mas não de afetos, que são muito próximos. Eu jamais teria nenhuma pretensão de dizer que V. Exa. não teria direito a pedir um esclarecimento.

Eu apenas comecei dizendo que eu esclareci, ou tentei esclarecer, que foram duas as questões apresentadas: a primeira diz respeito à prejudicialidade, e essa questão relativa à prejudicialidade nós já julgamos; e ficou, então, a segunda, relativa ao não conhecimento, e essa questão relativa ao não conhecimento nós também julgamos.

Então, as duas questões que eu destaquei foram apreciadas: a da prejudicialidade do recurso extraordinário com a ADC, que foi a questão de ordem levantada por V. Exa., que nós julgamos; e, em seguida, a questão levantada pelas petições, duas de *amici curiae* e a terceira solta, no sentido de que não se deveria conhecer da ação direta porque teria havido modificação substancial, e essa nós também julgamos em destaque como é da praxe da nossa Corte. Foram as duas questões que destaquei. E, agora, restaria, depois do voto de V. Exa., o julgamento do mérito do pedido cautelar.

É esse o esclarecimento que eu poderia dar a V. Exa. com o maior dos meus afetos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, mantenho o pedido de vista.

EXTRATO DA ATA

ADC 18-MC/DF — Relator: Ministro Menezes Direito. Requerente: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União). Interessados:

FIEMT – Federação das Indústrias no Estado de Mato Grosso (Advogado: Victor Humberto Maizman), Confederação Nacional da Indústria – CNI (Advogados: Cassio Augusto Muniz Borges e outros), Confederação Nacional do Comércio – CNC (Advogado: Bruno Murat do Pillar), Confederação Nacional do Transporte – CNT (Advogados: Marco André Dunley Gomes e outros), Estado do Acre (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado do Acre), Estado do Amazonas (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado do Amazonas), Estado da Bahia (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado da Bahia), Estado do Ceará (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado do Ceará), Estado de Goiás (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado de Goiás), Estado de Mato Grosso do Sul (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul). Estado do Pará (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado do Pará), Estado da Paraíba (Advogados: Procuradoria-Geral do Estado da Paraíba e Rodrigo de Sá Queiroga e outro), Estado de Pernambuco (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco), Estado do Piauí (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado do Piauí), Estado do Rio de Janeiro (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro), Estado do Rio Grande do Norte (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte), Estado do Rio Grande do Sul (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul), Estado de Santa Catarina (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina), Estado de São Paulo (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo), Estado de Sergipe (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado de Sergipe), Distrito Federal (Advogada: Procuradoria-Geral do Distrito Federal).

Decisão: Resolvendo questão de ordem suscitada no sentido de dar prosseguimento ao julgamento do RE 240.785-2/MG, diante do disposto no art. 138 do RISTF, o Tribunal, por maioria, deliberou pela precedência do controle concentrado em relação ao controle difuso, vencidos os Ministros Marco Aurélio (suscitante), Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. Em seguida, após o voto do Ministro Menezes Direito (Relator) que rejeitava a preliminar de não conhecimento, por não se verificar alteração substancial do parâmetro de controle de constitucionalidade, no que foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Cezar Peluso e Ellen Gracie, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio. Falaram, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli e, pelos *amici curiae*, Confederação Nacional da Indústria, Confederação Nacional do Comércio, Federação das Indústrias no Estado de Mato Grosso (FIEMT) e Confederação Nacional do Transporte, respectivamente, o Dr. Cássio Augusto Muniz Borges, o Dr. Bruno Murat do Pillar, o Dr. Victor Maizman e o Dr. Marco André Dunley Gomes. Presidência do Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 14 de maio de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO
(Vista)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Conforme a ata relativa à sessão realizada em 14 de maio de 2008, quando formulei o pedido de vista, o Plenário concluiu pela precedência do exame deste processo sobre a complementação do julgamento do RE 240.785-2/MG, oportunidade em que, acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, fiquei vencido. Então, passou-se à apreciação, preferencial, da declaratória de constitucionalidade. O Relator rejeitou preliminar – que penso ter sido a única submetida ao colegiado até aqui – de inadequação da declaratória ante a alteração substancial do parâmetro da carta da república.

A Confederação Nacional da Indústria (CNI) parte de premissa errônea quanto à causa de pedir veiculada no processo. Não o é a mudança procedida pela EC 20, de 15 de dezembro de 1998. Sustenta-se, na inicial, que, no conceito relativo a faturamento, há a inclusão do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços. Ora, o texto primitivo da carta no tocante a esta base de incidência da contribuição – o faturamento – não foi alterado pela Emenda 20/98. Ocorreu verdadeiro aditamento, tornando-se viável a incidência da contribuição considerada a receita. Em síntese, não sofreu modificação substancial a redação primeira, que já contemplava – e isso foi reafirmado pela citada emenda – a incidência da contribuição sobre o faturamento.

Vale registrar, por oportuno, que o precedente do Plenário no RE 346.084-6/PR não se fez ante o fato de a Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998, anterior à vigência da Emenda 20/98, ter versado o faturamento, mas a abrangência do que este Tribunal já havia concluído como vocábulo sinônimo, ou seja, a receita bruta. A inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 foi declarada porquanto acabou por ampliar, antes da vinda à balha da mencionada emenda, o conceito de receita bruta, para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada. O colegiado assentou, na ocasião, que "o sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente". Disso não se trata na espécie – repito –, porque em jogo o alcance de instituto diverso, ou seja, o faturamento e não a receita advinda de qualquer fonte.

Preliminares suscitadas pela Confederação Nacional do Transporte

Da precedência do julgamento deste processo sobre o do RE 240.785-2/MG.

Essa matéria está superada ante a decisão do Plenário de 14 de maio de 2008, quando fiquei vencido, juntamente com os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, no que entendemos preferir a continuidade da apreciação do citado recurso.

Do interesse jurídico dos Estados-Membros.

Os Estados-Membros não têm interesse jurídico na espécie. A razão mostra-se muito simples: nem a declaração da constitucionalidade da lei nem a de inconstitucionalidade implicarão, para eles, aporte de receita. Fazem-se em jogo contribuições e é sabido que não consta, na Carta da República, a previsão de repartição das receitas delas decorrentes.

Da inadequação da ação declaratória em face da inexistência de controvérsia judicial nos Tribunais presente o disposto no inciso III do art. 14 da Lei 9.868/99.

Improcede a preliminar. A própria confederação admite que os Tribunais vinham concluindo pela constitucionalidade do inciso I do § 2º do art. 3º da Lei 9.718/98. Ante o julgamento ainda não encerrado – do RE 240.785-2/MG, levando em conta os seis votos pela inconstitucionalidade –, houve uma modificação de entendimentos. Descabe atribuí-la a essa parcial tomada de votos. O que houve foi a vinda à balha, considerada a corrente até então predominante no sentido da constitucionalidade do preceito, de uma guinada, sugerindo insegurança jurídica passível de ser afastada mediante a declaratória de constitucionalidade.

Das preliminares articuladas pela Confederação Nacional do Comércio

A primeira delas acaba superada pela apreciação da última articulada pela Confederação Nacional dos Transportes. Conforme consignei, surgiu controvérsia judicial ante o enfoque pretérito e o atual, pouco importando a razão do descompasso.

Da inépcia da inicial

A confederação nacional do comércio diz da falta de correlação entre a causa de pedir e o pedido. Improcede o que apontado. Na inicial, parte-se da concepção de, no conceito de faturamento, estar incluído o que satisfeito pelo adquirente da mercadoria a título de ICMS.

De qualquer forma, vale ter presente que, no julgamento da declaratória de constitucionalidade, tal como ocorre na ação direta de inconstitucionalidade, o Tribunal não fica jungido à causa de pedir, mas simplesmente ao pedido. Pode proclamar tanto a constitucionalidade quanto a inconstitucionalidade por motivo diverso do versado na inicial.

Encerra-se aqui o rol das preliminares.

É como voto.

PROPOSTA

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Em primeiro lugar, Senhor Presidente, gostaria de registrar e agradecer a complementação, como sempre precisa, do eminente Ministro **Marco Aurélio** ao nosso julgamento na primeira sessão. S. Exa., como de hábito, foi extremamente preciso e analisou as preliminares com a abrangência que elas mereciam.

Vamos examinar, então, agora, o mérito da ação declaratória de constitucionalidade apenas com relação à cautelar, ou seja, não se está julgando aqui a questão substantiva que foi posta a julgamento. O que nós estamos examinando é apenas o deferimento, ou não, da medida cautelar. Não estamos, sob nenhum ângulo, examinando o mérito da ação, seja da própria ação direta de constitucionalidade, seja aquela dos recursos extraordinários que estão em tramitação nesta Corte.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Ministro Menezes Direito, se V. Exa. me permite, apenas para consignar, houve uma preliminar, avançada pela CNI, que dizia respeito à prevenção e que está implicitamente superada. No entanto, como, à época, exercia a Presidência e fui eu quem decidiu essa matéria, farei juntar uma breve manifestação a respeito no sentido de rejeitar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Essa preliminar, Ministra, qual é?

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Uma preliminar de prevenção.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Foi aquela, logo no início, sobre a prevenção, que a ação direta devia ser distribuída por prevenção.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Ao Ministro Marco Aurélio. A V. Exa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A mim? Às vezes, há uma prevenção negativa, não é?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Contra determinado Ministro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Já tão sobrecarregado de processos.

Costumo dizer, Presidente, que a distribuição só visa à racionalização dos trabalhos. Não se pode apanhar como gancho o instituto da prevenção para, a partir do que articulado, ter-se o pontapé inicial por aquele que já votara, em outro processo, a favor de uma das partes envolvidas.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): O Requerente ingressa com a presente ação declaratória de constitucionalidade buscando seja declarada a constitucionalidade formal e material da norma contida no art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei 9.718/98, "a fim de se legitimar a inclusão na base de cálculo da Cofins e do Pis/Pasep dos valores pagos a título de ICMS e repassados aos consumidores no preço dos produtos, desde que não se trate de substituição tributária" (fl. 32).

A demanda cuida, portanto, da base de cálculo do Pis/Pasep e da Cofins, cabendo reproduzir, para uma melhor compreensão, além da norma indicada pelo Requerente, também o art. 2º da Lei 9.718/98, a saber:

> Art. 2º As contribuições para o Pis/Pasep e a Cofins, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta lei.

> Art. 3º O faturamento a que se refere o art. anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.
>
> (...)
>
> § 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:
>
> I – As vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

Da pretensão e das alegações deduzidas na petição inicial extrai-se que o ponto central da ação resume-se em declarar constitucional a interpretação, *a contrario sensu*, do dispositivo legal indicado pelo Requerente de forma a incluir na base de cálculo do Pis/Pasep e da Cofins, a título de faturamento, o valor relativo ao ICMS quando não houver substituição tributária, isto é, "quando" não "cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário".

A referida substituição tributária, apenas para ilustrar, nas palavras do Dr. João Amorim, juiz de direito da 11ª Vara de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, membro da Associação Brasileira de Direito Financeiro e professor de Direito Constitucional, pode ser definida e exemplificada assim:

> O Regime da Substituição Tributária tem como principal característica atribuir ao contribuinte substituto a responsabilidade por cálculo, retenção e recolhimento aos cofres públicos do montante do imposto devido pelas operações de terceiros – contribuinte substituído (antecedentes, concomitantes ou subsequentes), além do seu próprio imposto. O imposto devido é apurado em cada operação, de forma individualizada e compensatória entre débito e crédito. Como regra geral, tal sistemática encerra todo o ciclo de tributação de uma mercadoria sujeita ao ICMS/ST, não mais sofrendo incidência do imposto nas operações subsequentes.
>
> Quando nos referimos ao ICMS/ST, estamos fazendo uso da sigla que designa o imposto incidente nas operações com mercadorias sujeitas ao recolhimento do ICMS devido por substituição tributária.
>
> Tomemos como exemplo uma operação de saída de refrigerante, de uma fábrica localizada no Estado do Rio de Janeiro, para estabelecimento distribuidor situado no espírito santo. A legislação atribui ao fabricante a responsabilidade pela substituição tributária. Significa, de modo simplista, que, na primeira saída do produto do estabelecimento industrial, o total do valor do imposto devido até a sua venda final no balcão do bar, pelo varejista para o consumidor, já terá sido calculado e cobrado antecipadamente do primeiro adquirente. O fabricante, no prazo previsto, deverá recolher o montante do ICMS/ST aos cofres do Estado do Espírito Santo, separadamente do imposto devido pelas próprias operações, ICMS normal, ao Estado do Rio de Janeiro.
>
> (In *ICMS:* questões controvertidas/doutrina e jurisprudência. Niterói: Impetus, 2007. p. 109/110.)

Igualmente, o professor José Eduardo Soares de Melo define a substituição tributária como sendo a "imputação de responsabilidade por obrigação tributária

de terceiro, que não praticou o fato gerador, mas que tem vinculação indireta com a real contribuinte" (In *ICMS*: teoria e prática. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2006.)

Por outro lado, a pretendida declaração de constitucionalidade está vinculada ao conceito de faturamento à luz do art. 195, inciso I, *b*, da Constituição Federal, que dispõe:

> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
>
> I – Do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
>
> (...)
>
> b) a receita ou o faturamento;

De fato, demonstra o Requerente que muitas são as decisões, que se espalham pelo território nacional, no sentido de admitir a inclusão do valor do ICMS na base de cálculo da Cofins (cf. fls. 4 a 6). Igualmente, comprova que, após o início da renovação do julgamento do RE 240.785/MG, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, em 24-8-06, no Tribunal Pleno, a orientação jurisprudencial tem se inclinado no sentido de excluir o valor pago a título de ICMS da base de cálculo da Cofins (**cf.** fls. 7 a 9).

Sobre o atual estágio do julgamento do RE 240.785/MG, extraio do *Informativo STF* 437, de 21 a 25-8-06, a seguinte notícia:

> **ICMS na base de cálculo da Cofins**
>
> O Tribunal retomou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, conforme autorizado pelo art. 2º, parágrafo único, da LC 70/91 – v. Informativo 161. Na sessão plenária de 22-3-06, deliberara-se, diante do tempo decorrido e da nova composição da Corte, a renovação do julgamento. Nesta assentada, o Tribunal, por maioria, conheceu do recurso. Vencidos, no ponto, os Ministros Cármen Lúcia e Eros Grau, que dele não conheciam por considerarem ser o conceito de faturamento matéria infraconstitucional. Quanto ao mérito, o Ministro Marco Aurélio, Relator, deu provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence. Entendeu estar configurada a violação ao art. 195, I, da CF, ao fundamento de que a base de cálculo da Cofins somente pode incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços, ou seja, sobre a riqueza obtida com a realização da operação, e não sobre ICMS, que constitui ônus fiscal e não faturamento ("Art. 195. A seguridade social será financiada (...) mediante recursos provenientes (...) das seguintes contribuições sociais: I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (...) b) a receita ou faturamento."). O Ministro Eros Grau, em divergência, negou provimento ao recurso por considerar que o montante do ICMS integra a base de cálculo da Cofins, porque está incluído no faturamento, haja vista que é imposto indireto que se agrega ao preço da mercadoria. Após, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes.

Temos, assim, até o presente momento, seis votos favoráveis à exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins e apenas um favorável à inclusão, o que contraria, em princípio, a pretensão interpretativa deduzida na inicial desta ação declaratória de constitucionalidade.

Ocorre que, enquanto não encerrado o julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do RE 240.785/MG, a jurisprudência permanece sujeita a flutuações inconvenientes aos sujeitos passivos da obrigação tributária e ao próprio Estado, recomendando a paralisação das demandas em trâmite, relativas ao tema destes autos.

Anoto, a propósito, que a eminente Ministra **Cármen Lúcia**, Relatora do RE 370.967/RS, vislumbrando a divergência jurisprudencial, especificamente, relativa à Lei 9.718/98, oportunamente determinou o sobrestamento do feito, em 13-7-06, assim:

> Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão que julgou legítima a inclusão da parcela do ICMS embutida no valor da venda de mercadorias na base de cálculo da Cofins, promovida pela Lei 9.718/98. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a constitucionalidade de dispositivos da referida legislação tributária, quando apreciou os seguintes recursos extraordinários: RE 346.084, RE 357.950, RE 358.273 e RE 390.840 (Rel. Min. Marco Aurélio, julgados em 9-11-05). Está, todavia, pendente de julgamento o RE 240.785, que trata exatamente da matéria em discussão nestes autos, qual seja, a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins. O Ministro Marco Aurélio, Relator do recurso, determinou, em 27 de março de 2006, sua inclusão na pauta de julgamentos. Ante o exposto, determino o sobrestamento deste feito até o julgamento do RE 240.785.

Anote-se, ainda, que o controle direto de constitucionalidade precede o controle difuso, não obstando o ajuizamento da ação direta o curso do julgamento do recurso extraordinário.

Com essas razões, assinalando a relevância da matéria, nos termos do art. 21 da Lei 9.868, de 10-11-99, defiro a medida cautelar para determinar que os juízes e tribunais suspendam o julgamento dos processos em trâmite, aí não incluídos, evidentemente, os processos em andamento nesta corte, que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei 9.718, de 27-11-98.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, eu, inclusive, já votei num recurso extraordinário de relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio. Todavia, considerando o que foi trazido pelo eminente Relator, a multiplicidade de julgados, e, ainda, que o recurso extraordinário teria aplicação exclusivamente naquele caso, em que pese já ter votado e meu voto ser de conhecimento público, de toda sorte, quanto à cautelar, acompanharei o voto do Relator exclusivamente por uma questão de segurança jurisdicional.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, eu também, no julgamento do RE 240.785/MG, acompanhei o eminente Relator no sentido de entender que é indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do Cofins, mas tratava-se de um processo de índole subjetiva.

Agora, ouvindo o voto do eminente Relator, convenci-me de que é necessário pacificar a questão nas instâncias inferiores. E, conforme disse a ilustre Ministra Cármen Lúcia, estamos diante de uma questão de segurança jurídica que devemos privilegiar.

Portanto, Senhor Presidente, com esses argumentos e tendo a certeza de que esse assunto será trazido a Plenário o mais brevemente possível, acompanho o voto do Relator para também deferir a cautelar.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, entendo que ainda paira dúvida se o valor cobrado a título de tributo passa a fazer parte do cálculo do valor devido como contraprestação pela venda de bem ou prestação de um serviço, tornando a parcela parte do valor da operação ("preço") e, portanto, parte da base de cálculo do ICMS ou, por outro lado, se a incidência se revela *bis in idem*. Por outro lado, está caracterizada a repercussão geral e a ampliação da controvérsia nos diversos órgãos jurisdicionais brasileiros.

Ante o exposto, concedo a medida cautelar, nos termos em que requerida pela União.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, atendo-me aos fundamentos do voto do eminente Relator e para homenagear o princípio da segurança jurídica, defiro a cautelar.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, vou recordar palavras de um velho juiz, com o qual atuei no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região nos idos anos setenta: "para divergir há necessidade de revelar-se a óptica." Por isso, tomarei algum tempo dos meus colegas, do Plenário.

Entendo que jurisdição não pode ser suspensa. Entendo que a cláusula alusiva ao livre acesso do cidadão à justiça, ao órgão competente, ao denominado juiz natural, é inafastável. É um valor maior que se sobrepõe ao valor revelado pelo simples pragmatismo. Não concebo como se possa, sob o ângulo

acautelador, afastar-se algo assegurado aos cidadãos em geral, tendo em conta lesão a direito ou ameaça de lesão a direito. Há mais: veio à balha – e já passou pelo crivo do Supremo – a declaratória de constitucionalidade, muito embora saibamos que, no sistema processual legislativo brasileiro, a vigência, a eficácia, a concretude de um diploma legal não depende do endosso do Poder Judiciário. Mas a declaratória existe, apesar de sabermos que, na ação direta de inconstitucionalidade, em que pese ao pedido seja no sentido do reconhecimento da pecha, o Tribunal pode – também, por maioria absoluta, como o faria se concluísse pelo acolhimento do pleito do autor da ação – assentar, e deve assentar, a harmonia da norma abstrata atacada com a Constituição Federal.

Na ação direta de inconstitucionalidade, tem-se a previsão da liminar na própria lei maior. Refiro-me sempre a essa máxima que nos veio mediante um escrito de Leucipo: nada surge sem uma causa no cenário, já diziam os filósofos materialistas gregos há dois mil e quinhentos anos.

Por que o legislador constituinte previu expressamente no Diploma Maior – a disciplina da matéria, portanto, tem envergadura constitucional – a liminar? Porque, simplesmente, ela implica uma autoproteção da Carta Federal, considerada a agressão da lei, e, aí, evidentemente, fica viabilizada a suspensão da eficácia da lei, no que vem à balha a relevância do pedido formulado e o risco de manter-se, com plena eficácia, o diploma.

Quanto à declaratória de constitucionalidade, não se previu a liminar, porque, de início, não há um fator socialmente aceitável, racionalmente aceitável, que conduza ao implemento.

Objeto da liminar, como disse: suspender a jurisdição, predicado da soberania, e, mais ainda, neste caso, suspender a jurisdição em processos subjetivos em curso no supremo para aguardar-se um julgamento – julgamento em que o pedido inicial está assentado na proclamação, no "reforço" à própria harmonia da lei com a Constituição Federal.

Creio que até mesmo o alcance preconizado sob o ângulo da liminar torna estreme de dúvidas que o cabível era realmente concluir o julgamento do processo subjetivo, em que já tomados seis votos, em que já alcançada uma maioria, claro, provisória – poderia haver o reajustamento por qualquer integrante dessa corrente, menos reajustamento por parte do Ministro Sepúlveda Pertence, porque já não compõe mais o colegiado –, retomar esse julgamento e liquidar essa questão vez por todas, assentando-se que, no caso, o contribuinte não fatura Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ou, até mesmo, quem sabe – e fiquei mais tranquilo, hoje, com as ressalvas notadas –, consignando-se que ele, contribuinte, mesmo não sendo Estado, o superpoderoso Estado, fatura tributo, fatura o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, potencializando-se, a mais não poder, uma situação de transferência que atrai a dualidade: contribuinte de direito e contribuinte de fato – a transferência do ônus do tributo para aquele que adquire a mercadoria.

Presidente, até poderia, se não desse uma ênfase maior à jurisdição, concordar com o teor da liminar, tal como proposta pelo Relator e já com endosso dos demais colegas, desde que a moeda tivesse duas faces: suspensão das ações e suspensão, também, da possibilidade de cobrança, com as sanções cabíveis, do tributo pelo Estado gênero, incluindo, no que se aponta como faturamento, outro tributo, ou seja, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços.

Peço vênia para permanecer fiel a essas balizas – é a minha ciência e é a minha consciência – e, portanto, votar no sentido do indeferimento da liminar pleiteada.

Não consigo conceber, em um Estado democrático de direito, a paralisação das ações e, quem sabe, se ocorre mesmo a paralisação das ações, o fechamento dos protocolos dos órgãos judiciários aos cidadãos no que se sintam espezinhados em certo direito, nesse direito de não verem incluído no faturamento um tributo, já que esse tributo não beneficia o contribuinte, mas, sim, o próprio Estado.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Tenho salientado**, em diversas decisões **que proferi** no Supremo Tribunal Federal (**RTJ 44/435-436**, Rel. Min. Celso de Mello – **RE 428.354/RS**, Rel. Min. Celso de Mello, **v.g.**), **que os desvios inconstitucionais** do Estado, **no exercício** do seu poder de tributar, **geram**, na **ilegitimidade** desse comportamento do aparelho governamental, **efeitos perversos**, que, **projetando-se** nas relações jurídico-fiscais mantidas com os contribuintes, **deformam os princípios** que estruturam a ordem jurídica, **subvertem as finalidades** do sistema normativo **e comprometem a integridade e a supremacia da** própria Constituição da República.

Cumpre assinalar, por isso mesmo, **que o caso ora em exame** justifica, plenamente, **que se reiterem** tais asserções, **pois é necessário advertir** que a **prática** das competências impositivas **por parte** das entidades políticas investidas da prerrogativa de tributar **não pode caracterizar-se** como instrumento, que, **arbitrariamente manipulado pelas pessoas estatais**, venha a conduzir à destruição **ou** ao comprometimento da própria ordem constitucional.

A necessidade de preservação da incolumidade do sistema consagrado pela Constituição Federal **não se revela compatível** com pretensões fiscais **contestáveis** do poder público, que, divorciando-se dos parâmetros estabelecidos pela Lei Magna, **busca impor** ao contribuinte **um Estado de submissão tributária** absolutamente **inconvivente** com os princípios que informam e condicionam, no âmbito do Estado Democrático de Direito, **a ação** das instâncias governamentais.

Bem por isso, tenho enfatizado **a importância** de que o exercício do poder tributário, pelo Estado, **deve submeter-se**, por inteiro, aos modelos jurídicos

positivados no texto constitucional, **que institui**, **em favor dos contribuintes**, **decisivas limitações** à competência estatal para impor **e** exigir, coativamente, as diversas espécies tributárias existentes.

O fundamento do poder de tributar – **tal como** tem sido reiteradamente enfatizado pela jurisprudência desta Suprema Corte (**RTJ** 167/661, **675-676**) – **reside**, em essência, **no dever jurídico de estrita fidelidade** dos entes tributantes **ao que imperativamente dispõe** a constituição da república.

Cabe relembrar, neste ponto, **consideradas** as observações que venho de fazer, **a clássica advertência** de OROZIMBO NONATO, **consubstanciada** em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (**RE 18.331/SP**), **em acórdão** no qual aquele eminente e saudoso magistrado **acentuou**, de forma particularmente expressiva, **à maneira** do que já o fizera o *Chief Justice* JOHN MARSHALL, **quando** do julgamento, **em 1819**, do célebre caso "*Mcculloch v. Maryland*", que "*o poder de tributar não pode chegar à desmedida do poder de destruir*" (**RF** 145/164 – **RDA** 34/132), **eis que** – **como relembra** BILAC PINTO, em conhecida conferência sobre "**Os limites do poder fiscal do Estado**" (**RF** 82/547-562, **552**) – essa extraordinária prerrogativa estatal **traduz**, em essência, "*um poder **que somente** pode ser exercido **dentro dos limites** que o tornem **compatível** com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria **e com** o direito de propriedade*" (**Grifei**.).

Daí a necessidade de rememorar, sempre, **a função tutelar** do Poder Judiciário, **investido** de competência institucional **para neutralizar** eventuais abusos das entidades governamentais, que, **muitas vezes deslembradas da existência**, em nosso sistema jurídico, de um verdadeiro "*estatuto constitucional do contribuinte*", **consubstanciador** de direitos e garantias **oponíveis ao poder impositivo** do Estado (**Pet 1.466/PB**, Rel. Min., "*in*" **Informativo/STF** 125), **culminam por asfixiar**, arbitrariamente, **o sujeito passivo** da obrigação tributária, **inviabilizando-lhe**, injustamente, o exercício de atividades legítimas, **o que só faz conferir** permanente atualidade às palavras do Justice Oliver Wendell Holmes, Jr. ("*The power to tax is not the power to destroy while this court sits*"), **em "*dictum*" segundo o qual**, em livre tradução, "*o poder de tributar não significa nem envolve o poder de destruir, pelo menos enquanto existir esta Corte Suprema*", **proferidas**, ainda que como "*dissenting opinion*", **no julgamento**, em 1928, **do caso** "*Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi ex Rel. Knox*" (277 u.s. 218).

É por isso que não constitui demasia **reiterar a advertência** de que **a prerrogativa institucional de tributar**, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, **não lhe outorga** o poder de suprimir (**ou** de inviabilizar) direitos de caráter fundamental, **constitucionalmente assegurados** ao contribuinte, **pois este dispõe**, nos termos da própria Carta Política, **de um sistema de proteção** destinado a ampará-lo **contra eventuais excessos** (ou ilicitudes) **cometidos** pelo poder tributante Ou, ainda, **contra exigências irrazoáveis** veiculadas em diplomas normativos editados pelas instâncias governamentais.

Assentadas tais premissas, **que reputo necessárias** ao julgamento **deste** pedido de medida cautelar, **passo a apreciar** o litígio constitucional ora em exame.

Como resulta claro dos votos já proferidos, **a controvérsia** instaurada na **presente** causa **concerne** à discussão em torno da possibilidade constitucional, ou não, de se incluir, na base de cálculo da Cofins, o valor correspondente ao ICMS.

Não se desconhece, Senhor Presidente, **considerados** os termos da discussão **em torno** da noção conceitual de faturamento, que a legislação tributária, **emanada** de qualquer das pessoas políticas, **não pode alterar** a definição, o conteúdo **e** o alcance de institutos, conceitos e formas **de direito privado**, utilizados, **expressa ou implicitamente**, pela Constituição Federal, **para definir ou limitar** competências tributárias.

Veja-se, pois, que, **para efeito** de definição **e** identificação do conteúdo **e** alcance de institutos, conceitos e formas de Direito Privado, **o Código Tributário Nacional**, em seu art. 110, "***faz prevalecer*** *o império do Direito Privado – Civil ou Comercial (...)*" (ALIOMAR BALEEIRO, "**Direito Tributário Brasileiro**", p. 687, item n. 2, **atualizada** pela professora MISABEL ABREU MACHADO DERZI, 11. ed., 1999, Forense – **Grifei**), **razão pela qual esta Suprema Corte**, para fins jurídico-tributários, **não pode recusar** a definição que, aos institutos, **é dada** pelo direito privado, **sob pena de prestigiar**, no tema, **a interpretação econômica** do direito tributário, **em detrimento** do postulado da tipicidade, **que representa**, no contexto de nosso sistema normativo, **projeção natural e necessária** do princípio constitucional da reserva absoluta de lei em sentido formal, **consoante adverte** o magistério da doutrina (GILBERTO DE ULHÔA CANTO, "*in*" **Caderno de Pesquisas Tributárias** n. 13/493, 1989, Resenha Tributária; GABRIEL LACERDA TROIANELLI, "**O ISS sobre a Locação de Bens Móveis**", "*in*" **Revista Dialética de Direito Tributário**, vol. 28/7-11, **8-9**).

O eminente Ministro MARCO AURÉLIO, **ao proferir** substancioso voto, como Relator, **no julgamento plenário** do RE 240.785/MG, **interposto** por empresa contribuinte, **enfatizou que não se mostra constitucionalmente possível**, à União Federal, **pretender** incluir, **na base de cálculo** da Cofins, o valor retido em razão do ICMS. **E**, ao fazê-lo, **destacou**, em seu voto, **os seguintes fundamentos**:

> ***O que sustenta a Recorrente*** *é que o decidido pela Corte de origem discrepa da tipologia do tributo, tal como prevista no art. 195, inciso I, alínea "b", da Constituição Federal, considerado o teor primitivo do preceito, ou seja, anterior à Emenda Constitucional 20/98, no que, na citada alínea, fez inserir como base de incidência da contribuição devida pelo empregador, juntamente com o faturamento, a receita, utilizando a adjuntiva "ou".*
>
> ***Há de se examinar****, assim,* ***se a conclusão*** *a que chegou a Corte de origem, refutando a defesa sobre a inconstitucionalidade de ter-se a incidência do tributo sobre o ICMS, incluindo este no que se entende como faturamento,* ***conflita****, ou não, com o dispositivo constitucional.*

A tríplice incidência *da contribuição para financiamento da previdência social,* ***a cargo*** *do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei,* ***foi prevista*** *tendo em conta a folha dos salários,* ***o faturamento*** *e o lucro.* ***As expressões*** *utilizadas no inciso I do art. 195 em comento* ***hão de ser tomadas*** *no sentido técnico consagrado pela doutrina e jurisprudencialmente.* ***Por isso mesmo****, esta Corte* ***glosou*** *a possibilidade de incidência da contribuição,* ***na redação primitiva*** *da Carta,* ***sobre o que pago*** *àqueles que* ***não*** *mantinham vínculo empregatício com a empresa,* ***emprestando****, assim,* ***ao vocábulo*** *"salários", o* ***sentido técnico-jurídico****, ou seja,* ***de remuneração*** *feita com base no contrato de trabalho –* ***RE*** *128.519-2/DF.* ***Jamais imaginou-se*** *ter a referência à folha de salários como a apanhar, por exemplo, os acessórios, os encargos ditos trabalhistas resultantes do pagamento efetuado.*

Óptica diversa *não pode ser emprestada ao preceito constitucional,* ***revelador*** *da incidência sobre o faturamento.* ***Este decorre****, em si,* ***de um negócio jurídico****, de uma operação,* ***importando****, por tal motivo,* ***o que percebido*** *por aquele que a realiza,* ***considerada*** *a venda de mercadoria* ***ou mesmo*** *a prestação de serviços.*

A base de cálculo *da Cofins* ***não pode extravasar****, desse modo,* ***sob o ângulo*** *do faturamento,* ***o valor*** *do negócio, ou seja, a parcela percebida com a operação mercantil ou similar.*

O conceito de faturamento *diz com riqueza própria, quantia que tem ingresso nos cofres de quem procede à venda de mercadorias ou à prestação dos serviços,* ***implicando****, por isso mesmo,* ***o envolvimento*** *de noções próprias* ***ao que se entende*** *como receita bruta.*

Descabe assentar *que os contribuintes da Cofins* ***faturam****, em si, o* ***ICMS****. O valor deste revela, isto sim, um desembolso* ***a beneficiar*** *a entidade de direito público que tem a competência para cobrá-lo.*

A conclusão a que chegou *a Corte de origem, a partir de premissa errônea, importa na incidência do tributo que é a Cofins, não sobre o faturamento, mas sobre outro tributo já agora da competência de unidade da Federação. No caso dos autos, muito embora com a transferência do ônus para o contribuinte, ter-se-á, a prevalecer o que decidido, a incidência da Cofins sobre o ICMS, ou seja, a incidência de contribuição sobre imposto, quando a própria Lei Complementar 70/91, fiel à dicção constitucional, afastou a possibilidade de incluir-se, na base de incidência da Cofins, o valor devido a título de IPI.*

Difícil é conceber a existência *de tributo sem que se tenha uma vantagem, ainda que mediata, para o contribuinte, o que se dirá quanto a um ônus, como é o ônus fiscal atinente ao ICMS. O valor correspondente a este último não tem a natureza de faturamento. Não pode, então, servir à incidência da Cofins, pois não revela medida de riqueza apanhada pela expressão contida no preceito da alínea b do inciso I do art. 195 da Constituição Federal.*

(...)

Conforme salientado *pela melhor doutrina, "a Cofins só pode incidir sobre o faturamento que, conforme visto, é o somatório dos valores das operações negociais realizadas". "A contrario sensu', qualquer valor diverso deste não pode ser inserido na base de cálculo da Cofins. Há de se atentar para o princípio da razoabilidade, pressupondo-se que o texto constitucional mostre-se fiel, no emprego de institutos, de expressões e de vocábulos, ao sentido próprio que eles possuem, tendo em vista o que assentado pela doutrina e pela jurisprudência.*

(...)

Da mesma forma *que esta Corte excluiu a possibilidade de ter-se, na expressão "folha de salários", a inclusão do que satisfeito a administradores, autônomos e avulsos, não pode, com razão maior, entender que a expressão "faturamento" envolve, em si, ônus fiscal, como é o relativo ao ICMS, sob pena de desprezar-se o modelo constitucional, adentrando-se a seara imprópria da exigência da contribuição, relativamente a valor que não passa a integrar o patrimônio do alienante quer de mercadoria, quer de serviço, como é o relativo ao ICMS. Se alguém fatura ICMS, esse alguém é o Estado e não o vendedor da mercadoria.*

(...)

Conforme previsto *no preceito constitucional em comento,* ***a base de cálculo é única e diz respeito*** *ao que faturado, ao valor da mercadoria ou do serviço,* ***não englobando****, por isso mesmo,* ***parcela diversa****. Olvidar os parâmetros próprios ao instituto, que é o faturamento, implica manipulação geradora de insegurança e, mais do que isso, a duplicidade de ônus fiscal a um só título, a cobrança da contribuição sem ingresso efetivo de qualquer valor, a cobrança considerado, isso sim, um desembolso.*

(**Grifei.**)

É importante ressaltar, neste ponto, que a orientação **que venho de mencionar encontra apoio** em autorizado magistério doutrinário (JOSÉ ALFREDO FERRARI SABINO, "**Da Não Inclusão dos Reembolsos, pelos Distribuidores, do ICMS Retido pela Indústria na Base de Cálculo do PIS e da Cofins**", "*in*" Revista Dialética de Direito Tributário n. 42, p. 59, item n. 4, 1999; HUGO DE BRITO MACHADO, "**Cofins: Ampliação da Base de Cálculo e Compensação do Aumento de Alíquota**", "*in*" "**Contribuições Sociais: Problemas Jurídicos: COFINS, PIS, CSLL e CPMF**", p. 95/113, 1. ed., 1999, Dialética; DIEGO DINIZ RIBEIRO, "**PIS e COFINS na Importação: Base de Cálculo e Questões Controvertidas**", "*in*" Repertório de Jurisprudência – IOB n. 11, vol. I/425, item n. 3, 2005; CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS, "**Exclusão do ICMS da Base de Cálculo de Tributos Federais**", "*in*" Revista Dialética de Direito Tributário 145, p. 22, out/07; ALLAN MORAES, "**ICMS na Base de Cálculo do PIS e da Cofins não Cumulativos**", "*in*" Revista Dialética de Direito Tributário n. 141, p. 30/32, jun/07), **cabendo ressaltar**, no ponto, **a precisa lição** do ilustre jurista e tributarista ROQUE ANTONIO CARRAZZA, **de quem** tive a honra de ser colega no Ministério Público paulista, **exposta** em conhecida monografia **que escreveu** como doutrinador eminente ("**ICMS**", p. 530/542, 12. ed., 2007, Malheiros):

*"**Faturamento**" não é um simples "rótulo". Tampouco, "venia concessa", é uma "caixa vazia", dentro da qual o legislador, o intérprete ou o aplicador podem colocar o que bem lhes aprouver.*

Pelo contrário*, "faturamento", no contexto do art. 195, I, da CF (que menciona este instituto próprio do Direito Comercial), tem uma acepção técnica precisa, da qual o Direito Tributário não pode afastar-se.*

De fato*, desde as clássicas lições de Gian Antonio Micheli (ex-Catedrático da Universidade de Roma)* ***aceita-se*** *que o Direito Tributário é um "Direito de superposição",* ***na medida*** *em que encampa conceitos que lhe são fornecidos pelo Direito Privado (Direito Civil, Comercial, do Trabalho etc.). Assim, por exemplo, quando a Constituição, em matéria de IPTU, alude à propriedade, é preciso*

buscar no Direito Civil a noção de propriedade. Quando a Constituição, em matéria de ICMS, trata de operação mercantil, é preciso buscar no Direito Comercial a noção de operação mercantil.

***Muito bem**, quando a Constituição, em matéria de contribuições sociais para a seguridade social, alude a "faturamento", é preciso buscar no Direito Comercial (art. 187, I, da Lei 6.404/76, que se encontrava em vigor quando da promulgação da Constituição Federal) este conceito.*

***Depois**, é certo que quando o texto constitucional alude, sem reservas ou restrições, a um instituto ou a um vocábulo jurídico, endossa o sentido próprio que possuem, na doutrina e na jurisprudência.*

***Ora, faturamento**, para o Direito Comercial, para a doutrina e para a jurisprudência, nada mais é do que a expressão econômica de operações mercantis ou similares, realizadas, no caso em estudo, por empresas que, por imposição legal, sujeitam-se ao recolhimento do PIS e da Cofins.*

***O "faturamento"** (que, etimologicamente, advém de "fatura") **corresponde**, em última análise, ao "somatório" do valor das operações negociais realizadas pelo contribuinte. "Faturar", pois, é obter "receita bruta" proveniente da venda de mercadorias ou, em alguns casos, da prestação de serviços.*

***Noutras palavras**, "faturamento" é a contrapartida econômica, auferida, como "riqueza própria", pelas empresas em razão do desempenho de suas atividades típicas. Conquanto nesta contrapartida possa existir um componente que corresponde ao ICMS devido, ele não integra nem adere ao conceito de que ora estamos cuidando.*

***Indo ao encontro** desta linha de raciocínio, **a Suprema Corte pacificou e reafirmou**, no julgamento **dos RE** 346.084, 358.273, 357.950 **e** 390.840, **em sessão** do dia 9-11-05, **a distinção** entre "faturamento" e "receita". **Mais**: deixou claro que "faturamento" é espécie de "receita", podendo ser conceituado como o produto da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviço (...).*

(...)

***O "punctum saliens" é que a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins leva ao inaceitável entendimento** de que os sujeitos passivos destes tributos "**faturam** ICMS". A toda evidência, eles não fazem isto. Enquanto o ICMS circula por suas contabilidades, eles apenas obtêm "ingressos de caixa", que não lhes pertencem, isto é, não se incorporam a seus patrimônios, até porque destinados aos cofres públicos estaduais ou do Distrito Federal.*

(...)

***Portanto**, a integração do valor do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins traz como inaceitável consequência que contribuintes passem a calcular as exações sobre receitas que não lhes pertencem, mas ao Estado-Membro (ou ao Distrito Federal) onde se deu a operação mercantil (cf. art. 155, II, da CF).*

***A parcela correspondente ao ICMS pago não tem**, pois, **natureza de "faturamento"** (e nem mesmo de "receita"), mas de simples "'ingresso de caixa" (na acepção "supra"), não podendo, em razão disso, compor a base de cálculo quer do PIS, quer da Cofins.*

***Ademais**, se a lei pudesse chamar de "faturamento" o que "faturamento" não é (e, a toda evidência, empresas não faturam ICMS), cairia por terra o rígido esquema de proteção ao contribuinte, traçado pela Constituição.*

***Realmente**, nos termos da Constituição, o PIS e a Cofins só podem incidir sobre o "faturamento", que, conforme vimos, é o somatório dos valores das operações*

negociais realizadas. "A contrario sensu", qualquer valor diverso deste não pode ser inserido na base de cálculo destes tributos.

***Enfatize-se** que, se fosse dado ao legislador (ordinário ou complementar) redefinir as palavras constitucionais que delimitam o "campo tributário" das várias pessoas políticas, ele, na verdade, acabaria guindado à posição de Constituinte, o que, por óbvio, não é juridicamente possível.*

***Foi o que**, "venia concessa", **fez o legislador da União** ao não contemplar, na alínea "a" do parágrafo único do art. 2º da Lei Complementar 70/91, a possibilidade de exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins. **A perplexidade** que a omissão causa é tanto maior em se atentando para o fato de o aludido dispositivo haver (corretamente, diga-se de passagem) determinado a exclusão do IPI.*

***Com efeito**, inexiste justificativa lógico-jurídica para este tratamento diferenciado, já que ambos os impostos têm estrutura semelhante (são "tributos indiretos"), não integrando o "faturamento", tampouco a receita, das empresas.*

(...)

***Irrelevante**, portanto, que o parágrafo único do art. 2º da Lei Complementar 70/91 não tenha se referido expressamente ao ICMS como passível de exclusão da base de cálculo da Cofins, já que tal exclusão é consequência inexorável da definição da "base de cálculo" contida no "caput", além de consagrada pelo art. 195, I, da CF.*

(...)

***Em boa verdade científica, não é possível inserir na base de cálculo do PIS e da Cofins algo que "faturamento" não é**. Fazê-lo enseja a cobrança de novo tributo, que refoge à competência tributária federal.*

(...)

***Isto desconsidera**, a todas as luzes, **direito subjetivo fundamental dos contribuintes**, qual seja, o de só serem tributados na "forma" e nos "limites" permitidos pela Constituição.*

***Em suma, a inclusão**, na base de cálculo do PIS **e** da Cofins, **do valor corresponde ao ICMS pago abre espaço a que a união federal locuplete-se com "exações híbridas e teratológicas"**, que não se ajustam aos modelos de nenhum dos tributos que a Constituição, expressa ou implicitamente, lhe outorgou.*

(...)

***Daí por que a inclusão, na base de cálculo da Cofins, de elemento (o valor do ICMS) que não reflete receita própria** do sujeito passivo **distorce sua efetiva aptidão** para contribuir e acarreta aumento indevido e – pior – inconstitucional da carga tributária.*

(**Grifei**.)

Registro, finalmente, que essa orientação doutrinária – **que censura**, de modo inequívoco (e correto), **a inclusão** do ICMS na base de cálculo da Cofins – **é perfilhada** por ROBERTO CARLOS KEPPLER **e** ROBERTO MOREIRA DIAS ("**Da Inconstitucionalidade da Inclusão do ICMS na Base de Cálculo da Cofins**", "*in*" Revista Dialética de Direito Tributário n. 75, p. 178, item n. 4, 2001), **que assim se pronunciam** sobre a matéria:

*(...) **o ICMS não poderá integrar a base de cálculo da Cofins pelos seguintes motivos**: (**i**) o alcance do conceito constitucional de faturamento e receita não permite referida dilação na base de cálculo da exação; (**ii**) isso representaria*

*afronta aos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva; e (**iii**) o previsto no art. 154, I, da Constituição Federal seria afrontado.*
(**Grifei.**)

Em síntese, e tendo **em consideração** as razões expostas, **peço vênia** para acompanhar o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, **para indeferir** o pedido de medida cautelar **formulado** nesta sede de fiscalização normativa abstrata.

É o meu voto.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu também tenho voto na matéria e farei juntada. Mas, pedindo vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio e, agora, ao Ministro Celso de Mello, acompanho o voto do eminente Ministro Carlos Alberto Direito, Relator.

Lembro que, nesse caso, a suspensão prevista no art. 21 da Lei 9.868 tem prazo certo, máximo, de cento e oitenta dias. Portanto, é nesse prazo máximo que devemos realizar o julgamento do mérito da própria ação declaratória de constitucionalidade e esperamos fazê-lo, realmente, em tempo abreviado.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Cuida-se de ação declaratória de constitucionalidade, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Presidente da República, com fundamento no art. 102, I, *a*, e 103, I, da Constituição Federal, sustentando a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do art. 3º, § 2º, I da Lei 9.718/99.

Em síntese, o autor sustenta a legitimidade da "inclusão na base de cálculo da Cofins e do Pis/Pasep dos valores pagos a título de ICMS e repassados aos consumidores no preço dos produtos ou serviços, desde que não se trate de substituição tributária".

Como já tive a oportunidade de assentar, a controvérsia exigida para fins do art. 14, III, da Lei 9.868/99 está intimamente relacionada com a finalidade da ação declaratória de constitucionalidade no ordenamento jurídico constitucional brasileiro. Trata-se, na verdade, do requisito da legitimidade para agir em concreto.

A finalidade da ação declaratória de constitucionalidade é a preservação da ordem jurídica constitucional, com vistas a afastar a insegurança jurídica ou estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal.

Buscando, no direito comparado alemão, instituto similar, venho defendendo doutrinariamente que:

> Ao lado do direito de propositura, há de se cogitar aqui, também, de uma legitimação para agir *in concreto*, tal como consagrada no direito alemão, que se relaciona com a existência de um estado de incerteza, gerado por dúvidas ou

> controvérsias sobre a legitimidade da lei. Há de se configurar, portanto, situação hábil a afetar a presunção de constitucionalidade, que é apanágio da lei.
> (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*: comentários à Lei 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 265.)

A principal função da ação declaratória de constitucionalidade é transformar a presunção relativa de constitucionalidade (que milita a favor dos atos normativos) em presunção absoluta. Serve, portanto, para afastar o controle difuso e a controvérsia sobre a aplicação de determinada norma no âmbito do Executivo e do Judiciário.

Assim sendo, é evidente que o manejo da referida ação somente se faz necessário quando houver controvérsia ou dúvidas relevantes sobre a constitucionalidade de determinado preceito; pois, de outra forma, não há razão para movimentar a jurisdição constitucional.

A garantia processual oferecida pela ação declaratória de constitucionalidade atua contra a insegurança gerada por aplicações e interpretações contraditórias de um mesmo preceito normativo.

No que se refere ao pedido de cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, a Lei 9.868/99 optou por estabelecer que, salvo em caso de excepcional urgência, o tribunal somente concederá a liminar, consistente na suspensão da vigência da norma impugnada (ADI 2.866-MC/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 17-10-03), por decisão da maioria absoluta de seus membros, após a audiên-cia dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (art. 10).

Em caso de excepcional urgência, poderá ser dispensada a audiência dos órgãos dos quais emanou o ato (art. 10, § 3º). A lei explicita (art. 11), ainda, que a decisão concessiva de cautelar terá eficácia *erga omnes*, devendo a sua parte dispositiva ser publicada em seção especial do *Diário Oficial* no prazo de dez dias, a contar do julgamento.

Ainda no que tange à medida cautelar no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, o art. 11, § 1º, da Lei 9.868/99 dispõe, em consonância com a jurisprudência do STF, que a cautelar será concedida, regularmente, com eficácia *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. Da mesma forma, prevê-se que a medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação do Tribunal em sentido contrário (art. 11, § 2º).

No que tange à medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade, objetiva-se paralisar o julgamento, em instâncias inferiores, dos processos que envolvem a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação, até o seu julgamento definitivo.

O art. 11, § 1º, da lei 9.868/99, cuja aplicação também pode se dar em ação declaratória de constitucionalidade, tendo em vista constituírem ações de mesma

natureza, apenas com o "sinal trocado" – como tenho defendido – permite a concessão da liminar com eficácia retroativa.

Como cediço, a medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade, hoje positivada no art. 21 da Lei 9.868/99, decorre originariamente de construção jurisprudencial do STF, que a admitiu na ADC 4, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, *DJ* de 21-5-99.

Como prevista na Lei 9.868/99, trata-se de determinação, por parte da maioria absoluta do STF, de que juízes e tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até o seu julgamento definitivo que, de qualquer sorte, há de verificar-se no prazo de cento e oitenta dias (art. 21).

Considerando a natureza e o escopo da ação declaratória de constitucionalidade, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões proferidas nesse processo, parece ter sido acertada a admissão por parte do legislador, de maneira explícita, da concessão de medida cautelar, a fim de evitar o agravamento do Estado de insegurança ou de incerteza jurídica que se pretendia eliminar.

Observe-se que, na ADC 9 (racionamento), o STF, por maioria de votos, deferiu o pedido cautelar para suspender, com eficácia *ex tunc* e com efeito vinculante, até o final do julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão que tivesse por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade dos arts. 14 a 18 da MP 2.152/01 (ADC 9, Rel. p/ o ac. Min. Ellen Gracie, Pleno, *DJ* de 6-2-02).

Na oportunidade, a medida liminar foi concedida para "suspender, com eficácia *ex tunc*, e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos arts. 14 a 18 da MP 2152-2/01", nos termos do voto da Ministra Ellen Gracie, como Relatora designada para o acórdão.

Na ADC 12 (nepotismo), o Tribunal também concedeu cautelar, com eficácia *ex tunc* e efeitos vinculante e *erga omnes*, para suspender, até o exame de mérito da ação, o julgamento dos processos que têm por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução 7 do CNJ; ademais, essa medida tem por objetivo impedir que juízes e tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma resolução e suspender, com eficácia *ex tunc*, os efeitos das decisões já proferidas no sentido de afastar ou impedir a aplicação da referida resolução (ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto, Pleno, maioria, *DJ* de 17-2-06).

No caso, é inequívoca a controvérsia gerada quanto à constitucionalidade do art. 3º, § 2º, II, da Lei 9.718/98, em virtude da decisão inacabada do Plenário quanto à exclusão do valor correspondente ao ICMS da base de cálculo da Cofins.

A generalização de medidas judiciais pleiteando a redução da base de cálculo da Cofins poderia nulificar completamente a força normativa do dispositivo em questão, colocando em xeque a presunção constitucionalidade que milita a favor dos atos administrativos.

Nesse particular, é preciso ressaltar que a ação declaratória revela-se como instrumento adequado para a solução desse impasse jurídico-político, permitindo que o Supremo Tribunal Federal possa manifestar-se sobre questão de relevante interesse nacional, como é o caso da exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins, preservando e potencializando princípios constitucionais como a segurança jurídica.

Dessa forma, encontram-se presentes os pressupostos necessários para deferimento da medida cautelar.

Ante o exposto, concedo a liminar para deferir a medida cautelar.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

ADC 18-MC/DF — Relator: Ministro Menezes Direito. Requerentes: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União). Interessados: Federação das Indústrias no Estado de Mato Grosso – FIEMT (Advogado: Victor Humberto Maizman), Confederação Nacional da Indústria – CNI (Advogados: Cassio Augusto Muniz Borges e outros), Confederação Nacional do Comércio – CNC (Advogado: Bruno Murat do Pillar), Confederação Nacional do Transporte – CNT (Advogados: Marco André Dunley Gomes e outros), Estado do Acre (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado do Acre), Estado do Amazonas (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado do Amazonas), Estado da Bahia (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado da Bahia). Estado do Ceará (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado do Ceará), Estado de Goiás (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado de Goiás), Estado do Mato Grosso do Sul (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado do Mato Grosso do Sul), Estado do Pará (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado do Pará), Estado da Paraíba (Advogados: Procuradoria-Geral do Estado da Paraíba e Rodrigo de Sá Queiroga e outro), Estado de Pernambuco (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco), Estado do Piauí (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado do Piauí), Estado do Rio de Janeiro (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro), Estado do Rio Grande do Norte (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte), Estado do Rio Grande do Sul (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul), Estado de Santa Catarina (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina), Estado de São Paulo (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo), Estado de Sergipe (Advogada: Procuradoria-Geral do Estado de Sergipe) e Distrito Federal (Advogada: Procuradoria-Geral do Distrito Federal).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares suscitadas. No mérito, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, deferiu a medida cautelar, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 13-8-08.

Decisão: Retificada a decisão proferida na assentada de 13 de agosto de 2008 para constar que, no mérito, ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio

e Celso de Mello, que indeferiam a medida cautelar. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie. Presidência do Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 17 de setembro de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

EXTRADIÇÃO 1.075 — REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Menezes Direito

Requerente: Governo da Alemanha — Extraditando: Wolfgang Dieter Weis

Extradição executória. República Federal da Alemanha. Pedido formulado com promessa de reciprocidade. Atendimento aos requisitos da Lei 6.815/80. Dupla tipicidade atendida. Prescrição quanto a um dos delitos. Deferimento parcial.

1. O pedido formulado pela República Federal da Alemanha, com promessa de reciprocidade, atende parcialmente aos pressupostos necessários ao seu deferimento nos termos da Lei 6.815/80.

2. Quanto ao delito de tráfico de pessoas, a extradição deve ser indeferida, em virtude da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, considerada a pena aplicada na Alemanha (art. 109, inciso V, do Código Penal).

3. Quanto ao crime sexual, o fato delituoso imputado ao Extraditando corresponde, no Brasil, ao crime de rufianismo, previsto no art. 230 do Código Penal, satisfazendo, assim, ao requisito da dupla tipicidade, previsto no art. 77, inciso II, da Lei 6.815/80.

4. Inocorrência da prescrição quanto ao crime sexual, pois a jurisprudência desta Corte é no sentido de que o período pelo qual o extraditando ficou preso no Brasil, em razão do pedido extradicional, tem efeito apenas na detração da pena a ser cumprida no país requerente, mas não na prescrição.

5. Extradição parcialmente deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, deferir parcialmente a extradição.

Brasília, 3 de abril de 2008 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Adoto, a título de relatório, as informações prestadas pela Assessoria do Gabinete:

O Procurador-Geral da República, mediante a promoção de fls. 221 e 222, pleiteou fossem solicitadas ao Governo requerente cópias dos textos legais alusivos à prescrição e às causas interruptivas.

Com o acolhimento do pedido (fl. 224), veio a ser expedido ofício ao Ministro de Estado das Relações Exteriores (fl. 226). A solicitação foi reiterada (fl. 229). Reportando-se à comunicação do Ministério das Relações Exteriores, a Embaixada da República Federal da Alemanha remeteu cópia dos textos legais atinentes ao crime imputado ao extraditando, à penalidade aplicada, à prescrição e às causas de suspensão desta última (fls. 239 a 244). A defesa manifestou-se às fls. 251 a 258. Por meio do Aviso 1.917-MJ, juntou-se peça original pertinente à legislação alemã aplicável (fls. 265 a 274).

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 278 a 284, opina pelo deferimento do pedido de extradição somente em relação ao delito de constrangimento sexual ou violação. A argumentação do Ministério Público está assim sintetizada:

a) cuida-se de pedido de extradição executória formulado pelo Governo da Alemanha, com base em promessa de reciprocidade, para cumprimento de pena imposta pelo acórdão da 2ª Câmara do Tribunal Regional de Justiça de Arnsberg, em virtude da prática de crimes de constrangimento sexual ou violação e tráfico de pessoas, conforme Nota Verbal 16/07 (fls. 4 a 44);

b) a prisão preventiva para fins de extradição foi decretada em 8 de fevereiro de 2007 (fl. 47) e efetivada no dia 13 (fl. 90);

c) o Extraditando foi interrogado (fls. 155 a 157), tendo sido apresentada defesa técnica sustentando-se que o tipo penal do crime de tráfico de pessoas previsto na legislação penal alemã não tem correspondência com o art. 231 do Código Penal brasileiro. Afirmou-se que o paciente é casado com brasileira e constituiu família no Brasil. Mencionou-se a ausência dos dispositivos legais alemães, mormente quanto aos crimes e à prescrição – que foram complementados (fls. 264 a 274). Pugnou-se pelo indeferimento do pleito (fls. 177 a 186);

d) o pedido formal de extradição foi apresentado pelo Estado requerente, constando do processo cópia do acórdão que condenou o Extraditando à pena total de quatro anos de prisão (fls. 14 a 21);

e) a conduta do paciente – item I do acórdão condenatório – está prevista no § 180b do Código Penal alemão como "tráfico de pessoas" (fls. 23 e 24), tem correspondência no Brasil com o crime de rufianismo qualificado, tipificado no art. 230, § 2º, do Código Penal brasileiro; a conduta descrita no item II do julgado, versada no § 177 do Código Penal alemão, corresponde aos arts. 213 e 214 do Código Penal pátrio – em concurso material. Nesse ponto, far-se-ia preenchido o requisito da dupla tipicidade;

f) relativamente à dupla punibilidade, ocorreu a prescrição da pretensão executória quanto ao delito de "tráfico de pessoas". Destaca o Ministério Público que a jurisprudência do Supremo, no tocante à extinção da punibilidade, há de ser apreciada de modo individualizado, considerando cada crime e cada pena imposta (Ext 909, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça* de 22 de abril de 2005; e julgados publicados na *Revista Trimestral de Jurisprudência* 170/3, Rel. Min. Marco Aurélio, e 187/77, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). O extraditando teria sido condenado a duas penas distintas – dois anos e dois anos e seis meses de prisão – pelos delitos de tráfico de pessoas e constrangimento sexual, respectivamente (fls. 20 e 21);

g) a prescrição executória do Estado requerente, nos moldes da legislação brasileira, começou a correr no dia em que a execução da pena foi interrompida pela fuga do extraditando, que poderia ter como marco a vinda do paciente ao Brasil em 2001, data esclarecida durante o interrogatório do paciente. Assim, presente a pena aplicada – dois anos – para o delito de "tráfico de pessoas", teria transcorrido o prazo prescricional de quatro anos previsto na legislação penal brasileira. Quanto ao delito de constrangimento sexual ou violação, a pena foi fixada em dois anos e seis meses de prisão, não tendo incidido a prescrição, que somente ocorreria se passados oito anos, contados a partir da interrupção da execução da pena em 2001.

h) o período de prisão preventiva de 214 dias não influenciaria na contagem do prazo prescricional, sendo considerado somente para detração, conforme acórdão proferido na Ext 801, Rel. Min. Sidney Sanches, publicado no *Diário da Justiça* de 18 de junho de 2001.

i) em consonância com o Verbete 421 da Súmula do Supremo, o fato de o Paciente ter constituído família no Brasil não representaria óbice à extradição.

Registro que, segundo a nota verbal juntada à fl. 4, o Tribunal Regional de Justiça de Ansberg, quando da fixação da pena definitiva contra o Extraditando – 4 anos de prisão –, deduziu-se o período de 214 dias de prisão preventiva à qual esteve submetido. A individualização das penas em correspondência com os delitos encontra-se à fl. 20 – sentença traduzida. Não há no processo documentação hábil à comprovação da data em que o Extraditando teria fugido do território da República Federal da Alemanha, a não ser a alusão à respectiva chegada ao Brasil em 2001. Consoante a documentação relativa à legislação alemã aplicável, os prazos de prescrição da pena somente começam a contar da data em que a decisão tiver transitado em julgado – no caso, em 29 de maio de 2000 (fl. 265) – e a suspensão não ocorre "enquanto, conforme a lei, não for possível iniciar ou continuar com a execução" (fl. 266). O processo não está instruído com o texto legal mencionado na peça.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Conforme ressaltado na peça confeccionada pela Procuradoria-Geral da República, está atendido o aspecto formal, presente a legislação indispensável ao exame do pleito. O pedido de extradição fez-se direcionado à execução da pena. De início, existe a dupla tipicidade. O crime de tráfico de pessoas, segundo a legislação alemã, equivale ao crime do art. 230, § 2º, do Código Penal brasileiro – rufianismo qualificado. Já o previsto no § 177 do Código Penal alemão corresponde ao disposto nos arts. 213 e 214 do Código Penal. Sob o ângulo da prescrição, no tocante à pretensão executória, observa-se a pena imposta levando-se em conta cada qual dos crimes. É certo que não interfere, na espécie, o período em que o Extraditando esteve preso preventivamente na Alemanha. A subtração se verifica ante a totalidade da pena fixada. Em síntese, tal como consignado no parecer, há precedente da Corte no sentido de ter-se simplesmente a subtração visando a pena ainda a ser cumprida. No caso, esse elemento, em face do total da pena imposta, mostra-se desinfluente.

Sob o ângulo da pretensão executória quanto à pena relativa ao tráfico de pessoas, verifica-se a prescrição. A fuga do extraditando ocorreu em 2001. A pena aplicada foi de dois anos. Transcorreu, portanto, o lapso superior aos quatro anos previstos no inciso V do art. 109 do Código Penal brasileiro. Nesse ponto, a manifestação do Ministério Público se encontra em perfeita harmonia com a ordem jurídica em vigor. Não há mesmo como se cogitar da subsistência da pretensão executória.

Surge a problemática alusiva ao delito de constrangimento sexual ou violação sexual, conforme definido no Código Penal alemão. Consoante está registrado no parecer da Procuradoria-Geral da República, a pena foi fixada em dois anos e seis meses de prisão. Em síntese, ante a neutralidade do período atinente à prisão preventiva na Alemanha, ligada às duas penas, tomam-se, para saber-se da prescrição da pretensão executória, os citados dois anos e seis meses de prisão. Levados em conta, sem repercussão outra, o prazo prescricional, segundo a legislação brasileira, seria de oito anos. Acontece que, para o cumprimento dessa pena, deve-se computar o período em que o extraditando ficou preso no Brasil. É que, promovida a extradição, estará ele sujeito, no país de origem, a dois anos e seis meses, subtraído o espaço de tempo da prisão para efeito de extradição, presente o instituto da detração. Pois bem, o ofício de fl. 90 revela haver sido cumprido o mandado de prisão expedido por esta Corte em 13 de fevereiro de 2007. O extraditando, portanto, já se encontra recolhido há mais de um ano. Ora, subtraído esse lapso temporal da pena a ser cumprida – de dois anos e seis meses de prisão –, tem-se que a regência da prescrição, segundo as normas brasileiras, não ocorre pelo inciso IV do art. 109 do Código Penal, mas pelo inciso V nele inserido. O deferimento da extradição visaria ao cumprimento de pena que, a esta altura, é inferior, para efeito de execução, a dois anos. Ora, o mesmo princípio que norteia a conclusão sobre a prescrição da pretensão executória, considerado o crime de rufianismo, guarda sintonia com a espécie. Daí entender pela incidência da prescrição executória.

Assim, no entanto, não decidiu o Plenário ao julgar a Ext 801-3, relatada pelo Ministro Sydney Sanches, quando, então, proclamou que "o tempo de prisão provisória, em Portugal e no Brasil, não pode ser computado para redução do prazo prescricional, mas, sim, apenas para efeito de detração". De qualquer modo, ressalto, mais uma vez, que o objeto da extradição outro não é senão cumprir resíduo de pena. Ora, se este, considerada a detração, já foi coberto pela prescrição, não há como, presente a razão do pedido, deixar de concluir pela prescrição. Daí assentá-la neste exame para indeferir o pleito. Saliento que o fato de o extraditando ter constituído família no Brasil não seria óbice ao deferimento do pedido.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhora Presidente, mais uma vez peço vênia ao Ministro **Marco Aurélio** para seguir o precedente desta Corte, de que foi Relator o Ministro **Sydney Sanches**, em que se estabeleceu que a

circunstância específica levantada por S. Exa. tem efeito apenas na detração, mas não na prescrição. E, nessa medida, aplicar-se-ia o art. 109, IV, do Código Penal.

Assim, com vênia de S. Exa., concedo a extradição parcialmente, apenas no que concerne ao delito de natureza sexual e não quanto àquele outro relativo ao tráfico de pessoas.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhora Presidente, peço vênia ao Ministro Marco Aurélio, mas vou acompanhar os precedentes do Tribunal, na mesma linha da conclusão do Ministro Menezes Direito, concedendo parcialmente a extradição.

EXTRATO DA ATA

Ext 1.075/República Federal da Alemanha — Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Menezes Direito. Requerente: Governo da Alemanha. Extraditando: Wolfgang Dieter Weis (Advogado: Eva Ingrid Reichel Bischoff).

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu parcialmente a extradição. Lavrará o acórdão o Ministro Menezes Direito. Ausente, justificadamente, o Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento a Ministra Ellen Gracie.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 3 de abril de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

EXTRADIÇÃO 1.120 — REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Requerente: Governo da República Federal da Alemanha — Extraditando: Frank Armin Dahmen

Extradição instrutória. República Federal da Alemanha. Pedido formulado com promessa de reciprocidade. Atendimento aos requisitos da Lei 6.815/80. Impossibilidade de análise sobre a inconsistência do mandado de prisão e a ausência de indícios de autoria dos fatos investigados no Estado requerente. Sistema de contenciosidade limitada. Precedentes. Propositura de ações perante a Justiça brasileira não é óbice ao deferimento da extradição. Pedido deferido.

1. O pedido formulado pela República Federal da Alemanha, com promessa de reciprocidade, atende aos pressupostos necessários ao seu deferimento, nos termos da Lei 6.815/80.

2. A falta de tratado bilateral de extradição entre o Brasil e o país requerente não impede a formulação e o eventual atendimento do pedido extradicional desde que o Estado requerente, como na espécie, prometa reciprocidade de tratamento ao Brasil, mediante expediente (nota verbal) formalmente transmitido por via diplomática.

3. Os fatos delituosos imputados ao Extraditando correspondem, no Brasil, ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, previsto no art. 33 da Lei 11.343/06, satisfazendo, assim, ao requisito da dupla tipicidade, previsto no art. 77, inciso II, da Lei 6.815/80.

4. Não ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, tanto pelos textos legais apresentados pelo Estado requerente quanto pela legislação penal brasileira (inciso I do art. 109 do CP).

5. No Brasil, o processo extradicional se pauta pelo princípio da contenciosidade limitada, o que não confere a esta Suprema Corte indagação sobre o mérito da pretensão deduzida pelo Estado requerente ou sobre o contexto probatório em que a postulação extradicional se apoia.

6. A propositura, pelo Extraditando, de Ação por Dano Material e Moral contra a República Federal da Alemanha e de Ação de Divórcio Direto Litigioso, ambas em curso na Justiça brasileira, não é óbice ao deferimento da extradição.

7. Com base na promessa de reciprocidade em que se apoia o presente pedido de extradição, a República Federal

da Alemanha deverá assegurar a detração do tempo em que o Extraditando tenha permanecido preso no Brasil por força do pedido formulado.

8. Extradição deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir o pedido de extradição, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 11 de dezembro de 2008 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Trata-se de pedido de extradição formulado pelo governo da República Federal da Alemanha (Nota Verbal 125/2008 – fls. 4 a 6), encaminhado por via diplomática ao Ministério das Relações Exteriores (fl. 4), com base em promessa de reciprocidade, pelo qual se pede a extradição do nacional alemão Frank Armin Dahmen, investigado naquele país pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes.

O Estado requerente instrui o pedido com mandado de prisão preventiva expedido pelo Juízo do Tribunal de Köln (Colônia), em 3 de janeiro de 2005 (fls. 12 a 15).

Em 18-3-08, decretei a prisão preventiva para fins de extradição (fls. 31 a 33), tendo sido efetivada em 14-4-08 (fl. 51).

Em 26-6-08, o Ministro da Justiça reencaminha nota verbal, recebida da Embaixada da República Federal da Alemanha, por via diplomática (fls. 202 a 206).

O Extraditando foi interrogado (fls. 174 a 178) e, por seu advogado, apresentou defesa técnica, alegando, em síntese, que: a) não há tratado bilateral firmado entre o Estado brasileiro e o alemão, o que constituiria um óbice ao deferimento do pleito, uma vez que mera promessa de reciprocidade não poderia se equiparar a um documento jurídico internacional (fls. 210/211); b) a inconsistência do mandado de prisão, uma vez que procedente de gravações de conversas telefônicas, supostamente obtidas ilicitamente (fls. 211/212); c) que, em virtude do transcurso do tempo, grande parte dos crimes a ele imputados já estariam prescritos (fl. 214); e d) que deveria prevalecer o princípio da presunção da inocência, tendo em vista a falta de maiores indícios que comprovem sua participação nos fatos investigados (fls. 227 a 230).

Pela petição de fls. 60 a 64, o Extraditando, por seu advogado, buscou a revogação da sua prisão preventiva, tendo sido o pleito indeferido às fls. 98/99.

Posteriormente, pelo Ofício 110/2008 – DREX/SR/DPF/DF (fl. 102), o Delegado de Polícia Federal, Dr. **Marcelo Molese**, chefe da Delegacia Regional Executiva da Polícia Federal do Distrito Federal, prestou esclarecimentos e encaminhou o pedido formulado pelo Delegado de Polícia Federal, Dr. **Elton de Souza Zanatta**, que, noticiando as condições precárias de segurança das instalações daquela carceragem, solicitou a transferência do Extraditando para o sistema carcerário do Distrito Federal.

Em 9-6-08, deferi o pedido de transferência (fl. 189), estando o Extraditando, desde 18-8-08, conforme informações, recolhido "**sozinho**, em cela especial do CIR/DF para Extraditandos (cela nº 13)" (fl. 305).

Pela petição protocolada nesta Suprema Corte em 1º-9-08, o Extraditando pediu que fosse intimada a Reitora da Unitri (Centro Universitário do Triângulo), "a fim de *comunicar à Coordenadora do Curso de Arquitetura – Sra. Doralice* que envie o que for necessário, para o presídio aonde ele se encontra, em nível de trabalhos, materiais acadêmicos etc etc, para que o Extraditando, acadêmico do curso de arquitetura do último semestre (10º) desta Instituição, possa concluir seu curso, até porque, *falta apenas a entrega da Maquete e nada mais*" (fl. 294). Informou, ainda, que o Extraditando tem outros processos em tramitação na Justiça brasileira, aos quais deverá ele comparecer, pessoalmente, às audiências. São eles: Ação por Dano Material e Moral movido contra a República Federal da Alemanha (Processo 2008.34.00.022179-0), em trâmite na 22ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, e a Ação de Divórcio Direto Litigioso (Processo 2008.01.1.069140-8), na 5ª Vara de Família da Circunscrição Judiciária Especial de Brasília (docs. fls. 297 e 298/299).

Em 2-9-08, determinei que se oficiasse a Unitri, na pessoa da sua Reitora, para que se manifestasse sobre o requerimento do Extraditando (fl. 301). Aquela instituição esclareceu que:

> (...) o Sr. Frank Armin Dahmen foi aluno desta IES no curso de Arquitetura e Urbanismo no período de Agosto/2003 a julho2008 e que atualmente não possui vínculo acadêmico, em virtude da não renovação da matrícula para o atual semestre letivo.
>
> Informa ainda que o Sr. Frank Armin Dahmen foi reprovado na disciplina obrigatória 3913 – Trabalho Final de Graduação, com carga horária de 210 horas, tendo em vista o seu não comparecimento as atividades de orientação do projeto pertencente ao programa desta disciplina, bem como a não efetivação do depósito do projeto no prazo previsto e a não participação na defesa oral do projeto, perante a banca de avaliadores, constituída para a análise dos trabalhos em seção pública de defesa, conforme norma contida no regulamento da referida disciplina.
>
> Destarte esclareço que o período de matrículas foi encerrado em 30/09/2008 e para a conclusão do curso será necessário o cumprimento de todas as normas previstas no regulamento da disciplina, bem como a obtenção de nota mínima de 70% atribuída pela banca examinadora, não sendo admitida a apresentação extemporânea do referido trabalho.
>
> (Fl. 328.)

O Ministério Público Federal, pelo parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. **Cláudia Sampaio Marques**, aprovado pelo Procurador-Geral, Dr. **Antonio Fernando Barros e Silva de Souza**, manifestou-se pelo deferimento da extradição (fls. 315 a 319).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Conforme relatado, trata-se de extradição fundada em título prisional preventivo decretado contra o extraditando no país requerente, visando seu processamento por suposta prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, tendo o decreto fornecido indicações concretas sobre local, data, natureza e circunstâncias dos fatos delituosos.

O decreto de prisão preventiva expedido na Alemanha narra os seguintes fatos:

> (...)
>
> (...) no período compreendido entre o outono [do hemisfério Norte, primavera do hemisfério Sul, o T.] de 1996 até 5 de setembro de 2001
>
> Em 62 casos
>
> Ter possuído entorpecentes em quantidade não insignificante e com os mesmos ter praticado ilicitamente tráfico não permitido, sem estar em poder da licença necessária.
>
> O inculpado desempregado praticou no período de outono de 1996 até 05 de setembro de 2001 um próspero tráfico com cocaína, maconha e anfetaminas, em escala de quilograma(s) a fim de proporcionar-se desta forma uma fonte de financiamento do seu sustento.
>
> Ref. a 1.e 2.
>
> No outono de 1996 adquiriu o inculpado 500 gramas de cocaína de qualidade média do perseguido em separado Heinz Walter Kuhnen ao preço, por grama, de 50,00 a 70,00 Deutsche Mark, a qual ele revendeu no tempo seguinte com lucro.
>
> Em fevereiro/março de 1997 adquiriu o inculpado do perseguido em separado Kuhnen 1 quilograma de cocaína de má qualidade ao preço de 60.000,00 Deutsche Mark para fins de revenda com lucro.
>
> Os entorpecentes foram fornecidos cada vez em Colônia, pelo mensageiro do Kuhnen, o perseguido em separado Oliver Friebe.
>
> Ref. a 3. até 50.
>
> No período compreendido entre janeiro de 1997 até dezembro de 2000 adquiria o inculpado por mês 5 quilogramas de maconha de boa qualidade ao preço por quilograma de 6.500,00 a 7.000,00 Deutsche Mark e 5 quilogramas de maconha de qualidade média ao preço por quilo de 3.200,00 Deutsche Mark do perseguido em separado Kuhnen, ocasiões nas quais a entrega dos entorpecentes se verificava cada vez em Colônia.
>
> Casos 51 a 56
>
> No dia 20.07.2001 vendeu o inculpado ao procurado em separado Ersin Savmaz 200 gramas, em 21.07.2001 400 até 500 gramas, em 26.07.2001 800 gramas, assim como no dia 04.09.2001 791,5 gramas de maconha, ocasiões nas quais os entorpecentes foram levados cada vez pelo perseguido em separado Hartmut

Buhk à horta do perseguido em separado Ersin Savmaz na área de mini-hortas à rua Bergisch-Gladbacher-Strasse entre a rodovia A3 e Heerle Ring. Os entorpecentes do último fornecimento puderam ser confiscados por ocasião de uma busca policial na horta em 05.09.2001. Eles apresentaram um teor de substância ativa de 18%.

Além disso recebeu o perseguido em separado Savmaz em 29.06.2001 e 14.08.2001 do inculpado cada vez 200 gramas de maconha, assim como em 17.08.2001 800 gramas de maconha, ocasiões nas quais a entrega dos entorpecentes nos dois últimos casos citados ocorreu frente à fachada da sorveteria no bairro de Höhenhaus, Colônia. Em 29.06.2001 efetuou-se a entrega junto ao mercado de materiais de construção ["Baumarkt"] chamado "Praktiker" à rua Frankfurter Strasse em Colônia.

Ref. 57 – 58

Em abril de 2001 forneceu o inculpado a um tal Roland, até o presente momento ainda não investigado, 125 gramas de maconha, assim como em julho de 2001 250 gramas de maconha, ocasiões nas quais a entrega dos entorpecentes sempre foi realizada no terreno de um vendedor de carros usados à rua Subbelrather Strasse. Também nestes dois casos verificou-se a entrega pelo perseguido em separado Hartmut Buhk.

Ref. 59 – 81

No verão (do hemisfério Norte, o T.) de 2001 vendeu o inculpado em pelo menos três oportunidades ao perseguido em separado Bernd Feller cada vez 1 a 3 kg de maconha.

Ref. 82

Em 05.09.2001 guardou o inculpado no porão da casa sita à rua Gymnicher Strasse, 4 em Colônia, que ele utilizava juntamente com o perseguido em separado Kuhnen como "depósito" 4,4 quilogramas de marijuana, 2,5 kg de maconha e 500 gramas de anfetaminas para fins de revenda com lucro. Na batida policial efetuada no mesmo dia os entorpecentes foram encontrados e confiscados.

Delito

Punível nos termos do parágrafo 1 alínea 1, parágrafo 3 alínea 1 número 1, parágrafo 29 a alínea 1 número 2 da lei dos narcóticos [alemã], parágrafo 53 alínea 1 do Código Penal alemão.

A forte suspeita do delito resulta da inteligência da observação telefônica por ordem judicial contra o perseguido em separado Savmaz e outros, das declarações acreditáveis do perseguido em separado Ersin Savmaz, Hans Jörg Kochalsen, Heinz Walter Kuhnen, Bernd Feller e de Hartmut Buhk, dos entorpecentes confiscados e das investigações até o momento realizadas pela polícia criminal em Colônia.

A prisão preventiva é decretada em virtude da fuga nos temos do parágrafo 112 alínea 1 alínea 2 número 1 do Código de Processo Civil [alemão].

O inculpado encontra-se momentaneamente em paradeiro ignorado. Ele tem contatos com o Brasil, que lhe permitem de esconder-se. Conforme declaração do perseguido em separado Buhk, encontra-se ele também momentaneamente no Brasil.

A decretação da prisão preventiva não se encontra, com vista à qualidade do delito e da expectativa da consequência jurídica, em desproporção.

(Fls. 12 a 14.)

Como se vê, os fatos expostos no mandado de detenção internacional expedido pelo Juízo do Tribunal de Köln (Colônia), em 3 de janeiro de 2005, identificam o crime de tráfico ilícito de entorpecentes em 62 casos, compreendidos entre 1996 e 2001, dentro de seu território.

O Estado requerente possui competência para a instrução e julgamento dos fatos narrados no mandado de prisão expedido, pois os crimes imputados ao Extraditando foram praticados naquele território, estando este caso em perfeita consonância com o disposto no art. 78, inciso I, da Lei 6.815/80.

No que concerne à falta de tratado bilateral de extradição entre o Brasil e o país requerente, é de conhecimento de todos que tal circunstância não impede a formulação e o eventual atendimento do pedido extradicional, desde que o Estado requerente, como na espécie, prometa reciprocidade de tratamento ao Brasil, mediante expediente (nota verbal) formalmente transmitido por via diplomática. Nesse sentido: Ext 1.090/Alemanha, Plenário, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 22-2-08; Ext 1.078/Alemanha, Plenário, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, *DJ* de 31-10-07; e Ext 1.039/Alemanha, Plenário, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 23-11-07, entre outros.

A existência, no caso, de promessa de reciprocidade formulada pelo Estado requerente ao governo brasileiro legitima o processamento, na espécie, da ação de extradição passiva, especialmente pelo que assegurado nos itens *a* a *c* da nota verbal encaminhada pelo Ministério da Justiça (fls. 4/5).

O crime também não possui conotação política, afastando-se, portanto, a vedação do art. 77 da Lei 6.815/80.

O pedido formal de extradição foi devidamente apresentado pelo Estado requerente (art. 80 da Lei 6.815/80), instruído com cópias do mandado de detenção internacional expedido por autoridade judiciária competente, havendo indicações seguras sobre local, data, natureza e circunstâncias do fato delituoso, como se verifica a partir da análise dos documentos de fls. 12 a 17.

Quanto ao atendimento dos requisitos da dupla tipicidade e da dupla punibilidade, assim manifestou-se o Ministério Público Federal:

> (...)
> 8. As condutas imputadas ao extraditando, especificadas pela legislação penal germânica, tem correspondência no Brasil com os crimes tipificados no art. 12, da Lei nº 6.368/76, em vigor à época dos fatos.
> 9. Satisfeito, portanto, o requisito da dupla punibilidade.
> (Fls. 317/318.)

Em atendimento ao disposto no art. 77, inciso VI, da Lei 6.815/80, cumpre salientar que não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva sob a ótica da legislação de ambos os Estados.

É que no mandado de prisão imputa-se ao extraditando a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes por reiteradas vezes, o que confere a ele, se condenado, pena privativa de liberdade não inferior a um ano e não superior a 15

anos, conforme previsto na legislação do Estado requerente (fls. 14 e 15). Consta ainda da legislação alemã que a prescrição ocorre em 20 anos, quando a pena privativa de liberdade imposta for superior a 10 anos de prisão, circunstância ocorrida no caso, uma vez que, segunda a lei daquele Estado requerente, "se alguém tiver cometido mais de um ato delituoso, que serão julgados ao mesmo tempo, e por isso merecer mais de uma pena privativa de liberdade ou mais de uma multa, será decidido condenar em forma de uma acumulação de penas" (fl. 15).

Assim, considerando que o pedido de extradição abrange todos os fatos ocorridos entre o outono de 1996 a 5 de setembro de 2001, a prescrição somente ocorreria em 2016 (fl. 27).

Por outro lado, nos termos da lei brasileira, também não há se falar em prescrição. A pena em abstrato prevista para a prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes é de 5 a 15 anos de reclusão (art. 33 da Lei 11.343/06), prescrevendo, nos termos do art. 109, inciso I, do Código Penal, em 20 anos, ou seja, em 2016.

Quanto à alegação de que a falta de maiores indícios que comprovem a participação do Extraditando nos fatos investigados e de que deveria prevalecer o princípio da presunção da inocência, ressalto que a jurisprudência desta Suprema Corte tem, reiteradamente, assinalado que "o modelo extradicional vigente no Brasil – que consagra o sistema de contenciosidade limitada, fundado em norma legal (Estatuto do Estrangeiro, art. 85, § 1º) reputada compatível com o texto da Constituição da República (*RTJ* 105/4-5 – *RTJ* 160/433-434 – *RTJ* 161/409-411 – *RTJ* 183/42-43 – Ext 811/República do Peru) – não autoriza que se renove, no âmbito da ação de extradição passiva promovida perante o Supremo Tribunal Federal, o litígio penal que lhe deu origem, nem que se efetive o reexame do quadro probatório ou a discussão sobre o mérito da acusação ou da condenação emanadas de órgão competente do Estado estrangeiro" (Ext 866/PT, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 13-2-04).

Perfilhando esse entendimento, destaco, ainda, os seguintes precedentes:

> *Extradição. Governo da Itália. Formação de quadrilha voltada ao tráfico ilícito de entorpecentes, concurso em extorsão e concurso em lesões graves. Extraditando que possui doença mental atestada por laudo. Preliminar de prejudicialidade afastada. Análise que cabe ao Estado requerente. Presença da dupla tipicidade. Inocorrência de extinção da punibilidade, tanto pela lei brasileira como pela lei italiana quanto aos fatos relativos aos mandados de prisão expedidos pela Justiça italiana. Ausência de óbice ao deferimento da extradição. Prescrição da pretensão executória reconhecida, nos termos da legislação brasileira. Pedido parcialmente deferido.* 1. Os crimes de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, associação para o tráfico, extorsão e lesões graves, pelos quais o extraditando foi condenado na Itália, encontram tipos penais correspondentes no ordenamento jurídico brasileiro. Presente, portanto, o requisito da dupla tipicidade. *2. Não cabe a esta Corte examinar matéria atinente à eventual inimputabilidade do Extraditando, pois no Brasil o processo extradicional se pauta pelo princípio da contenciosidade limitada. Cabe ao Estado requerente a análise sobre aplicação*

de pena ou medida de segurança ao Extraditando. 3. A prescrição da pretensão executória regulada pela pena residual em caso de fuga não admite o cômputo do tempo de prisão provisória. Precedentes. Prescrição consumada em 11-6-06, em relação à sentença penal condenatória proferida pela Justiça italiana em 11-6-94, nos termos da legislação brasileira. 4. Prescrição não ocorrida, porém, à luz da legislação brasileira, tampouco nos termos da lei italiana, quanto aos fatos que deram origem aos mandados de prisão expedidos pela justiça italiana. 5. Pedido de extradição parcialmente deferido.
(Ext 932/IT, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Joaquim Barbosa,** *DJ* de 28-3-08 – Grifos nossos.)

Extradição passiva de caráter executório – Inexistência de Tratado de Extradição entre o Brasil e a República Tcheca – Promessa de reciprocidade – Fundamento jurídico suficiente – Dupla tipicidade – Condenação pela prática do delito de estelionato – Pretendida nulidade do julgamento do Extraditando, porque alegadamente realizado sob a égide de regime autoritário – Inocorrência – Alegação de ausência de fair trial e de julgamento político – Afirmação inconsistente – Pretendida discussão sobre a prova penal produzida perante Tribunal do Estado requerente – Inadmissibilidade – Sistema de contenciosidade limitada – Extradição deferida. Inexistência de tratado de extradição e oferecimento de promessa de reciprocidade por parte do Estado requerente. – A inexistência de tratado de extradição não impede a formulação e o eventual atendimento do pleito extradicional, desde que o Estado requerente prometa reciprocidade de tratamento ao Brasil, mediante expediente (nota verbal) formalmente transmitido por via diplomática. Doutrina. Precedentes. *Extradição e respeito aos direitos humanos: paradigma ético-jurídico cuja observância condiciona o deferimento do pedido extradicional*. – A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro – e, em particular, o Supremo Tribunal Federal – de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O Extraditando assume, no processo extradicional, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade há de ser preservada pelo Estado a que foi dirigido o pedido de extradição (o Brasil, no caso). – O Supremo Tribunal Federal não deve autorizar a extradição, se se demonstrar que o ordenamento jurídico do Estado estrangeiro que a requer não se revela capaz de assegurar, aos Réus, em juízo criminal, os direitos básicos que resultam do postulado do "*due process of Law*" (*RTJ* 134/56-58 – *RTJ* 177/485-488), notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante. Demonstração, no caso, de que o regime político que informa as instituições do Estado requerente reveste-se de caráter democrático, assegurador das liberdades públicas fundamentais. *Extradição e dupla tipicidade*. – A possível diversidade formal concernente ao "*nomen júris*" das entidades delituosas não atua como causa obstativa da extradição, desde que o fato imputado constitua crime sob a dupla perspectiva dos ordenamentos jurídicos vigentes no Brasil e no Estado estrangeiro que requer a efetivação da medida extradicional. O postulado da dupla tipicidade – por constituir requisito essencial ao atendimento do pedido de extradição – impõe que o ilícito penal atribuído ao Extraditando seja juridicamente qualificado como crime tanto no Brasil quanto

no Estado requerente, sendo irrelevante, para esse específico efeito, a eventual variação terminológica registrada nas leis penais em confronto. O que realmente importa, na aferição do postulado da dupla tipicidade, é a presença dos elementos estruturantes do tipo penal ("*essentialia delicti*"), tais como definidos nos preceitos primários de incriminação constantes da legislação brasileira e vigentes no ordenamento positivo do Estado requerente, independentemente da designação formal por eles atribuída aos fatos delituosos. *Processo extradicional e sistema de contenciosidade limitada: inadmissibilidade de discussão sobre a prova penal produzida perante o Tribunal do Estado requerente. – A ação de extradição passiva não confere, ao Supremo Tribunal Federal, qualquer poder de indagação sobre o mérito da pretensão deduzida pelo Estado requerente ou sobre o contexto probatório em que a postulação extradicional se apoia. – O sistema de contenciosidade limitada, que caracteriza o regime jurídico da extradição passiva no direito positivo brasileiro (RTJ 140/436 – RTJ 160/105 – RTJ 161/409-411 – RTJ 170/746-747 – RTJ 183/42-43), não permite qualquer indagação probatória pertinente ao ilícito criminal cuja persecução, no exterior, justificou o ajuizamento da demanda extradicional perante o Supremo Tribunal Federal*. Revelar-se-á excepcionalmente possível, no entanto, a análise, pelo Supremo Tribunal Federal, de aspectos materiais concernentes à própria substância da imputação penal, sempre que tal exame se mostrar indispensável à solução de controvérsia pertinente (a) à ocorrência de prescrição penal, (b) à observância do princípio da dupla tipicidade ou (c) à configuração eventualmente política tanto do delito atribuído ao Extraditando quanto das razões que levaram o Estado estrangeiro a requerer a extradição de determinada pessoa ao Governo brasileiro.

(Ext 897/TC, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 18-2-05 – Grifos nossos.)

Pelos mesmos fundamentos jurídicos delineados acima, aliás, afasto a alegação do Extraditando, no tocante à suposta inconsistência do mandado de prisão.

Ademais, de acordo com o que exigido pela jurisprudência dessa Suprema Corte, verifico que referido mandado foi emitido por autoridade competente e narra, com indicações precisas, locais, datas, natureza e circunstâncias dos fatos criminosos imputados ao Extraditando.

Outro não é o entendimento adotado pelo Ministério Público Federal no parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. **Cláudia Sampaio Marques**, aprovado pelo Procurador-Geral, Dr. **Antonio Fernando Barros e Silva de Souza**, que assim se pronunciou a respeito:

(...)

17. Quanto à presunção de inocência do extraditando, cumpre destacar que a adoção do sistema belga pelo direito brasileiro faz com que a defesa e o exame por parte dessa Corte versem exclusivamente sobre a identidade da pessoa reclamada; eventual defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição (art. 85, § 1º, Lei nº 6.815/80).

18. Assim, as demais questões deverão ser analisadas na seara competente, isto é, no Tribunal de Köhl, na Alemanha.

19. No tocante à suposta abstração do mandado de prisão, verifica-se que este encontra-se de acordo com o exigido pela jurisprudência dessa Corte, tendo sido emitido por autoridade competente e descrevendo, em minúcias, as transações de compra e venda das substâncias ilícitas.

20. Outrossim, o mandado de prisão ainda faz menção aos depoimentos prestados pelos demais envolvidos, às gravações de conversas telefônicas e à apreensão dos entorpecentes.

(Fls. 318/319.)

No que concerne à intenção do Extraditando em terminar o curso de Arquitetura e Urbanismo, no qual era matriculado na Unitri (Centro Universitário do Triângulo), não há como esta Suprema Corte garantir tal pleito, especialmente em razão das informações prestadas pela reitora da instituição, de que "o Sr. Frank Armin Dahmen foi aluno desta IES no curso de Arquitetura e Urbanismo no período de agosto/2003 a julho/2008 e que atualmente na possui vínculo acadêmico, em virtude da não renovação da matrícula para o atual semestre letivo". Informou, ainda, que "o Sr. Frank Armin Dahmen foi reprovado na disciplina obrigatória 3913 – Trabalho Final de Graduação, com carga horária de 210 horas, tendo em vista o seu não comparecimento as atividades de orientação do projeto pertencente ao programa desta disciplina, bem como a não efetivação do depósito do projeto no prazo previsto e a não participação na defesa oral do projeto, perante a banca de avaliadores, constituída para a análise dos trabalhos em seção pública de defesa, conforme norma contida no regulamento da referida disciplina". Por fim, esclareceu que "o período de matriculas foi encerrado em 30/09/2008 e para a conclusão do curso será necessário o cumprimento de todas as normas previstas no regulamento da disciplina, bem como a obtenção de nota mínima de 70% atribuída pela banca examinadora, não sendo admitida a apresentação extemporânea do referido trabalho" (fl. 328).

Quanto à propositura, pelo Extraditando, da Ação por Dano Material e Moral movido contra a República Federal da Alemanha (Processo 2008.34.00. 022179-0), em trâmite na 22ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, e da Ação de Divórcio Direto Litigioso (Processo 2008.01.1.069140-8), na 5ª Vara de Família da Circunscrição Judiciária Especial de Brasília (docs. fls. 297 e 298/299), não é óbice ao deferimento da extradição, ausente qualquer das hipóteses previstas no art. 77 da Lei 6.815/80. Mesmo porque está ele representado, judicialmente, por advogado, a quem caberá tomar todas as providencias necessárias ao acompanhamento das ações em curso.

Portanto, na minha compreensão, encontram-se presentes os requisitos legais necessários ao deferimento da extradição.

Ante o exposto, e considerando que o Estado requerente assumiu os compromissos previstos no art. 91 da Lei 6.815/80 (fl. 5), defiro o pedido de extradição**,** ressalvando que, na eventual hipótese de condenação do Extraditando pela Justiça do Estado requerente, pelos crimes que motivaram o pedido extradicional, deverá ser efetuada a detração do tempo de prisão ao qual ele foi submetido no Brasil.

Informo, ainda, para fins de detração, que o Extraditando esteve preso, preventivamente, em virtude do pedido de extradição, desde o dia 14 de abril de 2008 (fl. 48).

EXTRATO DA ATA

Ext 1.120/República Federal da Alemanha — Relator: Ministro Menezes Direito. Requerente: Governo da República Federal da Alemanha. Extraditando: Frank Armin Dahmen (Advogado: Ramiro Laterça de Almeida).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, deferiu o pedido de extradição. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, os Ministros Gilmar Mendes (Presidente), Joaquim Barbosa e Eros Grau. Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente).

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 11 de dezembro de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.233 — SP

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Agravante: Ministério Público do Estado de São Paulo — Agravado: Ministério Público Federal

Agravo regimental. Ação cível originária. Conflito de atribuição. Ministério Público Federal. Ministério Público estadual. Investigação. Ato de improbidade. Agente público. Sociedade de economia mista.

1. A investigação envolve possíveis atos de improbidade administrativa cometidos por agentes públicos no âmbito da sociedade de economia mista federal, no tocante à falta de definição de prazos em contratos de permissão de uso e à utilização de critérios subjetivos para a prorrogação de contratos. A situação descrita não se enquadra nas hipóteses de defesa do patrimônio nacional ou dos direitos constitucionais do cidadão, previstas na Lei Complementar 75/93 e capazes de justificar a atuação do Ministério Público Federal.

2. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 15 de abril de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Agravo regimental interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a decisão de fls. 223 a 227, com a qual declarei a atribuição do ora Agravante para funcionar na investigação de supostas irregularidades ocorridas na administração da sociedade de economia mista de capital majoritário da União, denominada Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo (CEAGESP). A decisão agravada está assim fundamentada:

> Vistos.
>
> Conflito de atribuição autuado como ação cível originária. O Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo suscitou o conflito negativo de atribuição com o Ministério Público Federal para a investigação de supostas irregularidades ocorridas na administração da sociedade de economia mista de capital da

União, denominada Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo (CEAGESP).

O procedimento foi iniciado com a representação do Sindicato do Comércio Atacadista de Flores e Plantas do Estado de São Paulo (SINCOMFLORES), dirigida ao Ministério Público Federal, alegando a ocorrência de irregularidades na prorrogação dos prazos das permissões de uso através de critérios meramente subjetivos, em violação ao disposto no art. 57, § 3º, da Lei 8.666/93, que não prevê tal prorrogação (fls. 5/8).

A Cegesp se manifestou dizendo que dos termos da permissão constava o prazo de doze meses e a possibilidade de prorrogação por iguais períodos na forma da lei e que, mesmo que "a Lei nº 8.666/93 não preveja expressamente sobre a possibilidade de 'prorrogação a critério da Permitente, por iguais períodos sucessivos, mediante a celebração de termos aditivos', dispõe sobre as cláusulas exorbitantes, implicitamente previstas no art. 58, incisos I e II, através das chamadas prerrogativas conferidas à administração" (fl. 63). Caberia, assim, à companhia avaliar a conveniência e oportunidade em prorrogar ou rescindir os contratos. A Cegesp prometeu elaborar e encaminhar, como solicitado pela Procuradoria, os termos aditivos aos termos de permissão remunerada o que, contudo, até agora não foi providenciado.

A Procuradoria da República no Estado de São Paulo, ao determinar a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça daquele Estado, entendeu não haver correspondência da questão com a competência da Justiça Federal, já que nem mesmo a fiscalização do Tribunal de contas da União atrairia sua competência, bem como indícios de "detrimento direto a bem, serviço ou interesse da União".

Por sua vez, o Ministério Público do Estado de São Paulo sustentou que, uma vez que "a definição da competência jurisdicional não atrai automaticamente a fixação do critério de atribuição entre o Ministério Público Federal e o Estadual" (fl. 194), o envolvimento de sociedade de economia mista de capital da União, que por si só não desloca a competência da Justiça estadual, faz com que na hipótese de investigação de lesão ao seu patrimônio a questão desperte o interesse da União, requerendo a atuação do Ministério Público Federal (fls. 193/199 e 201/212).

Distribuída a ação, foi determinada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República, que se manifestou (fls. 217/219).

Para o eminente Procurador-Geral da República, "o objeto da investigação é a possível prática de ato de improbidade administrativa e não a defesa do patrimônio nacional ou dos direitos constitucionais dos cidadãos. Logo, a situação descrita não se enquadra em nenhuma das hipóteses elencadas nos arts. 37 e 39, da Lei Complementar nº 75/93, capazes de justificar a atuação do Ministério Público Federal" (fl. 218).

Decido.

Inicialmente, admito a competência desta Corte para resolver conflito de atribuições entre Ministério Público Estadual e o Ministério Público Federal. Tal competência foi firmada nos julgamentos da Pet 3.528/BA, Rel. Min. **Marco Aurélio** (*DJ* de 3-3-06); e da ACO 853/RJ, Rel. Min. **Cezar Peluso** (j. 8-3-07), superando-se o entendimento em contrário.

Ainda que a questão tenha sido colocada, pelo Ministério Público Estadual, em termos de uma suposta lesão ao patrimônio da Cegesp, sociedade de economia mista de capital da União, a ser apurada através de possível ação civil pública, tudo indica que não é disso que trata o caso a ser investigado.

Pelo menos no que consta da representação encaminhada pelo Sincomflores, o que se alega é a concessão de vantagens a alguns permissionários em detrimento de outros.

Vejamos:

"*Dos fatos que constituem objeto da presente representação*

1. Em 14 de junho de 2006, o requerente protocolou requerimento dirigido aos requeridos na condição de Diretor-Presidente e Gerente de Entrepostos da Ceagesp-Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo, com fincas no artigo 8º da Lei nº 7.347/85, com o seguinte teor:

'A fim de evitar-se a auditoria de conformidade do TCU e inquérito civil público do Ministério Público Federal, requer-se a comprovação do cancelamento de todos os TPRU-Termo de Permissão Remunerada de Uso do Edital de Concorrência nº 022/2004, que fixou expressamente este prazo, lembrando que a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulou este procedimento, não prevê 'prorrogação a critério da Permitente, por iguais períodos sucessivos, mediante a celebração de termos aditivos', bem como o cancelamento de todos os TPRU-Termo de Permissão Remunerada de Uso que assinalam prazo indeterminado e violam o art. 57, § 3º, da referida lei, fato que se configurado, constituir-se-á em violação material ao art. 2º da lei supracitada, devendo a resposta a este requerimento ser encaminhada à Rua Aroaba, nº 340, Vila Leopoldina, CEP-05316-900, nesta capital do Estado de São Paulo, onde o sindicato está atendendo.' (docs. Inclusos)

Da violação ao princípio da impessoalidade e a lesão aos direitos individuais e coletivos dos permissionários representados pelo requerente

2. Passados mais de sessenta dias destes pedidos sem nenhuma resposta dos requeridos, não restou outra alternativa ao requerente a não ser ingressar com a presente Representação neste órgão institucional, nos termos do artigo 6º da lei nº 7.347/85, que detém as prerrogativas para requisitar essas informações (artigo 8º), e examinar toda essa questão, a qual prejudica sobremaneira o direito dos membros da categoria do requerente, que vivem com a 'espada de dâmocles' sob suas cabeças pela falta de definição de prazos em seus contratos de permissão de uso, sendo que para as renovações dos contratos com prazos de 12 meses ou para por termo nos contratos com prazo indeterminado, são utilizados métodos subjetivos e pessoais ao guante exclusivo dos administradores da Ceagesp, violando assim, o sacrossanto princípio da impessoalidade, como garantia constitucional contra os desmandos administrativos" (fls. 06/07).

Como bem marcado pelo Senhor Procurador-Geral da República, a questão envolve suposta improbidade administrativa. Esta, se verificada, terá sido praticada em cargo de sociedade de economia mista e o "simples fato de a União Federal ter participação ou o controle acionário majoritário em uma pessoa jurídica não tem o condão de definir a competência da Justiça Federal" (fl. 219).

O mesmo entendeu o eminente Ministro **Joaquim Barbosa** ao decidir a ACO 1.213/SP, *DJ* de 30-9-08.

Ademais, ainda que a investigação se dirija à apuração de lesão ao patrimônio da sociedade de economia mista de capital da União, isso não importará no automático reconhecimento de um interesse da União. Para que tal interesse seja reconhecido, este há de ser manifestado expressamente. Foi o que o se decidiu na

ACO 971/RJ, em que também foi relator o Ministro **Joaquim Barbosa** (*DJ* de 30-9-08).

Dos elementos até agora investigados, tudo indica, portanto, que é o Ministério Público do Estado de São Paulo que deve funcionar.

Ante o exposto, conheço do conflito e acolho integralmente o parecer do douto Procurador-Geral da República, para declarar a atribuição do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Publique-se.

Intime-se.

(Fls. 223 a 227.)

O Agravante alega que "a definição das áreas de atuação do Ministério Público da União e dos Estados, bem como a divisão interna de suas atribuições, dentro de cada *Parquet*, não se confunde com o raciocínio a ser formulado quanto à definição da competência da Justiça Federal Comum, das justiças especializadas, ou mesmo da Justiça Estadual. (...) Diversamente do que ocorre com a delimitação da denominada 'competência de jurisdição', que encontra extração essencialmente constitucional, e só por norma de densidade constitucional pode ser redefinida, a divisão de atribuições das unidades do Ministério Público encontra-se lançada no texto constitucional apenas de forma genérica, com a matriz essencial, tornando indispensável o concurso da legislação infraconstitucional" (fl. 240).

Argumenta que entre as suas funções institucionais não se encontra a defesa do patrimônio público da União, ainda que, no caso, sua eventual promoção em juízo deva ocorrer perante a Justiça estadual.

Nas razões do agravo regimental sob exame, o Ministério Público do Estado de São Paulo sustenta que:

(...)

(...) A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, ao estabelecer normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, previu expressamente que uma de suas funções institucionais é a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para "a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa **do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem**" (art. 25 IV *b* da Lei nº 8.625/93), no que foi seguida pela Lei Orgânica Estadual do Ministério Público de São Paulo (Lei Complementar Estadual nº 734/93, art. 103 VII *a*, *b*, *c* e *d*, e VIII).

De outro lado, a Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75/93), prevê: (a) como função institucional do Ministério Público da União a defesa do **patrimônio nacional e do patrimônio público e social** (art. 5º, inc. III, alíneas *a* e *b*); (b) confere-lhe atribuição para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do **patrimônio público e social** (art. 6º, inc. VII, alínea *b*); (c) propor ações cabíveis para declaração de nulidade de atos ou contratos geradores de endividamento externo **da União, de suas autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público federal**, ou **com repercussão direta ou indireta m suas finanças** art. 6º, inc. XVII, alínea *b*); (d) que o Ministério Público federal exercerá suas funções nas **causas de qualquer**

> **competência de quaisquer juízes e tribunais**, para, entre outras coisas, a defesa de direitos e interesses integrantes do **patrimônio nacional** (art. 37, inc. II), (e) que o Ministério Público federal exercerá a defesa dos direitos constitucionais do cidadão sempre que se cuidar de garantir-lhes o respeito pelos Poderes Públicos federais, bem como por órgãos da **administração pública federal direta ou indireta** (art. 39, incs. I e II).
>
> Desse modo, o panorama normativo constitucional a respeito da repartição de competências entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual, associado à divisão infraconstitucional de atribuições, entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público estadual, devem ser compreendidos à luz do princípio federativo, mas em adequada perspectiva.
>
> (Fls. 241/242.)

Por fim, conclui, "considerado o prognóstico de propositura de eventual ação civil pública, cujo escopo será a tutela de patrimônio inerente à União – em sua condição de acionista majoritária da sociedade de economia mista em epígrafe (**CEAGESP – Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo**) –, com a devida vênia, que é adequada a posição sustentada pela DD. 6ª Promotora de Justiça da Cidadania da Capital/SP, identificando atribuição do Ministério Público Federal para atuação no caso" (fl. 246).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Não merece prosperar o inconformismo.

O Agravante não apresentou argumentos novos capazes de modificar a decisão agravada. Reitera apenas os argumentos aduzidos na inicial, insistindo na tese de existência de lesão ao patrimônio público da União a justificar a competência do Ministério Público Federal no prosseguimento das investigações.

A decisão agravada, no entanto, concluiu que a investigação envolve possíveis atos de improbidade administrativa cometidos por agentes públicos no âmbito da sociedade de economia mista federal, estando sob investigação a falta de definição de prazos em contratos de permissão de uso e a utilização de critérios subjetivos para a prorrogação de contratos.

A situação descrita, portanto, não se enquadra nas hipóteses de defesa do patrimônio nacional ou dos direitos constitucionais do cidadão, previstas na Lei Complementar 75/93 e capazes de justificar a atuação do Ministério Público Federal. Nesse sentido a ACO 1.213/SP, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, *DJ* de 1º-10-08, nos termos:

> (...)
>
> Entendo que assiste razão ao Ministério Público Federal, em parecer da Subprocuradora-Geral da República Dra. Cláudia Sampaio Marques (fls. 44-46), quando afirma que "o objeto da investigação é a possível prática de ato de improbidade administrativa quando da abertura de novo certame público mesmo havendo

> candidatos aprovados em processo seletivo anterior e cuja validade está prestes a expirar, e não a defesa do patrimônio nacional ou dos direitos constitucionais dos cidadãos. A situação descrita, portanto, não se enquadra e nenhuma das hipóteses elencadas nos arts. 37 e 39 da Lei Complementar 75/93, capazes de justificar a atuação do Ministério Público Federal (...).

Ressalte-se que o julgamento do presente agravo regimental necessariamente recai sobre os mesmos aspectos fáticos que justificaram a declaração da competência do Ministério Público do Estado de São Paulo na decisão agravada, razão por que nego provimento ao agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

ACO 1.233-AgR/SP — Relator: Ministro Menezes Direito. Agravante: Ministério Público do Estado de São Paulo. Agravado: Ministério Público Federal.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes (Presidente), em representação do Tribunal no exterior, e a Ministra Ellen Gracie. Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente).

Presidência do Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza e Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 15 de abril de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AÇÃO CAUTELAR 1.756 — DF

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Requerente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios — Requeridos: Wediniz Mendes Sales e Jorge Santos Alves

Ação cautelar em matéria criminal. Confirmação de liminar.

1. A liminar concedida em ação cautelar proposta para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário deve ser submetida ao referendo da Turma. Inteligência do art. 21, incisos IV e V, do RISTF.

2. O recurso extraordinário a que se pretende dar efeito suspensivo foi interposto contra acórdão que concedeu o *habeas corpus* para anular o processo penal em virtude de diligências investigativas levadas a termo pelo Ministério Público.

3. Reputa-se, assim, presente o perigo da demora necessário à concessão da medida quando o acórdão impugnado possa conduzir à prescrição da pretensão punitiva do Estado.

4. A fumaça do bom direito afigura-se suficiente, pelo menos para a concessão da liminar pleiteada, tendo em vista precedentes antigos da Suprema Corte.

5. Liminar em ação cautelar referendada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, referendar a decisão liminar do Relator.

Brasília, 13 de maio de 2008 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios propõe a presente ação cautelar visando dar efeito suspensivo ao RE 507.756/DF, interposto, a seu turno, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que concedeu *habeas corpus* para anular ação penal.

Os Réus Wediniz Mendes Sales e Jorge Santos Alves foram condenados à pena de 3 anos de reclusão, além da perda do cargo público e da interdição para o seu exercício pelo prazo correspondente ao dobro da pena aplicada, pela prática, em tese, do crime de tortura, previsto no art. 1º, inciso I, *a*, da Lei 9.455/97.

Sobreveio, então, recurso de apelação, provido em 22-11-07, conforme se pode extrair do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Simultaneamente, impetrou-se *habeas corpus*, que também obteve êxito, julgado, porém, em data bem anterior, 23-11-00 (fls. 22 a 31). A ementa desse acórdão está assim posta:

> *Habeas corpus – Apelação criminal – Interposição concomitante – Possibilidade – Ministério Público – Atribuições – Depoimentos de testemunhas colhidos no Gabinete do Promotor de Justiça – Princípio do devido processo legal – Nulidade do processo.*
>
> 1 – O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a impetração de *habeas corpus* simultaneamente com o recurso de apelação não é causa para que não se conheça do *writ*, ainda que idênticos os fundamentos.
>
> 2 – Embora o Promotor de Justiça seja o titular da ação penal, as respectivas atribuições não passam do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e policial-militar. Somente na ação civil pública e no inquérito civil é que a função do Ministério Público abrange também medidas e procedimentos administrativos pertinentes, incluídas então as diligências investigatórias, pena de violentar a garantia constitucional do devido processo legal e seus corolários: a ampla defesa e o contraditório.
>
> 3 – Os requerimentos, inquirições, provas e contraprovas realizados diretamente pelo Promotor de Justiça repercutem irremediavelmente nos atos processuais que se seguem, impondo-se a anulação do processo a partir dos referidos atos.
>
> 4 – Ordem concedida. Maioria.
>
> (Fl. 22.)

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 38 a 45).

Irresignado, o Ministério Público interpôs recursos especial (fls. 46 a 62) e extraordinário (fls. 63 a 77), ambos admitidos na origem (fls. 78/79).

Os autos vieram inicialmente a este Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que o Ministro **Sepúlveda Pertence** determinou a sua remessa ao Superior Tribunal de Justiça para que lá fosse julgado, em primeiro lugar, o recurso especial (fls. 86 a 90).

O recurso especial não foi conhecido de acordo com decisão monocrática do Ministro **Arnaldo Esteves de Lima** (fls. 91 a 94). Contra essa decisão foi interposto agravo regimental (fls. 95 a 104) ainda pendente de julgamento.

Na presente ação cautelar o Ministério Público argumenta, em síntese, que se deve emprestar efeito suspensivo ao recurso extraordinário, porque: 1) ostenta verossimilhança a tese jurídica veiculada de que o *parquet* pode realizar investigações para subsidiar o oferecimento da denúncia, e 2) está configurado o *periculum in mora* já que se avizinha a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

O Ministro **Sepúlveda Pertence** concedeu liminar "para conceder efeito suspensivo ao RE 507.756, sustando-se, em consequência, os efeitos do acórdão contra o qual ele se dirige (HC 20.00.2.005.055-6)" (fl. 107).

Os Requeridos foram citados às fls. 129 e 131.

O Subprocurador-Geral da República Dr. **Mário José Gisi** opinou pela concessão da medida cautelar.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Traz-se a referendo da Primeira Turma desta Corte a decisão do Ministro **Sepúlveda Pertence** concessiva de liminar em ação cautelar, proposta para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário.

Incidência da regra contida no art. 21, incisos IV e V, do RISTF com a seguinte redação:

> Art. 21. São atribuições do Relator:
> (...)
> IV – submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa.
> V – determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, *ad referendum* do Plenário ou da Turma.

A decisão liminar sob exame, conforme já relatado, foi prolatada com o objetivo de dar efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto, a seu turno, contra acórdão proferido em sede de *habeas corpus* pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que concedeu a ordem para anular o processo penal instaurado contra os Requeridos.

Os fundamentos da decisão monocrática são os seguintes:

> Não há negar a plausibilidade jurídica da tese constitucional suscitada no recurso extraordinário, relativa ao poder de investigação do Ministério Público Federal, tema que se encontra em discussão no Plenário do Tribunal (cf. HC 84.548, **Marco Aurélio**, Inf. 471).
> De outro lado, o apontado risco de prescrição evidencia a presença do *periculum in mora*.
> Assim, presentes os seus pressupostos, **defiro a liminar** para conceder efeito suspensivo ao RE 507.756, sustando-se, em consequência, os efeitos do acórdão contra o qual ele se dirige (HC 2000.00.2.005.055-6).
> (Fl. 107.)

Os Réus foram condenados à pena privativa de liberdade de 3 anos de reclusão no regime inicial fechado, determinada, ainda, a perda do cargo público (trata-se de policiais militares) e a interdição para o seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada (fl. 21).

Nos termos do art. 118 do Código Penal, "as penas mais leves prescrevem com as mais graves", isso significa dizer que a prescrição da pretensão punitiva prescreve no prazo correspondente à pena imposta de 3 anos de reclusão, ou seja, no prazo de 8 anos, conforme se verifica a partir do art. 109, inciso IV, do Código Penal.

No caso concreto, a última causa interruptiva da prescrição foi a sentença condenatória recorrível, que não pode ser desconsiderada justamente porque ainda pendente de apreciação o recurso extraordinário interposto contra o acórdão que a anulou.

É preciso considerar, contudo, que a sentença foi proferida em 31-8-00 (fl. 19), de modo que a prescrição se consumará em 30-8-08, caso não se inicie, antes disso, o cumprimento da pena.

Em outras palavras, se não for dado efeito suspensivo ao recurso extraordinário, se não forem suspensos os efeitos do acórdão recorrido, com o que se permitirá o início do cumprimento da pena (o que deverá ocorrer até a data mencionada), não haverá utilidade no julgamento do recurso, porque a prescrição já terá ocorrido.

Inquestionável, assim, a existência do perigo da demora.

No que diz respeito à fumaça do bom direito, porém, a questão não apresenta deslinde tão simples.

Como se sabe, o tema relativo à possibilidade de o Ministério Público realizar investigações encontra-se afeto ao plenário desta Corte no HC 83.933/SP, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, e no HC 84.548/SP, Rel. Min. **Marco Aurélio**.

Neste segundo *habeas corpus* já votaram, por sinal, o Ministro Relator e o Ministro **Sepúlveda Pertence**, nos termos noticiados pelo *Informativo* 471 da Jurisprudência deste Corte:

> O Tribunal iniciou julgamento de *habeas corpus* em que se pretende o trancamento da ação penal movida contra o Paciente, acusado da suposta prática do crime de homicídio, e a invalidação da decisão que decretara sua prisão preventiva. Sustenta-se a inexistência de base legal para a prisão e a impossibilidade de se admitir investigação promovida pelo Ministério Público e que viera a servir de base ao aditamento à denúncia, a partir do qual o paciente fora envolvido na ação penal. O Min. **Marco Aurélio**, relator, deferiu a ordem. Entendeu que, já existente processo devidamente formalizado, o Ministério Público, à margem das atribuições que lhe são cometidas pela Constituição Federal (CF, art. 129), implementara investigação para levantar os dados que compõem os apensos que serviram de base à denúncia contra o paciente, o que seria da competência da polícia civil.
>
> Asseverou que ao Ministério Público cabe o controle externo da atividade policial, sendo que, em relação a investigações de práticas delituosas, pode requisitar diligências investigatórias e provocar a instauração do inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais, nos termos do que dispõem os incisos VII e VIII do art. 129 da CF, normas harmônicas com o que previsto quanto às atribuições das polícias federal e civis (CF, art. 144 e parágrafos). Ressaltou não ser possível proceder à leitura ampliativa dos aludidos incisos do art. 129 da CF, sob pena de se chegar a conflito com o texto constitucional sobre o papel investigatório das polícias, transmudando-se o inquérito policial em inquérito ministerial. Destacou que o próprio art. 129 da CF dá um tratamento diferenciado, conforme o inquérito vise à propositura de ação civil pública, quando é função institucional do *parquet* promover o inquérito, ou à ação penal, hipótese em que lhe cumpre apenas provocar a instauração e requisitar as diligências que repute indispensáveis. O Relator também julgou insuficientes os fundamentos da

prisão preventiva decretada. Aduziu que, sem culpa formada, e militando em favor do paciente a presunção de não culpabilidade, chegara-se a verdadeira execução de pena ainda não formalizada. Afirmou que o próprio Juízo deixara consignado que a materialidade do crime e os indícios de autoria não são capazes, por si sós, de respaldar a prisão preventiva, e que, aludindo às personalidades dos réus, fizera-o sem apresentar dados concretos que demonstrassem que elas seriam discrepantes do padrão médio. No que respeita à comoção popular, concluiu não se poder atuar, no âmbito do Judiciário, a partir do barulho da sociedade.

Em seguida, o Min. **Sepúlveda Pertence**, adiantando seu voto, acompanhou, em parte, o Min. Marco Aurélio, no que respeita à prisão preventiva, e denegou a ordem quanto ao trancamento da ação penal. Rejeitou a arguição abstrata de inconstitucionalidade de qualquer ato investigatório do Ministério Público e reconheceu-lhe, como titular da ação penal, o poder de suplementar atos de informação. Asseverou não reconhecer, entretanto, por falta de disciplina legal, os poderes de coerção conferidos à autoridade policial no curso do inquérito. Reportou-se, em relação à legitimidade da denúncia e do seu recebimento, a acórdãos do Tribunal, que afastaram o entendimento de que, da eventual incompetência da autoridade que houvesse procedido às investigações, decorresse nulidade ou inviabilidade da denúncia. Concluiu que, se com base em qualquer elemento de informação, não reduzido a um procedimento administrativo ou estritamente policial, é cabível a denúncia, o fato de este ou aquele elemento de informação ter sido colhido pelo Ministério Público não implica a inviabilidade da ação penal que nele se funde. Após, pediu vista dos autos o Min**. Cezar Peluso**.

(HC 84.548, Rel. Min. **Marco Aurélio**.)

No caso dos autos, a extensão das diligências realizadas pelo Ministério Público está bem definida na seguinte passagem do acórdão recorrido:

A MM. Juíza, nas informações prestadas, ressaltou:

"1. Em 24.12.97 foi instaurado o inquérito policial nº 129/97 pela 33ª DP, para apurar a prática de crime de tortura, em que constava como suspeito o Paciente e outros dois comparsas.

2. O Ministério Público, ainda durante o curso do Inquérito Policial, ouviu a vítima e quatro testemunhas, na sede da Promotoria Criminal do Gama/DF, assim como requisitou juntada e esclarecimento de laudos periciais, a fim de embasar a denúncia, a qual foi oferecida contra o Paciente e comparsas, em 19.02.99 e recebida em 22.02.99."

Realmente, relatado o inquérito, como se vê às fls. 83/85, foram os autos com vista ao Ministério Público em 1º de julho de 1998. Foi então, em 24 de agosto subsequente, lançado o seguinte despacho:

"Autos em diligência nesta Promotoria de Justiça.

Notificar a vítima Antônio Márcio Silveira de Freitas e as testemunhas Mariana Silveira de Freitas (fls. 81) e Josemar Magalhães Cardoso (fls. 83) para serem ouvidas nesta Promotoria, respectivamente nos dias 09 (Antônio) e 10 (os demais) de setembro de 1998"

As testemunhas foram intimadas, constando do mandado que "o não comparecimento na data e local acima referido poderá acarretar condução coercitiva, além de consistir em crime de desobediência".

Logo após, foi proferido o seguinte despacho:

"Autos em diligência na Secretaria desta Promotoria de Justiça, com vistas nas seguintes providências:

a) convidar os policiais militares Vilson da Conceição Silva e Antônio Pereira da Cunha, citados às fls. 92, para prestar declarações adicionais nesta Promotoria;

b) oficiar à 33ª DP – Santa Maria/DF, solicitando à Autoridade Policial respectiva para que encaminhe os nomes dos agentes policiais que empreenderam diligências no sentido de localizar a arma mencionada no Termo Circunstanciado n. 0283/97 – 33ª DP, Ocorrência n. 2316/97 – 33. DP (fls. 92);

c) solicitar ao IML manifestação acerca da seguinte indagação: considerando o Laudo de Exame de Local, cópia anexa (fls. 64/77), mais especificação as considerações e conclusões sobre os exames efetuados nas vestes da vítima, e as conclusões do Laudo n. 17.002/97 (Complementar), cópia anexa (fls. 108/109), é possível ter ocorrido os choques elétricos sem que haja proporcionado as marcas ou queimaduras, mencionadas neste Laudo de Lesões Corporais complementar, na vítima;

d) solicitar ao IML a cópia do Laudo de Exame de Corpo de Delito – Lesões Corporais, referentes ao ofício n. 3101/97, de 24.09.97, da 33ª DP – Santa Maria/DF, relacionado a pericianda Mariana Silveira de Freitas (fls. 101)."

Ultimadas as diligências, que foram efetuadas nos autos do inquérito, em fevereiro de 1999 foi oferecida a denúncia (...).

(Fls. 24/25.)

Sem prejuízo da polêmica instaurada acerca do tema, submetida agora ao crivo do Pleno (HC 83.933/SP e HC 84.548/SP), verifico que esta Corte possui precedentes antigos consignando a validade de diligências realizadas pelo Ministério Público em hipóteses semelhantes.

Nesse sentido:

Penal. Processual penal. Ministério Público: investigação: inquérito policial. Crime de dispensa irregular de licitação. Lei 8.666/93, art. 24, XIII, art. 89, art. 116. I – A instauração de inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção. II – Não há impedimento para que o agente do Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merecesse ser elucidado. III – Convênios firmados: licitação dispensável: Lei 8.666/93, art. 24, XIII. Conduta atípica. IV – Ação penal julgada improcedente relativamente ao crime do art. 89 da Lei 8.666/93.

(Inq 1.957/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 11-11-05.)

1. Ministério Público: possibilidade de colheita de depoimento quando tiver notícia direta de um crime. Precedentes. 2. Ministério Público: o promotor de Justiça que participa na fase investigatória não está impedido ou suspeito para o oferecimento da denúncia. Precedentes. 3. *Habeas corpus*: inviabilidade para o exame da alegação de ausência de base empírica para a denúncia, dada a necessidade de ponderação dos elementos de informação, à qual não se presta o procedimento sumário e documental do *habeas corpus*.

(HC 89.158/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 15-9-06.)

Regular participação do órgão do Ministério Público em fase investigatória e falta de oportuna arguição de suposta suspeição do magistrado. Pedido indeferido. (HC 75.769/MG, Primeira Turma, Rel. Min. **Octavio Gallotti**, *DJ* de 28-11-97.)

Não se desconhece a existência de outros julgados, afirmando exatamente o contrário, como por exemplo, o havido no RE 205.473/AL, Segunda Turma, Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 19-3-99, e no RE 233.072/RJ, Segunda Turma, Rel. p/ o ac. Min. **Nelson Jobim**, *DJ* de 3-5-02.

Nesses casos, todavia, o que se vedou, em última análise, foi que o Ministério Público se substituísse à autoridade policial em funções que lhe são típicas, como a instauração do inquérito policial e a direção desse procedimento administrativo. Não foi isso que ocorreu no presente caso, em que o *parquet* simplesmente realizou diligências paralelas ao inquérito policial já instaurado.

A fumaça do bom direito necessária à concessão da medida liminar já deferida pelo Ministro **Sepúlveda Pertence** na presente ação cautelar está presente em respeito à autoridade da jurisprudência até então majoritária no Tribunal.

Ante o exposto, voto para que seja referendada a liminar citada.

EXTRATO DA ATA

AC 1.756/DF — Relator: Ministro Menezes Direito. Requerente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Requeridos: Wediniz Mendes Sales (Advogados: Pedro Calmon e outros) e Jorge Santos Alves.

Decisão: Após o voto do Ministro Menezes Direito, Relator, no sentido de referendar sua decisão, pediu vista do processo o Ministro Marco Aurélio, Presidente. Ausentes, justificadamente, o Ministro Carlos Britto e a Ministra Cármen Lúcia. Primeira Turma, 15-4-08.

Decisão: Adiado o julgamento por indicação do Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Britto. Primeira Turma, 6-5-08.

Decisão: A Turma referendou a decisão liminar do Relator. Unânime. Impedido o Ministro Marco Aurélio, Presidente. Presidiu o julgamento o Ministro Carlos Britto. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. Subprocuradora-Geral, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 13 de maio de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CAUTELAR 1.890— SC

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Requerente: Bunge Alimentos S.A. — Requerida: União

Ação cautelar. Efeito suspensivo. Recurso extraordinário. Liminar referendada. Tributo. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSSL). Incidência sobre as receitas e o lucro decorrentes de exportação. *Fumus boni iuris* e *periculum in mora* evidenciados.

1. Com relação ao recolhimento da CSLL, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ressaltando-se que a questão está em discussão no julgamento do RE 564.413/SC, e a cobrança da contribuição, cuja constitucionalidade está sendo questionada nesta Suprema Corte, implicará transtornos ao exercício regular das atividades da requerente.

2. Medida liminar referendada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em referendar a decisão do Relator na ação cautelar, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 16 de dezembro de 2008 — Ministro Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Deferi o pedido de liminar para dar efeito suspensivo ao RE 537.200/SC, em decisão assim fundamentada:

> Vistos.
>
> Bunge Alimentos S.A. ingressa com ação cautelar com a finalidade de conferir efeito suspensivo ao RE 537.200-6/SC.
>
> Alega a requerente que a exigência do recolhimento de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras (CPMF) calculadas sobre a receita decorrente de exportação viola categoricamente a imunidade tributária prevista no art. 149, § 2º, I, da Constituição Federal.
>
> Afirma que:
>
> > "De tal modo, conforme restará demonstrado a seguir, existindo a flagrante possibilidade de se dar prosseguimento à cobrança de tributo manifestamente contrário ao mandamento constitucional consagrado no art. 149,

§ 2º, I (*fumus boni iuris*); bem como existindo iminente risco de dano de reparação dificultosa inerente a esta malfadada cobrança (*periculum in mora*), demonstra-se salutar a interposição da presente medida.

(...)

No caso da CSLL, a exigência ocorre pela determinação de que não seja excluída da 'receita decorrente de exportação' o **lucro** contido na mesma, quando do resultado do exercício antes da provisão para o imposto de renda.

Quanto à questão da CPMF, a malfadada incidência é justificada pela impossibilidade de afastar sua incidência na primeira operação de movimentação financeira em moeda nacional que seja fato gerador, após a chamada operação de fechamento de câmbio, realizada por instituições bancárias autorizadas pelo Banco Central para trocar para 'Reais' a moeda estrangeira dada em pagamento ('receita decorrente de exportação') da mercadoria exportada. Nessas operações, tais instituições são legalmente obrigadas a reter e recolher a CPMF respectiva, de acordo com a legislação de regência.

(...)

o perigo na demora (autorizador do deferimento da medida liminar ora pleiteada), resta plenamente evidenciado diante do risco de referendar-se a cobrança manifestamente inconstitucional de CSLL e CPMF sobre as 'receitas decorrentes de exportação' durante a pendência do julgamento desta matéria (objeto do presente RE 537.200)"

(Fls. 3 a 7.)

Decido.

Destaco, inicialmente, que esta Corte ainda não se pronunciou quanto à questão posta nestes autos, tendo o Ministro Marco Aurélio determinado o sobrestamento do RE 518.532/RJ até o julgamento dos RE 462.298-0/PR e 471.287-3/RS, que tratam da legitimidade da exigência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) incidente sobre a receita decorrente de exportação. Em caso semelhante, o Tribunal Pleno concedeu liminar para conferir efeito suspensivo ao recurso extraordinário*, estando o acórdão assim ementado:*

"Tributo. Contribuição Social sobre Lucro Líquido – CSLL. Incidência sobre as receitas e o lucro decorrentes de exportação. Inadmissibilidade. Ofensa aparente ao disposto no art. 149, § 2º, inc. I, da CF, incluído pela Emenda Constitucional nº 33/2001. Pretensão de inexigibilidade. Razoabilidade jurídica, acrescida de perigo de dano de reparação dificultosa. Efeito suspensivo ao recurso extraordinário admitido na origem. Liminar cautelar concedida para esse fim. Aparenta ofender o disposto no art. 149, § 2º, inc. I, da Constituição da República, incluído pela Emenda nº 33/2001, a exigência da Contribuição Social sobre Lucro Líquido – CSSL calculada sobre as grandezas específicas que decorram de receitas de exportação"

(AC 1.738-MC/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Cezar Peluso,** *DJ* de 19/10/07).

Com relação ao recolhimento da CSLL, portanto, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ressaltando-se o argumento da requerente, à fl. 10, de que a cobrança da contribuição, cuja constitucionalidade está sendo questionada nesta Corte, implicará transtornos ao exercício regular de suas atividades.

No tocante à Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), esclareço que a presente cautelar não está instruída com as peças necessárias ao julgamento, contudo, examinando os autos do recurso extraordinário ao qual se objetiva o efeito suspensivo, verifico que o acórdão recorrido está assim fundamentado:

"(...) não há fundamento para reconhecer a imunidade prevista no art. 149 da CF em relação à CPMF porque o seu fato gerador é a movimentação financeira, não havendo incidência sobre receita.

Assim, verificada a incompatibilidade setorial das imunidades e a impossibilidade de interpretá-las extensivamente, mantenho a sentença fustigada"

(Fl. 122/v.)

Com efeito, tendo a CPMF fato gerador decorrente da movimentação financeira, entendo, pelo menos nesse exame preliminar, não ser possível identificar a fumaça do bom direito em torno do artigo 149 da Constituição Federal.

Do exposto, defiro parcialmente a medida liminar, *ad referendum* da Primeira Turma desta Corte (art. 21, V, RISTF), para suspender a execução do acórdão apenas quanto à incidência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

Determino sejam os presentes autos apensados ao RE 537.200/SC.

Intime-se.

(Fls. 24 a 26.)

Posteriormente, determinei a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que fosse aplicado o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

Vistos.

O Plenário desta Corte, em sessões realizadas por meio eletrônico, concluiu, no exame dos RE 566.259/RS, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, e 564.413/SC, Relator o Ministro Marco Aurélio, pela existência da repercussão geral das matérias constitucionais versadas nestes autos.

Trata-se da discussão acerca da possibilidade de aplicação da imunidade objetiva prevista no art. 149, § 2º, inciso I, da Constituição Federal à cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido e da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF.

Na questão de ordem suscitada pelo Ministro Gilmar Mendes, Presidente, no AI 715.423/RS, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal, na sessão de 11-6-08, decidiu que o regime previsto no art. 543-B, § 1º e § 3º, do Código de Processo Civil, na hipótese de já ter sido reconhecida por esta Corte a repercussão da matéria constitucional discutida nos autos, aplica-se, também, aos recursos extraordinários interpostos de acórdãos publicados anteriormente a 3 de maio de 2007 e aos agravos de instrumentos respectivos.

Na sessão do Pleno de 20-8-08, no julgamento da questão de ordem suscitada pelo Ministro Cezar Peluso, Relator, no RE 540.410/RS, este Tribunal decidiu, em situação similar à anterior, pela devolução dos autos ao Tribunal local para os fins do disposto no artigo 543-B do Código de Processo Civil.

Assim, nos termos do art. 328 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, determino a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que seja aplicado o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil.

Trago os autos da ação cautelar para referendo da decisão concessiva da liminar.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Os autos tratam de pedido de efeito suspensivo a recurso extraordinário que trata da legitimidade da exigência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) incidente sobre a receita decorrente de exportação.

Deferi o pedido de liminar para suspender a execução do acórdão no tocante à incidência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), decisão que trago agora para referendo, com a seguinte fundamentação:

> Destaco, inicialmente, que esta Corte ainda não se pronunciou quanto à questão posta nestes autos, tendo o Ministro Marco Aurélio determinado o sobrestamento do RE nº 518.532/RJ até o julgamento dos RE 462.298-0/PR e 471.287-3/RS, que tratam da legitimidade da exigência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) incidente sobre a receita decorrente de exportação. Em caso semelhante, o Tribunal Pleno concedeu liminar para conferir efeito suspensivo ao recurso extraordinário, estando o acórdão assim ementado:
>
> ‘‘**Tributo. Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL). Incidência sobre as receitas e o lucro decorrentes de exportação. Inadmissibilidade. Ofensa aparente ao disposto no art. 149, § 2º, I, da CF, incluído pela Emenda Constitucional 33/2001. Pretensão de inexigibilidade. Razoabilidade jurídica, acrescida de perigo de dano de reparação dificultosa. Efeito suspensivo ao recurso extraordinário admitido na origem. Liminar cautelar concedida para esse fim**. Aparenta ofender o disposto no art. 149, § 2º, I, da Constituição da República, incluído pela Emenda 33/01, a exigência da Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSSL) calculada sobre as grandezas específicas que decorram de receitas de exportação.”
>
> (AC 1.738-MC/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Cezar Peluso**, *DJ* de 19-10-07.)
>
> Com relação ao recolhimento da CSLL, portanto, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ressaltando-se o argumento da requerente, à fl. 10, de que a cobrança da contribuição, cuja constitucionalidade está sendo questionada nesta Corte, implicará transtornos ao exercício regular de suas atividades.
>
> (Fl. 25.)

Esclareço, ainda, que o tema está sendo apreciado no Plenário desta Suprema Corte, no julgamento do RE 564.413/SC, com meu voto e os dos Ministros **Marco Aurélio**, **Ricardo Lewandowski** e **Carlos Britto** para negar provimento ao recurso e os Ministros **Gilmar Mendes**, **Eros Grau**, **Cezar Peluso** e a Ministra **Cármen Lúcia** dando provimento ao recurso do contribuinte. Em seguida, pediu vista a Ministra **Ellen Gracie**, em 4-12-08.

Como se vê, a questão permanece indefinida, motivo pelo qual considero pertinente a manutenção da liminar, na forma deferida.

Determino, nos termos do entendimento firmado na AC 2.177/PE, que a presente cautelar seja encaminhada ao Tribunal de origem para que seja apensada ao RE 537.200/SC.

EXTRATO DA ATA

AC 1.890-MC/SC — Relator: Ministro Menezes Direito. Requerente: Bunge Alimentos S.A. (Advogado: Arno Schmidt Júnior) — Requerida: União (Advogado: PFN – Dolizete Fátima Michelin).

Decisão: A Turma referendou a decisão do Relator na ação cautelar. Unânime.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de tarso Braz Lucas.

Brasília, 16 de dezembro de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.102 — DF
(ADI 2.102-MC na *RTJ* 173/97)

Relator: O Sr. Ministro Menezes de Direito

Requerente: Governador do Distrito Federal — Requeridos: Governador do Distrito Federal e Câmara Legislativa do Distrito Federal

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Distrital 1.481/97. Carreira da Polícia Militar do DF. Matéria reservada à União Federal. Art. 21, XIV, CF.

1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que compete à União Federal, com exclusividade, legislar sobre o regime jurídico dos policiais militares do Distrito Federal. Precedentes: ADI 1.136/DF, Relator o Ministro Eros Grau, *DJ* 13-10-06; RE 241.494/DF, Relator o Ministro Octavio Gallotti, *DJ* de 14-11-02.

2. Inconstitucional, portanto, a Lei distrital 1.481/97, que, ao cuidar dos policiais militares de administração, especialistas e músicos, indevidamente tratou do regime jurídico da Polícia Militar do Distrito Federal.

3. Ação direta julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente), na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar procedente a ação, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 15 de abril de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, em 17-11-99, tendo por objeto a Lei distrital 1.481, de 18 de junho de 1997, que "dispõe sobre o Quadro de Oficiais Policiais Militares de Administração-QOPMA, o Quadro de Oficiais Policiais Militares Especialistas-QOPME e o Quadro de Oficiais Policiais Militares Músicos-QOPMM da Polícia Militar do Distrito Federal e dá outras providências".

Eis o teor da norma impugnada, *in verbis:*

Lei nº 1.481, de 18 de junho de 1997
(Autoria do projeto: Deputado João de Deus)

Dispõe sobre o Quadro de Oficiais Policiais Militares de Administração – QOPMA, o Quadro de Oficiais Policiais Militares Especialistas – QOPME e o Quadro de Oficiais Policiais Militares Músicos – QOPMM da Polícia Militar do Distrito Federal e dá outras providências.

Capítulo I

Das disposições gerais

Art. 1º O Quadro de Oficiais Policiais Militares de Administração – QOPMA, o Quadro de Oficiais Policiais Militares Especialistas – QOPME e o Quadro de Oficiais Policiais Militares Músicos – QOPMM destinam-se a atender às necessidades da Polícia Militar do Distrito Federal, nas áreas respectivas.

Art. 2º O QOPMA será constituído por oficiais dos postos de coronel, tenente-coronel, major, capitão, primeiro-tenente e segundo-tenente, nos quantitativos estabelecidos por lei de fixação de efetivo da Corporação.

Parágrafo único. O QOPME e QOPMM serão constituídos por oficiais dos postos de capitão, primeiro-tenente e segundo-tenente.

Art. 3º Os integrantes do QOPMA, do QOPME e do QOPMM exercerão, respectivamente, as funções de caráter administrativo e especializado nas diversas unidades da Polícia Militar, além de outras atribuições que, por sua natureza, não sejam privativas de outros quadros.

Art. 4º Aplicam-se aos oficiais do QOPMA, do QOPME e do QOPMM os dispositivos da legislação de promoção de oficiais da Polícia Militar do Distrito Federal.

Capítulo II

Do recrutamento e da seleção ao estágio de adaptação de oficiais

Seção I

Do recrutamento

Art. 5º O concurso de admissão ao Estágio de Adaptação de Oficiais – EAO far-se-á entre os subtenentes e primeiros-sargentos do Quadro de Praças Policiais Militares Combatentes para o QOPMA e dos Quadros de Praças das especialidades correlatas para o QOPME e o QOPMM.

Parágrafo único. Todo subtenente e primeiro-sargento da Polícia Militar do Distrito Federal não citado nesta Lei, independentemente da Qualificação Militar – QM, poderá se inscrever ao concurso de oficial de administração, desde que satisfaça às exigências nela constantes.

Art. 6º São condições para a inscrição no concurso de admissão ao Estágio de Adaptação de Oficial – EAO:

I – possuir certificado de conclusão de ensino de segundo grau ou equivalente, concedido por estabelecimento de ensino reconhecido pelo Ministério da Educação e do Desporto;

II – ter, até o último dia de inscrição, no máximo 49 anos, 11 meses e 29 dias de idade;

III – ocupar posto de subtenente ou primeiro-sargento;

IV – estar classificado, no mínimo, com comportamento 'bom';

V – não se encontrar enquadrado nas seguintes situações:

a) estar cumprindo prisão temporária, preventiva ou em flagrante delito, enquanto esta não tiver sido revogada;

b) estar respondendo perante o Conselho Disciplinar;

c) estar em gozo de licença para tratar de interesse particular;

d) ter sofrido pena restritiva de liberdade por sentença passada em julgado, durante o período correspondente à pena, mesmo quando beneficiado por livramento condicional;

e) estar condenado à pena de suspensão do cargo ou de função prevista no Código Penal Militar, durante o prazo de duração da pena.

Seção II

Da seleção

Art. 7º A seleção para o Estágio de Adaptação de Oficiais – EAO será feita mediante concurso, constituído dos seguintes exames de caráter eliminatório:

I – de escolaridade;

II – de conhecimentos profissionais;

III – médico, realizado de acordo com as Instruções Reguladoras das Inspeções de Saúde da Corporação;

IV – de aptidão física, realizado de acordo com as Normas Reguladoras da Corporação.

§ 1º O conteúdo programático dos exames de escolaridade e de conhecimentos profissionais de que tratam os incisos I e II deste artigo constarão de instruções complementares a serem baixadas pelo Comandante-Geral da Corporação.

§ 2º Os resultados obtidos pelos candidatos em cada exame têm validade somente para a matrícula no EAO subsequente.

Art. 8º O concurso será realizado até o último mês do ano que anteceder a realização do estágio.

Capítulo III

Do curso de adaptação de oficiais de administração, especialistas e músicos

Art. 9º Será matriculado no Estágio de Adaptação de Oficiais para o quadro a que tenha concorrido, de acordo com o número de vagas, o candidato aprovado em todos os exames do concurso, observada a classificação.

Parágrafo único. A classificação a que se refere este artigo será definida exclusivamente pela ordem decrescente da média final obtida pelo candidato nos exames de escolaridade e de conhecimentos profissionais.

Art. 10. Cabe à Diretoria de Ensino apurar a ordem de classificação para a matrícula no Estágio de Adaptação de Oficiais – EAO, na forma estabelecida no artigo anterior.

Art. 11. O Estágio de Adaptação de Oficiais – EAO será realizado pela Academia da Polícia Militar do Distrito Federal e sua organização e funcionamento serão estabelecidos nas Normas para o Planejamento e Conduta do Ensino – NPCE.

Art. 12. Os subtenentes e primeiros-sargentos matriculados no Estágio de Adaptação de Oficiais – EAO serão promovidos automaticamente, no ato da matrícula, ao posto de segundo-tenente pelo Governador do Distrito Federal, obedecida a ordem de classificação no concurso.

§ 1º A classificação no estágio a que se refere o artigo anterior é requisito básico para as promoções aos postos de primeiro-tenente e capitão.

§ 2º Os capitães do QOPMA possuidores de curso superior ficam habilitados a concorrer por antiguidade ao Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais – CAO, requisito para a promoção aos postos de major do QOPMA, tenente-coronel do QOPMA e coronel do QOPMA.

Art. 13. A duração do estágio de que trata esta Lei será de dois semestres letivos.

Capítulo IV

Da inclusão no QOPMA, no QOPME e no QOPMM

Art. 14. Os policiais militares incluídos no Quadro de Oficiais Policiais Militares de Administração – QOPMA, no Quadro de Oficiais Policiais Militares

Especialistas – QOPME e no Quadro de Oficiais Policiais Militares Músicos – QOPMM serão titulares de obrigações, deveres, direitos e prerrogativas previstas no Estatuto dos Policiais Militares da Polícia Militar do Distrito Federal e nos demais dispositivos legais referentes ao oficialato.

Capítulo V

Das disposições finais

Art. 15. O efetivo do QOPMA, QOPME e QOPMM, por postos, será estabelecido pelo Governador do Distrito Federal.

Art. 16. Compete à Diretoria de Ensino elaborar os editais para os concursos internos e o programa padrão de ensino para o Estágio de Adaptação de Oficiais – EAO, em função do número de vagas fixadas anualmente pelo Comandante-Geral da Polícia Militar do Distrito Federal.

Art. 17. Cabem ao Comandante-Geral da Polícia Militar do Distrito Federal a classificação e a distribuição do efetivo do QOPMA, QOPME e QOPMM.

Art. 18. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 19. Revogam-se as disposições em contrário.

(Fls. 11/12.)

De acordo com o Requerente, a lei distrital é inconstitucional porque invadiu matéria afeta à competência legislativa da União Federal (art. 21, XIV, da CF), além do que teria incidido em vício de iniciativa, por ser originária da própria Câmara Legislativa, *in verbis*:

(...)

O primeiro aspecto diz respeito **à fixação, composição, organização e criação de cargos públicos (no caso, postos e graduações)** dos Quadros de Oficiais Policiais Militares de Administração, Especialistas e Músicos da Polícia Militar do Distrito Federal. Com o devido respeito aos ilustres Deputados Distritais, o assunto tratado pela Lei nº 1.481/97, **é de exclusiva competência ou alçada da União Federal ou do Governador do Distrito Federal**, mediante delegação expressa contida no artigo 37, da Lei nº 6.645/79.

O segundo aspecto, **da mais alta relevância**, diz respeito à competência e ao choque entre os Poderes Constituídos, no âmbito do próprio Distrito Federal, onde o Poder Legislativo invadindo competência privativa do Chefe do Executivo local, editou norma atinente a assunto pertinente à "**organização administrativa**" e/ou "**serviço público**" de **estrita competência e atribuição constitucional da União Federal, podendo trazer sérias dificuldades para o pagamento (ou repasses) das promoções e do aumento do efetivo**, com a criação e ampliação dos atuais postos já estabelecidos pela Lei *Federal* nº 9.237, de 22 de dezembro de 1995.

Acrescente-se que o assunto tratado pela Lei Distrital ora questionada está devidamente regulamentado pelo Decreto local nº 16.436, de 20 de abril de 1995, que estabelece os devidos critérios para ingresso nos Quadros de Oficiais Policiais Militares de Administração, Especialistas e Músicos da Polícia Militar do Distrito Federal, **em total respeito aos ditames das Leis Federais nºs 7.289/84, 6.645/79 e 9.237/95.**

(Fl. 9.)

Submetido o feito ao Plenário, a medida cautelar foi deferida, em 16-2-00, mediante acórdão que ficou assim ementado, *in verbis*:

> Distrito Federal: serviços locais de segurança pública (Polícia Militar, Polícia Civil e Corpo de Bombeiros): competência privativa da União para organizar e manter os organismos de segurança pública do Distrito Federal, que envolve a de legislar com exclusividade sobre a sua estrutura administrativa e o regime jurídico do seu pessoal: jurisprudência do STF consolidada no RE 241494: cautelar deferida para suspender a vigência da LD 1481/97.
> (Fl. 89.)

Solicitadas as informações, a Câmara Legislativa do Distrito Federal deixou de manifestar-se.

O Advogado-Geral da União, cargo à época ocupado pelo Ministro **Gilmar Mendes**, opinou pela procedência da ação, com os seguintes fundamentos, *in verbis*:

> (...)
> Com efeito, buscou-se, via lei distrital, de iniciativa de parlamentar, alterar o quadro e oficiais policiais militares já fixado e discriminado pela legislação federal, quando não por decretos governamentais baixados em estrita observância de delegação proveniente da União. E não se diga ser a hipótese de correrem à conta do Distrito Federal as despesas resultantes da execução da lei ora submetida a controle de constitucionalidade – situação em que esta Excelsa Corte já teve oportunidade de consignar a não ocorrência de antinomia entre o diploma legal do Distrito Federal e a Carta Política (ADI 677-DF, Min. *Néri da Silveira*, *DJ* de 21-5-93). Afora o manifesto vício de iniciativa, vem assim o silêncio quanto aos ônus emergentes do novo disciplinamento, arrosta-se aqui iniludível usurpação da competência da União para regular a matéria, evidência contra a qual nem mesmo o Presidente do órgão responsável pela concepção da lei impugnada – aliás, em sintomática postura – ousou insurgir-se.
> (Fl. 99.)

Também o Ministério Público Federal opinou pela declaração da inconstitucionalidade da norma, por violação dos arts. 21, XIV; 22, XXI; 32, § 4º; e 61, § 1º, II, *a* e *c*, da Constituição Federal (fl. 117).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Distrito Federal em face da Lei distrital 1.481/97, que trata de três quadros distintos da Polícia Militar do Distrito Federal, os policiais militares de administração, os especialistas e os músicos, dispondo sobre o recrutamento e a seleção para o estágio de adaptação (arts. 5º a 8º), e o curso de adaptação dos oficiais (arts. 9º a 13), além de dar outras providências.

Parece-me inequívoca a constatação de que a Lei distrital 1.481/97 trata da própria organização da carreira da Polícia Militar do Distrito Federal, matéria que, pelo que se extrai da dicção do art. 21, inciso XIV, da Constituição compete, com exclusividade, à União Federal:

> Art. 21. Compete à União:
> (...)
> XIV – organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio.

Este é o entendimento consolidado na jurisprudência desta Corte, conforme acentuou o Ministro **Sepúlveda Pertence** ao conceder, em 16-2-00, a medida cautelar pleiteada nestes autos, *in verbis*:

> A tese nuclear da presente arguição de inconstitucionalidade – a privatividade da competência legislativa da União para dispor sobre a organização da Polícia Militar e da Polícia Civil do Distrito Federal, e consequentemente, sobre o regime jurídico de seus integrantes – e a correspondente incompetência absoluta e total do legislador distrital para dispor a respeito –, posto que em decisões não definitivas do mérito da questão, vinha predominando na casa – em face do art. 21, XIV, não obstante os complicadores postos por outros preceitos da Constituição (*v.g.*, art. 1.445, § 6º): nesse sentido, eram expressivos diversos acórdãos cautelares (*v.g.*, ADI 1.045-MC, **Marco Aurélio**, *Lex* 191/93; ADI 1.359-MC, **Marco Aurélio**; SS-Ag, **Pertence**; RE 178.799, **Galvão**.
> (...)
> A tendência nítida, contudo, creio se ter consolidado em jurisprudência firme, em 27-10-99, com a conclusão do julgamento do RE 241.494, Relator o em. Ministro Octavio Gallotti: vencidos, embora, os em. Ministros Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Néri da Silveira, e após exaustiva rediscussão do tema, reafirmou-se – agora sem a cerimônia das decisões liminares – que, com a Constituição de 1988, a organização da segurança pública do Distrito Federal voltou a ser matéria inteiramente reservada – ao menos no plano legislativo – à competência da União. (Fl. 85.)

Esse posicionamento foi confirmado em julgados mais recentes da Corte, dentre os quais destaco a ADI 1.136/DF, da relatoria do Ministro **Eros Grau**, *DJ* de 13-10-06, com a ementa que se segue:

> *Ação direta de inconstitucionalidade. Lei distrital 709/94. Autorização concedida ao Poder Executivo para promover ex-componentes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros não beneficiados por decreto anterior à CB/88. Regime jurídico dos policiais e bombeiros militares do Distrito Federal. Competência exclusiva da União. Violação do art. 21, XIV, da Constituição do Brasil.*
> 1. A Lei distrital 709/94 é inconstitucional, visto que dispõe sobre matéria de competência exclusiva da União. O texto normativo atacado diz respeito à promoção de ex-componentes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros do Distrito Federal – regime jurídico dos policiais militares e membros do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal – afrontando o disposto no art. 21, inciso XIV, da Constituição do Brasil.
> 2. Pedido julgado procedente para declarar inconstitucional a Lei distrital 709/94.

Não bastasse a inconstitucionalidade formal orgânica, ainda que a matéria tratada na norma impugnada estivesse compreendida no âmbito legislativo do

Distrito Federal, a iniciativa seria do Governador, e não da Câmara Legislativa, como ocorreu no caso, por força do que dispõe o art. 61, II, *a*, *c* e *f*, da Constituição.

É firme a jurisprudência deste Tribunal ao declarar a inconstitucionalidade das normas de iniciativa parlamentar que disponham sobre o regime jurídico dos policiais militares, *in verbis*:

> *Ação direta de inconstitucionalidade. EC 2/91 do Estado do Rio de Janeiro, que dispôs sobre regime jurídico dos servidores militares. Projeto de iniciativa da Assembleia Legislativa. Impossibilidade. violação à reserva de iniciativa do chefe do Poder Executivo. Ação julgada procedente.*
>
> 1. À luz do princípio da simetria, a jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica ao afirmar que, no tocante ao regime jurídico dos servidores militares estaduais, a iniciativa de lei é reservada ao chefe do Poder Executivo local, por força do art. 61, § 1º, II, *f*, da Constituição.
>
> 2. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da EC 2/91 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.
>
> (ADI 858/RJ, Pleno, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 28-3-08.)

No mesmo sentido: ADI 3.267/MT, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, *DJ* de 24-6-05; ADI 1.124/RN, Relator o Ministro **Eros Grau**, *DJ* de 8-4-05; e ADI 2.988/DF, Relator o Ministro **Cezar Peluso**, *DJ* de 26-3-04.

Ante o exposto, declaro a inconstitucionalidade da Lei distrital 1.481/97.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, acompanho o Relator no voto proferido.

A lei distrital implica a organização das Polícias do Distrito Federal, das polícias que, pelo texto do Diploma Maior, são organizadas e mantidas pela União.

Acompanho S. Exa., declarando a inconstitucionalidade da lei no todo.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.102/DF — Relator: Ministro Menezes Direito. Requerente: Governador do Distrito Federal (Advogado: Luiz Lucas da Conceição). Requeridos: Governador do Distrito Federal e Câmara Legislativa do Distrito Federal.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes (Presidente), em representação do Tribunal no exterior, e Ellen Gracie.

Presidência do Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, e Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 15 de abril de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

RECLAMAÇÃO 2.267 — MA

Relator: O Sr. Ministro Nelson Jobim

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Menezes Direito (art. 38, IV, *b*, do RISTF)

Reclamantes: Maria Alderina Oliveira Maranhão e outros — Reclamado: Tribunal Superior do Trabalho — Interessada: Universidade Federal do Maranhão – UFMA

Reclamação. Precatório. Alteração do critério de cálculos. ADI 1.662/SP.

1. O entendimento do Supremo Tribunal Federal fixado na ADI 1.662/SP é o de que, em sede de precatório, o administrador público somente está autorizado a alterar os cálculos com a finalidade de corrigir erros materiais ou aritméticos, não tendo competência para modificar critérios que foram adotados pelo Juiz originário da causa.

2. Caracterizada a ofensa ao que foi decidido na ADI 1.662/SP porque, na hipótese presente, houve a determinação específica do julgado no sentido de serem refeitos os cálculos com mudança de critérios, independentemente de estar essa determinação vinculada à observância de qualquer tipo de norma legal. No caso, o cálculo já havia sido feito, não estando evidenciado nenhum erro material.

3. Reclamação julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar procedente a reclamação, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 4 de março de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nelson Jobim:

1. Os fatos

Os Reclamantes são funcionários públicos federais (fls. 2/3).

Ajuizaram reclamação trabalhista em face da Universidade Federal do Maranhão (UFMA) (fl. 4).

Pleitearam

(...)
(...) diferenças salariais vencidas e vincendas oriundas dos planos econômicos denominados Bresser (26,06% – junho/87), URP'88 (16,19% – abril e maio /88) e Verão (26,05% – fevereiro/89) (...)
(...)
(Fl. 4.)

A ação foi julgada procedente em primeira e segunda instâncias (fl. 4).

Deu-se início à fase de execução (fl. 4).

Apresentados embargos pela UFMA, foram julgados improcedentes (fl. 4).

(...)
Transitada em julgado a (...) sentença de execução foi requisitado o Precatório para pagamento no exercício orçamentário de 1995, que somente foi pago em 1996.
(...)
(Fl. 5.)

No exercício de 1998, por meio de precatório complementar, foram pagos a correção monetária e os juros, referentes ao período entre a requisição do precatório e o efetivo pagamento (fls. 5/6).

Quando já depositadas as quantias requeridas no precatório complementar, a UFMA requereu a revisão dos cálculos (fl. 6).

Alegou erro de cálculo (fl. 6).

(...)
O erro de cálculo alegado consistia na ausência de limitação de cada plano econômico deferido na r. sentença exequenda à data-base subsequente e à utilização de correção monetária do próprio mês do crédito.
(...)
(Fl. 6)

O juiz-Presidente do TRT da 16ª Região decidiu:

(...)
Compulsando os autos, verifica-se que procedem os argumentos das Procuradorias de erro material no concernente aos cálculos, entretanto, somente na parte que se refere aos juros de mora, matéria de cunho eminentemente técnico que se revelou inconteste em todos os pareceres.
(...)
Contudo, no que diz respeito ao argumento de que os cálculos da URP de fevereiro/89 estão errados devido a falta de limitação à data-base da categoria, muito embora sejam igualmente concordantes os pareceres das procuradorias neste item, trata-se matéria de direito, que no meu entendimento não merecem prosperar.
(...)
Ora, após o seu trânsito em julgado a decisão se torna imutável para as partes, somente podendo ser alterada para correções de erro materiais e de simples cálculos aritméticos...
(...)

Em face do exposto, determino a remessa dos autos ao Setor de Cálculos para que faça a devida correção quanto aos juros de mora.

(...)

(Fls. 42/43.)

Contra essa decisão, a Universidade interpôs agravo regimental, conhecido e não provido (fls. 34/39).

Leio trecho desta decisão do TRT da 16ª Região:

(...)

Coisa Julgada – Efeitos.

Em qualquer das fases da execução não é dado alterar o conteúdo condenatório da sentença de mérito, sob pena de violação da coisa julgada.

A limitação do pagamento de diferenças salariais derivadas de planos econômicos à data base é matéria de mérito e não mero erro material, corrigível de ofício pelo julgador.

(...)

(Fl. 46.)

Inconformada, a UFMA interpôs recurso ordinário para o TST (fls. 50/54).

Decidiu o TST:

Limitação à data-base – Precatório.

1. Agravo regimental impetrado contra decisão administrativa que indeferiu pedido de revisão de cálculos de liquidação em precatório.

2. A circunstância de a sentença transitada em julgado não ter repetido a lei em todas as suas nuanças não pode significar que o reajuste tenha caráter real e incorporativo aos salários dos empregados. Ao revés, a aplicação das diferenças concedidas deve observar o fundamento legal que as instituiu, ou seja, o caráter de antecipação e a limitação subsequente da categoria.

Entendo que a limitação em questão decorre da própria norma legal que serviu de base para justificar o pedido de diferenças salariais e deve ser imposta a fim de evitar a repetição do pagamento da mesma parcela aos Reclamantes, tendo em vista o *acerto* havido na *data-base*.

Assim, a aplicação das diferenças concedidas aos Reclamantes deve observar o fundamento legal que as instituiu, em todos os seus termos.

Recurso ordinário conhecido e provido.

(Fl. 69.)

Em 6-12-02, os Reclamantes interpuseram embargos de declaração (fls. 75/88).

Em 9-5-03, ajuizaram reclamação, com pedido de liminar (fls. 2/17).

2. A reclamação

Alegam que

(...)

(...) fazendo tabula rasa do v. decisório proferido por essa Excelsa Corte Constitucional no julgamento da ADI 1662, o C. TST decidiu que, mesmo em sede

de precatório poder-se-ia alterar os critérios da conta elaborada no curso do processo de execução, sendo certo que esse Augusto STF já decidira, expressamente, que a competência para corrigir erro de cálculo se limitava a inexatidões materiais ou erros aritméticos, não podendo dizer respeito ao critério de cálculo ou aos índices de correção monetária.

(...)

(Fl. 8.)

Concluem que

(...)

(...) É óbvio que a limitação à data-base não estaria entre as hipóteses enumeradas pelo (...) STF.

(...)

(Fl. 14.)

Requerem

(...)

(...), liminarmente, a suspensão da eficácia da r. decisão reclamada, (...)

(...)

(Fl. 16.)

E

(...)

(...) a procedência da presente reclamação, para declarar írrito o acórdão do Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho...

(...)

(Fl. 16.)

3. As informações do Presidente do TST

Após breve relatório, o Ministro-Presidente do TST transcreve os fundamentos expedidos no julgado que ora se impugna e informa a juntada de cópia do mesmo (fls. 139/141).

Em 15-5-03, os embargos declaratórios dos Reclamantes foram rejeitados[1].

Em 16-5-03, deferi a liminar (fls. 146/150).

Em 30-5-03, o acórdão dos embargos foi publicado, mas os prazos encontram-se suspensos por força da liminar concedida nesta ação[2]. (fl. 173).

4. O Procurador-Geral da República

Sustenta que

---

[1] Informação obtida do andamento processual do ED-ED-RXOFROAG 570780/1995.5, na página do TST na internet: www.tst.gov.br.

[2] Informação obtida do andamento processual do ED-ED-RXOFROAG 570780/1995.5, na página do TST na internet: www.tst.gov.br.

(...)

6. (...) a hipótese delineada nos autos, (...), enseja o cabimento de reclamação constitucional (...) Isto porque, a autoridade da decisão proferida na ADI 1.662/SP, de fato, encontra-se ameaçada pelo aresto que determinou a remessa dos autos para o TRT de origem para nova elaboração de cálculos do precatório com base em novos critérios (fl. 168).

7. (...) na ocasião do julgamento da mencionada ação direta de inconstitucionalidade, debateu-se acerca da adequada interpretação do inciso VIII, alínea *b*, da Instrução Normativa nº 11 do TST, que trata especificamente da autorização dada ao Presidente do Tribunal Regional do Trabalho para determinar a retificação de erros de cálculo em precatório. Então, compreendeu-se que eventuais impropriedades de índice ou de quaisquer outros critérios do cálculo não geram situações que se sujeite a solução por meio de realização de novos cálculos, medida esta autorizada apenas na hipótese de existência de inexatidões materiais (fls. 168/169).

(...)

10. Assim, depreende-se que o aresto hostilizado, mostra-se em todo desarrazoado e ofensivo ao estatuído julgamento da (...) [ADI 1.662/SP] (fl. 169.)

11. (...), manifesta-se o Ministério Público Federal pela procedência da presente reclamação. (fl. 170).

(...)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Relator): Por ocasião do julgamento da medida cautelar na ADI 1.662/SP, este Tribunal decidiu:

(...)

3. O item VIII, alínea *b*, ao estabelecer que ao Presidente do Tribunal Regional compete: (...) b) determinar, de ofício a requerimento das partes, a correção de inexatidões materiais ou a retificação de erros de cálculo, alcança, apenas, a correção das diferenças resultantes de erros materiais ou aritméticos ou de inexatidões dos cálculos dos valores precatórios, não podendo alcançar o critério adotado para a elaboração dos cálculos nem a adoção de índices de atualização monetária diversos dos que foram utilizados na primeira instância, tal como decidido por este Tribunal ao examinar o art. 337, III, VI e VII, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça paulista (ADI 1.098, j. em 11.09.96).

(...)

Não se admitem alterações fundadas na discordância quanto ao critério adotado para cálculo do montante.

A UFMA poderia ter suscitado a limitação dos cálculos no momento adequado, antes do trânsito em julgado do processo de execução.

Isso não foi feito.

Limitar os cálculos à data-base dos servidores na fase de precatório implica alterar seus critérios.

Ao fazer tal limitação, a decisão atacada acabou por alterar os limites da sentença exequenda, e não apenas corrigir eventual imperfeição material ou de cálculo aritmético.

Há precedentes.

Leio *Thompson Flores*, no RE 79.400:

> *Ementa: Liquidação de sentença. Cálculo homologado sem impugnação da União. Pretendida reforma da conta, em manifestação sobre o precatório. Inadmissibilidade, pela inexistência de erro de conta ou cálculo. O erro de cálculo, que nunca transita em julgado, e o erro aritmético ou, como se admite, a inclusão de parcelas indevidas ou a exclusão das devidas, por omissão ou equívoco. Se, porém, ocorre dúvida sobre a exata interpretação ou o exato cumprimento do julgado exequendo; se a questão se põe quanto ao critério adotado para estimar determinadas verbas, já aí não há falar em erro simplesmente material, em inexatidão material, em erro de escrita ou de cálculo.* (24-6-75.)

Também *Néri*, na ADI 565-MC:

> Ementa: (...) 3. Deferiu-se medida liminar para suspender a vigência das seguintes disposições: a) no parágrafo único do art. 1º, das expressões: "créditos de valor inferior a trinta e seis mil Unidades Fiscais do Estado de São Paulo e os"; b) no parágrafo único do art. 2º, das expressões: "e não alimentar inferiores a trinta e seis mil Unidades Fiscais do Estado de São Paulo. 4. Indeferiu-se a medida cautelar, quanto aos arts. 4º, IV; 5º, incisos IV e VIII. 5. Quanto ao inciso VII do art. 5º do Assento Regimental 195/1991, indeferiu-se a liminar, devendo, entretanto, ser conferida ao dispositivo interpretação conforme ao art. 100 e parágrafos da Constituição, segundo a qual a requisição, a título de complementação de depósitos insuficientes, a entidades devedoras, a efetuar-se no prazo de noventa dias, há de ser referente a erros materiais, aritméticos, ou inexatidões de cálculos, não podendo, entretanto, dizer respeito ao critério adotado para a elaboração do cálculo, ou a índices de atualização diversos dos que foram utilizados em primeira instância, nos cálculos que serviram de base à extração do precatório judiciário, homologados por sentença trânsita em julgado. (24-11-94.)

Julgo procedente a reclamação, para cassar a decisão do TST nos autos do processo RXOFROAG 570.780/99.5.

EXTRATO DA ATA

Rcl 2.267/MA — Relator: Ministro Nelson Jobim. Relator para o acórdão: Ministro Menezes Direito (art. 38, IV, *b*, do RISTF). Reclamantes: Maria Alderina Oliveira Maranhão e outros (Advogados: José Guilherme Carvalho Zagallo e outros). Reclamado: Tribunal Superior do Trabalho. Interessado: Universidade Federal do Maranhão – UFMA (Advogados: Durval Soares da Fonseca Júnior e outros, e Advogado-Geral da União).

Decisão: Após o voto do Relator, Ministro Nelson Jobim, Presidente, julgando procedente a reclamação e cassando a decisão do Tribunal Superior do

Trabalho, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Falou pelos reclamantes o Dr. Alexandre Lindoso.

Presidência do Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva e Souza.

Brasília, 2 de setembro de 2004 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO
(Vista)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Cuida-se de reclamação contra decisão do Tribunal Superior do Trabalho que deu provimento à Remessa de Ofício e Recurso Ordinário em Agravo Regimental interposto pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA, pelos seguintes fundamentos (fl. 69):

> *Limitação à data-base – Precatório* – Agravo regimental impetrado contra decisão administrativa que indeferiu pedido de revisão de cálculos de liquidação em precatório.
>
> 2. A circunstância de a sentença transitada em julgado não ter repetido a lei em todas as suas nuanças não pode significar que o reajuste tenha caráter real e incorporativo aos salários dos empregados. Ao revés, a aplicação das diferenças concedidas deve observar o fundamento legal que as instituiu, ou seja, o caráter de antecipação e a limitação subsequente da categoria.
>
> A limitação em questão decorre da própria norma legal que serviu de base para justificar o pedido de diferenças salariais e deve ser imposta a fim de evitar a repetição do pagamento da mesma parcela aos Reclamantes, tendo em vista o "acerto" havido na "data-base".
>
> Assim, a aplicação das diferenças concedidas aos Reclamantes deve observar o fundamento legal que as instituiu, em todos os seus termos.
>
> Recurso ordinário conhecido e provido.

Alega-se a violação ao entendimento desta Corte firmado no julgamento da medida cautelar na ADI 1.662/SP, Maurício Corrêa, a qual decidiu que, em sede de precatório, a competência dos presidentes dos Tribunais do Trabalho limitava-se à correção de erros de cálculo, seja erro aritmético ou inexatidão material, não se podendo alterar critérios de elaboração da conta.

Prestadas as informações de fls. 132-141, o Ministro Nelson Jobim deferiu a medida liminar para suspender a decisão do TST nos autos do Processo RXOFROAG nº 570.780/99.5, até o julgamento de mérito desta reclamação (fls. 146-150), nos seguintes termos:

> (...)
>
> Por ocasião do julgamento da medida cautelar na ADI 1.662/SP, em 11-9-97, decidiu esta Corte:
>
> (...)

3. O item VIII, alínea *b*, ao estabelecer que ao Presidente do Tribunal Regional compete: (...) b) determinar, de ofício ou a requerimento das partes, a correção de inexatidões materiais ou a retificação de erros de cálculo, alcança, apenas, a correção das diferenças resultantes de erros materiais ou aritméticos ou de inexatidões dos cálculos dos valores dos precatórios, não podendo alcançar o critério adotado para a elaboração dos cálculos nem a adoção de índices de atualização monetária diversos dos que foram utilizados na primeira instância, tal como decidido por este Tribunal ao examinar o art. 337, III, VI e VII, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça paulista (ADI 1.098, j. em 11-9-96).

(...)

Na decisão de mérito, proferida em 30-8-01 e publicada em 11-9-01, esse entendimento foi mantido.

A norma impugnada na ação direta de inconstitucionalidade deve ser interpretada restritivamente.

Ela não dá ensejo a alterações fundadas na discordância quanto ao critério adotado para cálculo do montante.

Ademais, cumpre registrar, as eventuais incorreções mencionadas pela UFMA apenas poderiam ter sido apresentadas antes do trânsito em julgado da ação de execução, o que não foi feito.

Presentes os requisitos para a concessão da liminar pretendida.

Defiro-a.

Determino a suspensão da decisão do TST nos autos do processo RXOFROAG 570.780/99.5 até o julgamento do mérito desta reclamação.

(Fl. 149-150.)

O parecer do Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, é pela procedência da reclamação, por entender que a decisão reclamada contrariou o decidido na ADI 1.662/SP (fls. 166-170). Eis os fundamentos:

Cumpre, pois, consignar que a ordem de nova elaboração de cálculos aqui examinada baseia-se na adoção de novos critérios para aferição dos valores dos precatórios, alargando os limites da competência atribuída ao Presidente do Tribunal Regional para a retificação de precatórios.

Assim, depreende-se que o aresto hostilizado, de fato, mostra-se em todo desarrazoado e ofensivo ao estatuído no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.662-7 – São Paulo.

Proferindo voto em relação ao mérito da demanda, o Ministro Relator, Nelson Jobim, mantendo a liminar anteriormente deferida, julgou procedente a reclamação, partindo das seguintes premissas:

Não se admitem alterações fundadas na discordância quanto ao critério adotado para cálculo do montante.

A UFMA poderia ter suscitado a limitação dos cálculos no momento adequado, antes do trânsito em julgado do processo de execução.

Isso não foi feito.

Limitar os cálculos à data-base dos servidores na fase de precatório implica alterar seus critérios.

Ao fazer tal limitação, a decisão atacada acabou por alterar os limites da sentença exequenda, e não apenas corrigir eventual imperfeição material ou de cálculo aritmético.

(Excertos do voto proferido na sessão de 2-9-04.)

Pedi vista dos autos para melhor examinar a questão. Trago, então, minhas considerações.

Em primeiro lugar, revela-se importante relembrar, conforme narra a petição inicial da presente reclamação (fls. 3-7), que a questão de fundo discutida nestes autos diz respeito às diferenças salariais decorrentes dos Planos Bresser (IPC de junho de 1987), URP de 1988 (abril/maio de 1988) e Verão (URP de fevereiro de 1989), deferidas aos servidores da Universidade Federal do Maranhão na Reclamação Trabalhista 655/1991.

A decisão proferida na referida reclamação trabalhista transitou em julgado em 1992, tendo sido requisitado o Precatório para pagamento no exercício orçamentário de 1995, o qual somente foi pago em 1996. Requerida a expedição de Precatório Complementar, exclusivamente para fins de pagamento de correção monetária e juros devidos referentes ao período entre a requisição do Precatório e seu efetivo pagamento, foi constatada a existência de crédito e efetuado pagamento no exercício orçamentário de 1998.

Após o depósito das quantias do precatório complementar, a Universidade requereu revisão dos cálculos sob a alegação de existência de erro material referente à ausência de limitação das diferenças salariais à data-base da categoria dos seus servidores. A decisão do Presidente do TRT da 16ª Região, analisando o pedido de correção de erro material, assim está fundamentada:

> (...)
>
> Compulsando os autos, verifica-se que procedem os argumentos das Procuradorias de erro material no concernente aos cálculos, entretanto, somente na parte que se refere aos juros de mora, matéria de cunho eminentemente técnico que se revelou inconteste em todos os pareceres.
>
> Em virtude disso, acolho a argumentação de erro de cálculo no tocante aos juros de mora.
>
> Contudo, no que diz respeito ao argumento de que os cálculos da URP de fevereiro/89 estão errados devido a falta de limitação à data-base da categoria, muito embora sejam igualmente concordantes os pareceres das Procuradorias neste item, trata-se de matéria de direito, que no meu entendimento não merecem prosperar.
>
> Com efeito, inicialmente, observa-se que o processo passou por uma fase regular onde foram dadas todas as oportunidades de defesa permitidas em Direito para a executada. Nesta fase é que deveria ter sido levantada a questão da limitação da condenação das parcelas de URPs à data-base da categoria, que, frisa-se, não foi em momento algum alegado. Ressalta-se por oportuno que nem a sentença nem o acórdão que a confirmou determinou qualquer limitação da condenação, tendo a decisão transitado em julgado.
>
> Ora, após, o trânsito em julgado, a decisão se torna imutável para as partes, somente podendo ser alterada para correções de erros materiais e de simples cálculos aritméticos, ou eventualmente, poderá ser rescindida caso se enquadre em qualquer das hipóteses elencadas nos incisos do art. 485 do CPC.
>
> (Fl. 42.)

Esta decisão foi reformada, em última instância, pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, em sede de remessa oficial e recurso ordinário em agravo

regimental, dando ensejo à decisão ora reclamada, a qual acolheu integralmente a pretensão da Universidade Federal do Maranhão, pelos seguintes fundamentos:

> (...)
> Não se trata de erro material e sim a aplicação da norma legal que disciplina a matéria.
> A circunstância de a sentença transitada em julgado não ter repetido a lei em todas as suas nuanças não pode significar que o reajuste tenha caráter real e incorporativo aos salários dos empregados. Ao revés, a aplicação das diferenças concedidas deve observar o fundamento legal que as instituiu, ou seja, o caráter de antecipação e a limitação subsequente da categoria.
> A limitação em questão decorre da própria norma legal que serviu de base para justificar o pedido de diferenças salariais e deve ser imposta a fim de evitar a repetição do pagamento da mesma parcela aos Reclamantes, tendo em vista o "acerto" havido na "data-base".
> Assim, a aplicação das diferenças concedidas aos Reclamantes deve observar o fundamento legal que as instituiu, em todos os seus termos.
> Ademais, em nenhum momento se afirmou que a decisão exequenda determinou a incorporação definitiva dos reajustes deferidos aos salários dos Reclamantes.
> Por outro lado, não há que se falar em ofensa à coisa julgada, ante a decisão transitada em julgado, porque no silêncio da sentença exequenda a propósito do limite temporal do reajuste com base nas "URPs, impõe-se a limitação à data-base seguinte, nos termos do Enunciado 322/TST, já que o 'acerto' na data-base decorre de disposição de ordem pública inserida na própria lei salarial e calcada no princípio do *non bis in idem*".
> (Fls. 69-73.)

Quanto à sistemática de reajuste com base no Decreto-Lei 2.302/86 (IPC de junho de 1987), Moreira Alves, em voto condutor do julgamento do RE 144.756/DF, Pleno, *DJ* de 18-3-94, referindo-se ao acórdão recorrido, anotou:

> O acórdão recorrido bem descreve a sistemática do reajuste disciplinado pelo Decreto-Lei 2.302/86. Ei-la:
> "1) a partir da data-base ocorrida após 28.02.86, no curso do período de 12 meses, os salários, vencimentos, soldos, pensões, proventos e remunerações seriam reajustados, automaticamente, pela variação acumulada do IPC quando atingisse 20% (artigo 1º); 2) tal reajuste não excederia de 20%, ainda que a variação acumulada do IPC, no período fixado fosse superior a esse limite, hipótese em que o excedente seria computado nos cálculos subsequentes (parágrafo único); 3) se, completado o período de 12 meses referido no artigo 1º, não fosse alcançada a acumulação de 10% na data-base seria feita a revisão da remuneração de acordo com os índices atingidos até aquela ocasião, sendo obrigatório o reajuste, nesse caso, até 60% de variação acumulada do IPC, assegurada a negociação dos restantes 40% (artigo 2º).
> A sistemática adotada, portanto, era a de apurar-se, ao fim de cada mês, a variação acumulada do IPC. Caso atingisse 20%, reajustava-se o vencimento nessa base. Se ultrapassasse de 20%, o excedente seria computado nos cálculos subsequentes. Vale dizer, nos 12 meses subsequentes ao da data-base, o reajuste era de 20% ao mês, fosse o caso, o que excedesse seria concedido na data-base; obrigatoriamente, 60% e, negociadamente, os

> restantes 40%. Se durante esse período de 12 meses, a variação acumulada não alcançasse os 20%, o percentual apurado serviria para o reajuste na data-base: 60% obrigatoriamente e 40% negociados"

Em seu art. 5º, o Decreto-Lei 2.302, de 21-11-86, dispôs:

> Art. 5º. Nos reajustes salariais procedidos na data-base e nos reajustes automáticos previstos no art. 1º, serão compensados, salvo acordo expresso em contrário, os aumentos salariais, espontâneos ou compulsórios, verificados no curso do período de 12 (doze) meses precedentes, exceto os resultantes de (...)

No RE 146.749-DF, Pleno, *DJ* de 18-11-94, em que se questionou o reajuste de vencimentos de servidores públicos pela Unidade de Referência de Preços (URP), nos meses de abril e maio de 1988, Moreira Alves consignou a tese prevalecente:

> No caso, sendo de aplicação imediata o artigo 1º, *caput*, do Decreto-Lei 2.425/88, e estabelecendo ele, apenas, que o reajuste mensal previsto no art. 8º do Decreto-Lei 2.335/87 não se aplicaria nos meses de abril e maio de 1988 (o que implica dizer que ele não determinou a redução dos vencimentos a que os servidores já faziam jus, mas apenas estabeleceu que aquele reajuste não seria aplicado nos referidos meses), os funcionários têm direito apenas ao reajuste, calculado pelo sistema do art. 8º, § 1º, do Decreto-Lei 2.335, com relação aos dias do mês de abril anteriores ao da publicação desse Decreto-lei (ou seja, os sete primeiros dias do mês de abril de 1988, uma vez que o referido art. 1º, *caput*, entrou em vigor no dia 8 de abril de 1988, data em que foi publicada, pois não sofreu alteração na republicação feita no dia 11 do mesmo mês), bem como ao de igual valor, não cumulativamente, no mês de maio seguinte.

Por sua vez, o Decreto-Lei 2.335, de 12-6-87, no art. 8º, dispôs:

> Art. 8º Fica assegurado aos trabalhadores, a título de antecipação, o reajuste mensal dos salários, inclusive do salário mínimo, pensões, proventos e remunerações em geral, em proporção idêntica à variação da Unidade de Referência de Preços (URP), excetuado o mês da data-base.

E, no parágrafo único do art. 9º, tem-se:

> Parágrafo único. Nas revisões salariais ocorridas nas datas-base, serão compensadas as antecipações, referidas no artigo 8º, recebidas no período de 12 meses que lhe sejam imediatamente anteriores.

Também, o Decreto-Lei 2.425, de 7-4-88, nos arts. 1º e 5º, respectivamente, prescreve:

> Art. 1º. O reajuste mensal previsto no art. 8º do Decreto-Lei 2.335, de 12 de junho de 1987, ressalvado o disposto no art. 2º deste decreto-lei, não se aplica, nos meses de abril e maio de 1988, aos salários, vencimentos, soldos, proventos, pensões e demais remunerações (...)
>
> Art. 5º Na revisão salarial, a ocorrer na data-base, serão compensados os efeitos da não aplicação da URP em decorrência do disposto neste decreto-lei.

No que tange à aplicação aos vencimentos dos servidores da URP de fevereiro de 1989, o Plenário acompanhou os termos do voto de Moreira Alves, no RE 159.130/DF, *DJ* de 2-12-94:

> O pretenso direito adquirido ao reajuste em causa se baseia em regime jurídico revogado antes da fluência do mês de fevereiro de 1989, uma vez que a legislação que o instituiu foi revogada expressamente pela Medida Provisória 32, de 15 de janeiro de 1989, convertida na Lei nº 7.730, de 31 de janeiro de 1989, que entrou em vigor na data da sua publicação em 1º de fevereiro de 1989.

Sobre a limitação à data-base, o Enunciado 322 do TST bem explicita a situação: "Os reajuste salariais decorrentes dos chamados gatilhos e URPs, previstos legalmente como antecipação, são devidos tão-somente até a data-base de cada categoria" (Res. Adm. 14/93, *DJ* de 21-12-93). Restou assente nesse julgado:

> A Seção de Dissídios Individuais II desta Corte já pacificou entendimento consoante com a decisão embargada, consubstanciado na Orientação Jurisprudencial 35:
>
> > "Ação Rescisória. Planos Econômicos. Coisa Julgada. Limitação à data-base na fase de execução. Não ofende a coisa julgada a limitação à data-base da categoria, na fase executória, da condenação ao pagamento de diferenças salariais decorrentes de planos econômicos, quando a sentença exequenda silenciar sobre a limitação, uma vez que a limitação decorre de norma cogente. Apenas quando a sentença exequenda houver expressamente afastado a limitação à data-base é que poderá ocorrer ofensa à coisa julgada." (Fls. 72-73.)

A jurisprudência do STF, já na ADI 1.098, Relator o Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 25-10-96, firmou entendimento sobre os limites da atuação do administrador público, nos processos de precatório, firmando tese no seguinte sentido:

> *Precatório – Atualização de valores – Erros materiais – Inexatidões – Correção – Competência.* Constatado erro material ou inexatidão nos cálculos, compete ao Presidente do Tribunal determinar as correções, fazendo-o a partir dos parâmetros do título executivo judicial, ou seja, da sentença exequenda.

Na fundamentação do acórdão da referida ação direta de inconstitucionalidade (ADI 1.098), os limites da atuação do Presidente de Tribunal, no que tange à sua competência nos processos administrativos de precatórios, foram expressamente consignados:

> (...) Regulam esses preceitos a tramitação do precatório. A competência outorgada ao Presidente do Tribunal, pelo *caput* do artigo, decorre da previsão contida no § 2º do art. 100 da Carta Política da República. O Presidente do Tribunal é o juiz natural e, portanto, competente para proferir decisões relativas aos parâmetros objetivos do precatório a serem elucidados e fixados já em nível de tribunal.
>
> "I – expedir instruções necessárias a regular tramitação dos precatórios;"
>
> O preceito dispensa comentários. O Presidente da Corte atua segundo as normas constitucionais e legais, exsurgindo entre estas, as do Regimento Interno. Evidentemente, além das estabelecidas, por vezes surge a necessidade de instruções

visando à tramitação regular dos precatórios. Em nada o preceito conflita com a Carta da República.

"III – ordenar, de ofício ou a requerimento da parte, a correção de inexatidões materiais ou a retificação de erros de cálculo;"

Embora a norma exsurja clara, direcionando tão somente ao afastamento, por ordem do Presidente da Corte, de inexatidões materiais ou *erros de cálculo (revelados pelo descompasso entre o teor da sentença de liquidação e normas legais aplicáveis à espécie)* este Colegiado, quando do exame do pedido de concessão de liminar, pronunciou-se por uma melhor explicitação. Evoluo para assim estabelecer, conferindo ao preceito a interpretação de que as inexatidões materiais e as retificações por erros de cálculo, a que se referem o dispositivo, são aquelas originariamente decorrentes da atualização.

Neste sentido é o meu voto.

(Fls. 49-50 da ADI 1.098.)

A decisão parâmetro indicada na presente reclamação é a da medida liminar na ADI 1.662 (fl. 11), a qual, por sua vez, faz referência à ADI 1.098 acima transcrita, tendo registrado que:

(...)

4.1 Com relação ao item VIII, b, segundo o qual "ao Presidente do Tribunal Regional compete: (...) b) determinar de ofício ou a requerimento das partes, a correção de inexatidões materiais ou a retificação de erros de cálculo", ressalvo que a correção referida está circunscrita às diferenças resultantes de erros materiais ou aritméticos ou de inexatidões dos cálculos dos valores dos precatórios, não podendo alcançar o critério adotado para a elaboração dos cálculos nem a adoção de índices de atualização monetária diversos dos que foram utilizados na primeira instância.

Faço essa ressalva porque, como lembrado nos debates, foi esse o entendimento adotado pelo Plenário deste Tribunal ao julgar, na sessão de 11-9-96, a ADI 1.098/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, na parte em que examinou o art. 337, III, VI e VII, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Defiro a liminar, em parte, tão somente para dar interpretação conforme o item VIII, *b*, da Instrução Normativa, tendo em vista o precedente.

(Fl. 159 da ADI 1.662.)

Nos debates, por ocasião do julgamento da referida ADI 1.662, o entendimento desta Corte ficou assentado nos seguintes termos:

O Sr. Ministro Ilmar Galvão: Sr. Presidente, no inciso VIII, *b*, temos, então, uma autorização dada ao Presidente do Tribunal para retificar os erros de cálculo. Essa matéria já foi aqui discutida no caso do ato do Tribunal de São Paulo. Ficamos somente em inexatidões materiais.

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Presidente): O precatório, aqui, já incorporou algo que constitui a nossa jurisprudência. Está na competência do Presidente do Tribunal a retificação no âmbito do Tribunal de erros materiais.

O Sr. Ministro Ilmar Galvão: Sim, mas correção de inexatidões materiais.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Mas a grande discussão era se o Presidente poderia considerar erro a ser corrigido que no cálculo se utilizasse, por exemplo, o BTN e não o IPC: aí, dissemos que não. Se o juiz mandou corrigir por um índice, o Presidente não pode alterá-lo: foi interpretação conforme que adotamos.

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Presidente): Fui o Relator de um dos feitos. Na decisão deu-se uma interpretação conforme ao provimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, limitando-se a competência do Presidente a retificações de erros materiais.

O Sr. Ministro Ilmar Galvão: Mas aí é que está: inexatidões materiais. Então, erro de cálculo deve ser outra coisa. Acho que se deveria deixar claro, porque senão o Tribunal vai realizar novos cálculos a propósito de impropriedade de índice.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Tanto é que o Tribunal não pode corrigir os critérios do cálculo, mas apenas a sua operação.

O Sr. Ministro Ilmar Galvão: Julgo parcialmente inconstitucional para dar a interpretação de que esses erros de cálculos devem ser apenas erros materiais, e não erros ligados a critérios de emprego de índice.

(Fls. 168-169 da ADI 1.662.)

Da decisão proferida na ADI 1.662 resta claro, portanto, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal nela fixado é o de que, em sede de precatório, o Administrador Público [que no caso dos autos é o Presidente de Tribunal Regional da 16ª Região da Justiça Trabalhista] somente está autorizado a alterar os cálculos com a finalidade de corrigir erros materiais e/ou aritméticos, não tendo competência para discutir e/ou modificar os critérios que foram adotados para a sua elaboração pelo juiz natural da causa.

Dos debates nas referidas decisões depreende-se que a preocupação desta Corte era proteger a coisa julgada, não admitindo que fosse reaberta a discussão, em sede de precatório, sobre índices de correção monetária. Aquilo que estivesse posto na decisão exequenda deveria ser respeitado pelo administrador.

Registre-se que, no caso dos autos, a discussão gira em torno de uma questão que não foi expressamente debatida nas referidas decisões desta Corte: a obrigatória observância, por parte do administrador público, da legislação específica regente da questão de fundo. Ainda que o título executivo tenha silenciado sobre a questão da limitação da condenação à data-base da categoria, por tratar-se de legislação regente dos planos econômicos deferidos, verifica-se que se tratava de comando implícito, de observância obrigatória pelo administrador.

Assim sendo, verifica-se que o acórdão reclamado não afrontou o comando da decisão desta Corte tomada na ADI 1.662, pois não determinou alteração do critério para os cálculos, em sede de precatório, nem muito menos promoveu incidência de índice de correção diverso do que fora utilizado pelo juiz natural da causa, mas tão somente admitiu a retificação da conta com a finalidade de adequá-la às normas legais que regulavam as diferenças salariais decorrentes dos planos econômicos (amplamente mencionadas supra), as quais, podem ser consideradas comandos implícitos do próprio título exequendo. Esta questão última questão, a meu ver, não foi objeto de decisão desta Corte na ADI 1.662, indicada como afrontada nesta reclamação.

Em face do exposto, com a devida vênia dos que entenderam diferentemente, **julgo improcedente** a reclamação, cassando a liminar anteriormente concedida.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, verifico que há uma divergência qualificada.

Na realidade, no voto que o Ministro **Marco Aurélio** proferiu anteriormente, na outra reclamação, Sua Excelência julgou improcedente a questão porque não via confronto no que concerne à Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.662, constando que o tema era completamente diverso.

Neste caso, a ADI 1.662 diz respeito, especificamente, à alínea *b* do item VIII da resolução impugnada na ocasião, exatamente relativa à correção de ofício, a requerimento das partes, de erro material.

Vossa Excelência entende que, no caso, não se tratou da correção com determinação e elaboração de novos cálculos, mas, sim, de adequação dos cálculos elaborados à norma legal. Nessa consequência, não teria havido violação da ADI 1.662.

Entendo que, realmente, há, sim, violação do que decidido na ADI 1.662, porque houve a determinação específica do acórdão no sentido de serem refeitos os cálculos com mudança de critérios, independentemente de estar essa determinação vinculada à observância de qualquer tipo de norma legal. O cálculo já havia sido feito e não havia indicação de nenhum erro material.

Com esses fundamentos, peço vênia a Vossa Excelência para acompanhar o voto do Ministro **Nelson Jobim** e julgar procedente a reclamação.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, peço vênia ao Ministro Menezes Direito para, dadas as particularidades do caso, acompanhar Vossa Excelência enquanto Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, voltamos ao binômio segurança jurídica e justiça. Sob o ângulo da justiça, não teria a menor dúvida em placitar o pensamento de Vossa Excelência, porquanto os planos econômicos cogitaram de reposição antecipada do poder aquisitivo, visando ao acerto na data-base da categoria, no caso em exame a dos servidores públicos federais.

Houve a prolação de sentença – e não estamos a julgar, em grau revisional, a reclamação trabalhista. No título executivo judicial, não ficou explicitada, ao cogitar-se de prestações vincendas, a data-limite dessas prestações.

No âmbito do processo, partiu-se para a liquidação do título e foi proferida sentença, levando em conta os cálculos efetuados, que poderia, muito bem, vir a merecer impugnação do devedor, do executado, daquele que constou do título como obrigado a satisfazer a quantia versada nesse mesmo título. Essa sentença transitou em julgado. Indago: seria possível, presente o predicado segurança

jurídica, ressuscitar a matéria quando do cumprimento do precatório? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa. Evidentemente, o pleito do devedor não poderia ganhar contornos de verdadeira ação rescisória, considerado o título primitivo – a decisão de mérito –, e de ação rescisória contra a decisão alusiva à liquidação desse mesmo título. Daí o parecer da Procuradoria Geral da República pela procedência do pleito formulado na reclamação e o voto do relator, ministro Nelson Jobim, em idêntico sentido.

Peço vênia a Vossa Excelência e aos colegas que o acompanharam para subscrever esse voto, entendendo que houve, sim, o desrespeito ao que assentado pelo Plenário na ADI 1.662-7/SP, no que se foi adiante não para estipular índices diversos de correção, mas para rever, até mesmo, a decisão trânsita em julgado – quer a decisão primitiva, quer a da liquidação – e afastar-se dos cálculos efetuados certas parcelas.

Julgo procedentes os pedidos formulados nas duas reclamações.

Agora, quanto à matéria de fundo, se eu estivesse a me pronunciar em recurso extraordinário, chegaria, até mesmo, à percepção da – e aquela sentença primitiva deveria ter sido embargada para se explicitar a data-limite da obrigação quanto às prestações vincendas – limitação correspondente à data-base.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Aqui, o problema que se coloca, na sentença, é que não houve essa fixação – e a lei reclamava essa fixação, era esse o espírito. Daí o próprio TST ter fixado essa orientação a fim de que esse recálculo pudesse ser feito mesmo em sede da sentença.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A decisão de liquidação – e essa é a premissa de meu voto – transitou em julgado. Não houve reversão, não se reformaram os cálculos efetuados.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim. Nós estamos falando de uma época em que a própria Advocacia Pública, no caso as Procuradorias autárquicas, ou seja, essas instituições não logravam fazer as devidas impugnações. São aqueles casos em que de fato as ações corriam perante a Justiça do Trabalho – e nesse caso não houve o recurso devido –, mas a fixação da sentença era no sentido de mandar aplicar a lei. Ora, mandar aplicar a lei significava fazer depois o desconto da data-base. É essa a orientação que tem presidido todo decisório do TST.

De modo que manterei essas minhas ressalvas em relação à ADI 1.662.

EXTRATO DA ATA

Rcl 2.267/MA — Relator: Ministro Nelson Jobim. Relator para o acórdão: Ministro Menezes Direito (art. 38, IV, *b*, do RISTF). Reclamantes: Maria Alderina Oliveira Maranhão e outros (Advogados: José Guilherme Carvalho

Zagallo e outros). Reclamado: Tribunal Superior do Trabalho. Interessado: Universidade Federal do Maranhão – UFMA (Advogados: Durval Soares da Fonseca Júnior e outros e Advogado-Geral da União).

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes, justificadamente, nos termos do § 1º da Resolução 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 9-12-04.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a reclamação, vencidos os Ministros Gilmar Mendes (Presidente), Ricardo Lewandowski e Ellen Gracie. Redigirá o acórdão o Ministro Menezes Direito. Não votou a Ministra Cármen Lúcia por suceder ao Ministro Nelson Jobim, Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello, Carlos Britto e Eros Grau.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 4 de março de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AGRAVO REGIMENTAL NO INQUÉRITO 2.706 — BA

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Agravante: Márcia Carvalho de Mendonça — Agravado: Ministério Público Federal — Indiciado: Uldurico Alves Pinto

Agravo regimental. Inquérito. Desmembramento. Possibilidade. Art. 80 do Código de Processo Penal. Elevado número de indiciados e complexidade da causa.

1. Na forma de inúmeros precedentes da Suprema Corte, o elevado número de agentes e de condutas demandam complexa dilação probatória a justificar o desmembramento do feito requerido pelo Ministério Público Federal, ressaltando-se que apenas um dos vinte e três indiciados detém prerrogativa de foro por ser Deputado Federal (art. 80 do Código de Processo Penal).

2. Agravo regimental desprovido.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 14 de agosto de 2008 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Agravo regimental interposto por Márcia Carvalho de Mendonça contra decisão de fls. 3629 a 3634, de minha lavra, na qual acolhi o desmembramento do feito requerido pelo Procurador-Geral da República, assim fundamentada:

> Inquérito policial instaurado, contra o Deputado Federal Uldurico Alves Pinto e outros, no qual se busca apurar eventual prática de crimes contra a administração pública.
>
> Aberta vista ao Ministério Público Federal (fl. 3621), a ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. **Cláudia Sampaio Marques** manifestou-se nos termos seguintes:
>
> "*O Ministério Público Federal*, em atenção ao despacho de fls. 3621, vem expor e requerer o seguinte.
>
> 2. Trata-se de investigação instaurada para apurar a suposta prática de crimes contra a Administração Pública pelo Deputado Federal *Uldurico Alves Pinto* e por *José Ubaldino Alves Pinto Júnior, Alberto Caires de Souza, Walne Caires Lima, Lúcio Caires, Luciana Martins de Melo, José Luis Ferreira, Washington César Gonçalves Aguiar, Valmirete Souza dos Santos,*

João Álvaro das Virgens, Frankslane Silva Marques, Jucleber Gonzaga de Souza, Leonardo dos Santos Braga, André Dórea da Silva, Joelma Dias de Souza, Márcia Carvalho de Mendonça, Evanilda Barbosa Braga, Jadilson Silva de Morais, Jailton Silva de Morais, José Carlos Souza Nascimento, Asdrúbal Fortunato da Silva Júnior, Luis Weber e Enildo R. Gama.

3. O procedimento teve por base, inicialmente, as declarações de *Joselita Teixeira da Silva* e *Péricles Teixeira dos Santos*, que afirmaram terem descoberto, após uma tentativa de recadastrar seus respectivos CPFs junto a uma casa lotérica, que seus nomes figuravam no quadro societário da *Agência Brasileira de Propaganda Ltda*., cujo nome de fantasia é *Jornal O Diário* (fls. 6/10).

4. Através de exame grafotécnico comprovou-se que não era de *Péricles Teixeira dos Santos* a assinatura constante na 'Primeira Alteração Contratual' da *Agência Brasileira de Propaganda Ltda*., pela qual lhe foram transmitidas todas as cotas da empresa (fls. 12/14). Posteriormente, vários depoentes afirmaram que o Jornal, de fato, pertencia ao então Prefeito de Porto Seguro, *José Ubaldino Alves Pinto Júnior*, que transferiu a sua direção ao Deputado Federal *Uldurico Alves Pinto* (fls. 102/104).

5. Seguiu-se a execução de mandados de busca e apreensão, simultaneamente realizada em seis localidades, onde foram recolhidos materiais diversos, entre eles documentos de empresas licitantes, carimbos, computadores e disquetes, que apontaram para a prática de desvio de verbas públicas, criação de empresas 'fantasmas', fraudes em licitações e concursos, dentre outras condutas ilícitas atribuídas a gestores, funcionários da prefeitura e empregados do Jornal '*O Diário*' (fls. 21/43).

6. Foram ouvidos os depoimentos de *Juliana Guimarães Rosa* (fls. 45/48), *Anna Karolyne Przozwski Meirelles* (fls. 49/52), *Washington César Gonçalves Aguiar* (fls. 53/57), *José Luiz Ferreira* (fls. 63/67), *Jadilson Silva de Morais* (fls. 68/72 e 342/345), *Edna de Assis Silva Alves* (fls. 90/91), *Gerivando Teixeira dos Santos* (fls. 92/95), *Amílcar França Pinto* (fls. 97/99), *João Teixeira dos Santos* (fls. 102/104), *Patrícia Souza Nascimento* (fls. 105/107), *José Carlos Souza Nascimento* (fls. 108/110), *Manoel Marques da Silva* (fls. 136/139), *Luiz Weber* (fls. 150/154 e 204/205), *Valmirete Souza dos Santos* (fls. 161/163), *Frankslane Silva Marques* (fls. 164/168), *Josemir Tadeu Fonseca de Moura* (fls. 172/175), *Joelma Maria Teles Cancela* (fls. 176/179), *Conceição do Monte Serrat Cerqueira Ribeiro dos Santos* (fls. 182/184), *Jailton Silva de Morais* (fls. 191/193), *Jucleber Gonzaga de Souza* (fls. 199/202), *Reinaldo Santos Lima* (fls. 209/210), *Joelma Dias de Souza* (fls. 217/218), *Evanilda Barbosa Braga* (fls. 314/316) e *Ernon Ribeiro da Silva* (fls. 535/536).

7. Em seu depoimento, às fls. 1895/1903, o Deputado Federal *Uldurico Alves Pinto* reservou-se o direito de somente prestar informações em juízo.

8. Juntaram-se, ainda, 22 (vinte e dois) laudos técnicos referentes aos materiais apreendidos: nº (fls. 302/311), nº 0553 (fls. 348/359), nº 0588 (fls. 361/383), nº 595 (fls. 544/551), nº 0621(fls. 553/560), nº 0622 (fls. 562/568), nº 0687 (fls. 570/576), nº 697 (fls. 578/581), nº 0696 (fls. 583/616), nº 0713 (fls. 1169/1182), nº 0718 (fls. 1184/1197), nº 0763 (fls. 1199/1200), nº 769 (fls. 1208/1212), nº 0972 (fls. 1214/1223), nº 0555 (fls. 1782/1788), nº 0129 (fls. 1965/1971), nº 0204 (1991/1998), nº 0237 (fls. 2023/2030), nº 0430 (fls. 2280/2291), nº 0685 (fls. 2352/2359), nº 0797 (fls. 2689/2771) e nº 0251 (fls. 3499/3508).

9. Através das declarações prestadas e documentos juntados emergiram diversas condutas que apontam para a existência de uma verdadeira organização criminosa, caracterizada pela determinação das funções de seus agentes. Com relação ao parlamentar, os indícios apontam para a prática de vários ilícitos, conforme relata a Delegada de Polícia Federal, às fls. 1885:

> '(...) donde se insere que o interrogado encabeçou esquema de malversação de verbas públicas direcionadas à secretaria de saúde, da qual foi gestor, utilizando-se, para tanto de licitações forjadas, com empresas fantasmas constituídas em nome de 'laranjas', constando sua assinatura nos cheques destinados ao pagamento dos supostos fornecedores; utilizou-se de verbas públicas para o pagamento dos funcionários e das despesas de empresa particular da qual era dono de fato, qual seja, o Jornal *O Diário*; obteve vantagens ilícitas em razão da função exercida; contratou sem a utilização do procedimento legal dos concursos públicos; utilizou-se de dados de terceiros, sem a devida autorização, para a constituição de referidas empresas 'fantasma', gerando prejuízos aos 'laranjas' que até hoje têm em seu nome vinculado a dívidas alheias e tiveram cancelado seu Cadastro de Pessoa Física em virtude de débitos com o Fisco; ocultou a origem ilícita das verbas públicas desviadas em proveito próprio ou alheio; ordenou a reutilização de materiais descartáveis e equipamentos odontológicos, expondo em risco a vida de pessoas; e associou-se com o fim específico de desviar verbas públicas em interesse próprio ou de outrem.'

10. Ademais, os laudos técnicos indicam o possível desvio de R$ 8.219.710,97 (oito milhões, duzentos e dezenove mil, setecentos e dez reais e noventa e sete centavos) através de cheques emitidos pela *Prefeitura de Porto Seguro* durante a gestão do indiciado *José Ubaldino Alves Pinto Júnior*, apenas nos anos de 2002 e 2003 (fls. 2689/2771).

11. Verifica-se, portanto, que o presente procedimento necessita de complexa dilação probatória, prejudicada pelo grande número de agentes e condutas. Figuram como indiciados nada menos do que 23 (vinte e três) pessoas e apenas uma delas possui prerrogativa de foro nesse Tribunal.

12. Em situações como esta, esse Tribunal tem admitido o desmembramento do processo, dando como justificativa, dentre outros relevantes fundamentos, a conveniência da instrução penal (AP 336-AgR, *DJ* de 10.12.2004) e a necessidade de racionalização dos trabalhos do judiciário (AP 351, *DJ* de 17.9.2004).

13. O fundamento legal tem sido o art. 80 do CPP, que expressamente admite a possibilidade de desmembramento quando, 'pelo excessivo número de acusados (...) Ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação'.

14. Nestes autos, a competência *ratione personae* dessa corte somente se dá em razão de ter sido indiciado o Deputado Federal *Uldurico Alves Pinto*, não existindo outra razão que justifique a permanência de tantos acusados, sem prerrogativa de foro, sendo processados perante a Suprema Corte.

15. A providência ora preconizada coaduna com os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, que reconhecem o caráter facultativo da reunião de processos (HC n.º 73.423-RJ, Rel. Min. *Francisco Rezek*; PETQO 2.020/MG, Rel. Min. *Néri da Silveira*, *DJU* de 31.08.2001; PET 3.100-TO, Rel. Min. *Carlos Velloso*, *DJ* 13.04.2004).

16. Observa-se, por derradeiro, que o disposto no art. 80 do CPP não delimita em que fase (extraprocessual ou processual) deva ser feita a separação dos processos.

17. Ante o exposto, o Ministério Público Federal requer o desmembramento do feito, para que figure como indiciado, nestes autos, tão somente, o Deputado Federal *Uldurico Alves Pinto*, extraindo-se cópia do processo para remessa à Vara Única da Subseção Judiciária de Eunápolis/BA, para prosseguimento em relação aos demais. Pede, ainda, considerando que se trata de investigação criminal, que o presente feito seja autuado como inquérito."

(Fls. 3623 a 3627.)

Decido.

Entendo ser plenamente cabível o desmembramento do feito para que figure como indiciado nesta Corte apenas o Deputado Federal Uldurico Alves Pinto, o que é conveniente para a instrução.

Com efeito, o elevado número de agentes e condutas demandam complexa dilação probatória a justificar o desmembramento do feito requerido pelo Ministério Público Federal, à fl. 3627, ressaltando-se que apenas um dos vinte e três indiciados detém prerrogativa de foro por ser Deputado Federal.

Nesse sentido, confira-se:

"(...) Conflito de competência. 2. Acusação de participação de cerca 2.000 integrantes da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais em fatos ocorridos entre os dias 13 a 24 de junho de 1997, em belo horizonte, de possível caráter delituoso. 3. Hipótese de aplicação do art. 80 do Código de Processo Penal, justificando-se o desmembramento dos processos em face do excessivo número de acusados. 4. Competência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais para o processo e julgamento dos policiais investidos em mandato de Deputado Estadual, devendo os demais ser remetidos à primeira instância da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais."

(Pet 2.020-QO/MG, Relator o Ministro **Néri da Silveira**, *DJ* de 31-8-01.)

"*Constitucional. Processual penal. Penal. Crime de quadrilha. Foro por prerrogativa de função. Separação dos processos. CPP, art. 80. Número excessivo de acusados. Prejuízo da defesa: inexistência.*

I – O fato de um dos corréus ser Deputado Federal não impede o desmembramento do feito com base no art. 80 do Código de Processo Penal.

II – A possibilidade de separação dos processos quando conveniente à instrução penal é aplicável também em relação ao crime de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal).

III – Agravos não providos."

(AP 336-AgR/TO, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, *DJ* de 10-12-04.)

E ainda: Inq 2.513/MG, decisão monocrática, de minha relatoria, *DJ* de 16-10-07; Inq 2.486/AC, decisão monocrática, Relator o Ministro Carlos Britto, *DJ* de 21-5-07; e Pet 3.554/RJ, decisão monocrática, Relator o Ministro **Carlos Britto**, *DJ* de 31-3-06, entre outros.

Ante o exposto, adotando, também, os fundamentos apresentados pelo Ministério Público Federal, defiro o desmembramento do feito, para que somente o Deputado Federal Uldurico Alves Pinto seja processado perante este Supremo Tribunal.

Remeta-se cópia integral dos presentes autos ao Juízo da Vara Única da Subseção Judiciária de Eunápolis/BA, para que prossiga com o feito em relação aos demais investigados que não detêm foro privilegiado.

(Fls. 3629 a 3634 – Grifos no original.)

Alega a agravante que o Supremo Tribunal Federal é competente, originariamente, para processar e julgar, nas infrações penais comuns, não apenas o Deputado Federal Uldurico Alves Pinto, como também todos os demais indiciados, em virtude das relações de conexão ou de continência entre as imputações atribuídas a eles. Apoia-se em julgados desta Suprema Corte e no enunciado da Súmula 704/STF.

Assevera, ainda, que o art. 80 do Código de Processo Penal faculta ao juiz da causa apenas o desmembramento da ação, mas não a declinação da competência para a continuidade do processamento e julgamento, "ou seja, nos termos do artigo 80 do Código de Processo Penal, **separados os processos, eles devem continuar a tramitar perante o mesmo juízo!**" (fl. 3639 – grifo no original). Menciona o HC 91.895/SP, Primeira Turma, de minha relatoria, julgado em 1º-4-08.

Sustenta a inconveniência do desmembramento para a administração da justiça, ressaltando, inclusive, o risco de ter-se, por via transversa, a usurpação da competência desta Suprema Corte.

Por fim, alega que, caso se repute válido o desmembramento, a cópia dos autos deve ser remetida ao Juízo Estadual da Comarca de Porto Seguro/BA, e não ao Juízo Federal da Subseção Judiciária de Eunápolis/BA.

Requer, ao final, que:

> (...)
> (**a**) determine a unidade do inquérito policial, de modo que prossigam, exclusivamente sob a supervisão dessa Excelsa Corte Suprema – STF, as investigações voltadas à apuração das imputações conexas e continentes dirigidas a todos os indiciados, inclusive a agravante;
> (**b**) ou, se assim não entender, ordene a remessa de cópia dos autos do inquérito policial ao **Juízo da Comarca de Porto Seguro, da Justiça do Estado da Bahia**, para supervisão das diligências de investigação (...)
> (Fls. 3641/3642 – Grifos no original.)

O Ministério Público Federal, pelo parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques, aprovado pelo Procurador-Geral, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, manifestou-se pelo desprovimento do agravo regimental (fls. 3649 a 3652).

Por não ter o agravo regimental efeito suspensivo, determinei o imediato cumprimento da decisão agravada (fl. 3654).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Conforme relatado, a agravante volta-se contra a decisão pela qual determinei o desmembramento do feito para que somente o Deputado Federal Uldurico Alves Pinto continue sendo processado e julgado nesta Suprema Corte.

A meu sentir, a decisão agravada não merece reparos.

A agravante sustenta, inicialmente, que esta Suprema Corte é o tribunal competente para processar e julgar todos os indiciados envolvidos nos fatos ora investigados, em virtude da conexão ou da continência entre eles, pretensão esta que esbarra na orientação jurisprudencial desta Corte, fartamente demonstrada na decisão ora agravada.

Naquela decisão, afirmei que "o elevado número de agentes e condutas demandam complexa dilação probatória a justificar o desmembramento do feito requerido pelo Ministério Público Federal, à fl. 3627, ressaltando-se que apenas um dos vinte e três indiciados detém prerrogativa de foro por ser Deputado Federal".

A decisão ora questionada está em perfeita consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte sobre a matéria, que em diversos julgados já enfatizou revelar-se plenamente possível, presente as razões que o justificam, o desmembramento de feitos com apoio no art. 80 do Código de Processo Penal (nesse sentido: HC 63.265/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Francisco Rezek**, *DJ* de 25-10-85; Pet 2.020-QO/MG, Relator o Ministro **Néri da Silveira**, *DJ* de 31-8-01; AP 351/SC, Plenário, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, *DJ* de 17-9-04; AP 336-AgR/TO, Plenário, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, *DJ* de 10-12-04; HC 91.347/RJ, Plenário, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, *DJ* de 14-9-07; Inq 2.513/MG, decisão monocrática, de minha relatoria, *DJ* de 16-1-/07; Inq 2.486/AC, decisão monocrática, Relator o Ministro **Carlos Britto**, *DJ* de 21-5-07; entre outros).

Com efeito, não há nenhum óbice jurídico para que o relator do inquérito proceda ao desmembramento quando entender conveniente à instrução criminal e ao bom andamento do processo, visando sempre dar celeridade e eficácia à pretensão punitiva do Estado. Frise-se, a decisão ora questionada tem fundamento legal e jurisprudencial, pautou-se em extenso arrazoado do Ministério Público Federal, que, entre outras questões, opinou pelo desmembramento do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se no mesmo sentido. Confira-se:

> (...)
> 8. Conforme acentuado no parecer de fls. 3623/3627, o presente inquérito conta 23 (vinte e três) indiciados, dos quais apenas o Deputado Federal *Uldurico Alves Pinto* possui prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal, não existindo razão para que os demais sejam processados no foro de prerrogativa.
> 9. Aplica-se, portanto, o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal no sentido de que "a regra do art. 79 do Código de Processo Penal – competência por conexão ou continência – é abrandada pelo teor do art. 80 do Código de Processo Penal (...)".
> 10. A decisão agravada observou com rigor os ditames do Código de Processo Penal, que admite a separação de processos em nome da conveniência da instrução, ante o elevado número de réus e complexidade da dilação probatória. Ressalte-se, ademais, que, demonstrada sua conveniência, a separação do processo pode ser adotada a qualquer momento, seja na fase investigatória, seja na judicial. (Fls. 3650/3651.)

O fato é que o inquérito que já tramita contra a agravante, juntamente com mais 21 acusados, no Juízo Federal da Subseção Judiciária de Eunápolis/BA, tem regular processamento, o que demonstra, na verdade, a intenção da defesa em obstruir a devida marcha processual daquele processo e a do inquérito que tramita nesta Suprema Corte, prática inadmitida no nosso sistema processual-constitucional.

Cumpre advertir, ainda, que o entendimento firmado nos precedentes trazidos pela agravante, assim como no enunciado da Súmula 704/STF ("não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados"), não impõem uma regra de competência ao Supremo Tribunal Federal, mas, tão somente, uma possibilidade de corréus que não detenham prerrogativa de foro serem processados e julgados nesta Suprema Corte, quando conveniente a reunião dos processos.

Por outro lado, pertinente é o desmembramento do feito quando conveniente à instrução penal, como assentado em diversos precedentes da Suprema Corte e assinalado na decisão agravada, o que é bastante para amparar a decisão.

No que concerne à alegação de que o art. 80 do Código de Processo Penal faculta ao juiz da causa apenas o desmembramento da ação, mas não a declinação da competência para a continuidade do processamento e julgamento, é totalmente desprovida de fundamento jurídico.

Ora, havendo o desmembramento do processo, deixa de existir o motivo pelo qual os demais indiciados sem prerrogativa de foro estavam sendo processados e julgados nesta Suprema Corte. Aliás, admitir essa hipótese afrontaria o princípio do juiz natural, já que o juízo competente para processá-los e julgá-los volta a ser o de 1º grau. Esse entendimento foi firmado no HC 91.174/RJ, Plenário, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, *DJ* de 21-9-07, lembrado pela ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. **Cláudia Sampaio Marques**.

Registro não ser aplicável o entendimento assentado no julgamento do HC 91.895/SP, de minha relatoria, como pretende a agravante, pois, naquele caso, tratava-se de processos que deveriam ser distribuídos a um mesmo juízo natural prevento. Não se trata, na espécie, de inquérito que tramitará contra a agravante em juízo incompetente, ou seja, o presente agravo regimental não tem a finalidade de assegurar à agravante o direito de ser julgada perante o juízo natural para a causa penal. O Supremo Tribunal Federal é o órgão competente para processar e julgar o parlamentar Uldurico Alves Pinto, assim como a Justiça Federal de 1º Grau é a competente para processar e julgar a agravante pelos crimes narrados na peça acusatória, pelo menos pelo que foi até então apurado.

Por fim, relativamente ao que se alega sobre a remessa de cópia dos autos ao Juízo Estadual da Comarca de Porto Seguro/BA, e não ao Juízo Federal da Subseção Judiciária de Eunápolis/BA, não tenho como viável tal pretensão. Conforme bem lembrado pelo Ministério Público Federal, "quaisquer questões relativas à incompetência da Justiça Federal deverão ser suscitadas perante o

juízo de origem, qual seja a vara única da Subseção Judiciária de Eunápolis/BA, para o onde o feito será remetido após o desmembramento" (fl. 3652).

A pretensão, portanto, sob todas as luzes, tangencia o intuito meramente protelatório, o que deve ser ressaltado e expressamente repelido diante da necessidade de acelerar o andamento do processo e de garantir a aplicação da lei penal, ausente, flagrantemente, qualquer prejuízo ao direito de ampla defesa.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, creio que chegará o dia em que somente serão mantidos no Tribunal inquéritos e processos criminais que envolvam os detentores de prerrogativa de foro.

Por isso, folgo em perceber a visão do Ministro Menezes Direito sobre a matéria, no sentido do desmembramento.

EXTRATO DA ATA

Inq 2.706-AgR/BA — Relator: Ministro Menezes Direito. Agravante: Márcia Carvalho de Mendonça (Advogado: Wladimir Tavares Chaves). Agravado: Ministério Público Federal. Indiciado: Uldurico Alves Pinto (Advogados: Sandra Frota Albuquerque Dino de Castro e Costa e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso de agravo. Ausente, justificadamente, o Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 14 de agosto de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

INQUÉRITO 2.728 — BA

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Autor: Ministério Público do Estado da Bahia — Indiciado: Maurício Gonçalves Trindade

Denúncia. Crime tráfico de influência. Indícios de autoria e materialidade do crime. Impossibilidade de extinção da punibilidade pela prescrição em perspectiva. Precedentes.

1. Narrando a denúncia fatos típicos e estando presentes indícios da materialidade e da autoria, não há como deixar de recebê-la, sendo prematuro, antes de encerrar a instrução criminal, avançar no sentido de tomar decisão definitiva a respeito da efetiva prática do crime capitulado na peça acusatória.

2. Esta Suprema Corte, em diversos precedentes, já afastou a aplicação da prescrição em perspectiva da pretensão punitiva estatal por falta de previsão legal.

3. Denúncia recebida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em receber a denúncia, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 19 de fevereiro de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: O Procurador-Geral de Justiça do Estado da Bahia, Dr. **Achiles de Jesus Siquara Filho**, em 12-7-05, ofereceu denúncia, com rol de testemunha (fls. 407 a 410), contra o então Deputado Estadual Maurício Gonçalves Trindade, por suposta prática do crime de tráfico de influência, previsto no art. 332 do Código Penal.

A peça acusatória narra os seguintes fatos tidos como criminosos:

> (...)
> Consta das notícias jornalísticas acostadas à anexa peça informativa que, no mês de julho de 1997, quando compunha a Comissão de Saúde da Câmara de Vereadores de Salvador, o denunciado, no exercício do mandato de vereador, manteve contados telefônicos com um representante da empresa Nutril Ltda., vencedora de um procedimento licitatório promovido pela Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB, para fornecimento de duas mil toneladas de leite em pó à Secretaria Municipal de Saúde.

Nos diálogos que teve com o empresário Omar Braga, sócio da empresa referida, o denunciado exigiu deste o pagamento de uma "comissão" de 15% (quinze por cento) sobre o valor total do contrato a ser firmado pela Nutril com o Município de Salvador, sob pena de, em não sendo pago o montante exigido, adotar providências no sentido de anular a licitação.

A divulgação da notícia deste fato pela imprensa veio de originar a representação formulada pelos vereadores Celso Cotrim, Gilmar Santiago, Sérgio Barradas, Rui Costa, Nelson Santana e Jorge Gomes, desencadeando, assim, a investigação conjunta que envolveu a Procuradoria-Geral da República e o Ministério Público Estadual.

De acordo com as provas colhidas na inclusa peça de informação, o Sr. Omar Braga Mundim, sócio da empresa Nutril, foi mesmo procurado, por telefone, pelo então Vereador Maurício Trindade, ora denunciado.

Nas primeiras oportunidades em que fez contato com o Empresário Omar Braga, o denunciado lhe disse que estava ciente da existência do procedimento de cotação de preços para aquisição de leite pela Secretaria de Saúde do Município de Salvador, e que já estivera na Conab, juntamente com uma equipe de vereadores, para apurar supostas irregularidades do referido processo.

Posteriormente, o denunciado informou ao empresário Omar Braga que apesar das irregularidades detectadas, as quais teriam, supostamente, o condão de anular todo o processo de licitação realizado, estava disposto a entrar "em um entendimento" para a solução do problema, evitando-se, assim, a anulação do certame (fl. 357 do inquérito civil 009/2004, anexo).

Segundo o apurado, após a empresa Nutril Ltda. ter vencido a cotação de preços realizada para a compra de leite pela Secretaria Municipal de Saúde, o denunciado ameaçou o seu representante de **interferir junto à Administração municipal**, na condição de vereador e membro da Comissão de Saúde da Câmara de Vereadores de Salvador, **para anular a licitação**, caso aquela empresa não concordasse em lhe pagar uma "comissão" exigida no valor equivalente a 15% (quinze por cento) do total do contrato a ser firmado.

(Fls. 407/408 – grifos no original.)

Devidamente notificado, o denunciado, em 29-9-05, apresentou sua resposta (fls. 431 a 443).

Alega, inicialmente, a falta de justa causa para a ação penal, por manifesta atipicidade da conduta imputada, *in verbis*:

(...)

Comentando este artigo do **Codex**, **Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt** – na esteira de **Fragoso** – afirmam ser "imprescindível que o **'agente se arrogue prestígio junto a funcionário público, pois caso contrário o fato não ofende à administração pública, e poderá constituir apenas estelionato**'"

Vê-se, pois, que, para incorrer no tipo penal, deve o autor propalar prestígio junto a **certo funcionário público**, já que a lei incrimina, consoante **Magalhães Noronha**, "a bazófia, a galdice ou jactância de influir em servidor público". Exigindo também o alarde do prestígio, assim se manifesta a jurisprudência:

"**Se o agente alardeia prestígio junto a funcionário público**, com vista a solicitar, exigir ou obter para si, ou para outrem, vantagem pecuniária, está caracterizado o crime de tráfico de influência (art. 332 do CP)." (TRF 4ª Região, ACR 6945, Rel. *Paulo Afonso Brum Vaz*, *DJ* 29.10.2003)

"**Sem a prova de que o acusado houvesse, efetivamente, alardeado prestígio junto a funcionário público, elemento essencial da infração prevista no art. 332 do CP, esta não se configura.**" (TJSP, AC, Rel. Márcio Bonilha – RT 527/321).

Como se constata dos próprios termos da denúncia, em nenhum momento é feita referência ao alarde de prestígio ou influência do réu junto a funcionário público. Limita-se a exordial acusatória, como visto, a afirmar, injustificadamente, que **o denunciado ameaçou interferir junto à administração municipal para anular licitação**.

Interferir de que forma? A denúncia não o responde.

Interferir junto a quem? Aqui, a omissão da peça vestibular da ação penal revela-se ainda mais inadmissível, porquanto o tipo penal exige que a influência seja exercida em ato praticado por **funcionário público**, cuja identificação é imprescindível. (...)

(...)

Deparando-se com a circunstância de que o denunciado não se arrogou prestígio junto a funcionário público determinado, tentou o órgão acusador contornar, sem sucesso, a exigência típica do art. 332, valendo-se da lacônica fórmula "**interferir junto à Administração municipal**". Propositado ou inadvertido, o silêncio ministerial aponta para a impossibilidade de recebimento da denúncia, face à ausência de um dos elementos típicos do art. 332 do CP.

Por fim, questiona-se: qual o valor exigido pelo denunciado para interferir junto à administração pública? A prefacial acusatória, uma vez mais, é omissa, limitando-se a consignar, vagamente, a exigência de 15% do valor de contrato que viesse a ser firmado entre o interessado e o poder público municipal. Vazada nestes termos, a denúncia não cumpre a imposição legal de "exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias" (art. 41 do CPP), razão pela qual padece de indisfarçável inépcia, em afronta ao pleno exercício do direito de defesa que assiste ao cidadão-réu.

Destarte, seja pela inexistência do alarde de prestígio, seja pela não-identificação do funcionário público sobre o qual recairia a influência ou prestígio do acusado, ou, por derradeiro, pela falta de descrição do *quantum* supostamente exigido por este para influir em ato de servidor público, manifesta é a **atipicidade** da conduta a este atribuída.

Imperiosa, pois, é a rejeição da denúncia, ante a incontrastável falta de justa causa para a ação penal – aferível de plano, é dizer, sem necessidade de revolvimento do suposto acervo indiciário que escolta a inicial acusatória. Não se trata, ressalte-se, de inexistência de lastro probatório mínimo – que vem a ser outra causa de inépcia da denúncia –, mas de atipicidade penal da conduta imputada (art. 43, I, do CPP), que avulta da própria narração contida na peça vestibular da ação penal. (Fls. 433 a 435 – grifos no original.)

Sustenta, ainda, a extinção da punibilidade pela prescrição em perspectiva da pretensão punitiva estatal:

No caso vertente, a conduta supostamente punível ocorreu, segundo a própria inicial acusatória, em julho de 1997. Daí até a presente data, em que a denúncia sequer foi recebida, transcorreu período de **8 anos (!)**, prazo nitidamente superior ao necessário para o advento da prescrição retroativa, como se passa a demonstrar.

Comina o art. 332 ao delito de tráfico de influência pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. Ao denunciado – abstraindo a atipicidade da conduta e

imaginando uma (improvável) condenação – não haverá, certamente, de ser aplicada sanção penal acima do mínimo legal.

Funda-se tal prognóstico nas circunstâncias objetivas do fato e nos atributos subjetivos do paciente, impositivos de apenação no patamar mínimo.

De fato, não recai sobre o réu qualquer antecedente desabonador. Pelo contrário, trata-se de cidadão de ilibada reputação, com destacada atuação como médico e parlamentar. Tais circunstâncias conduzem, induvidosamente, à projeção da aplicação da reprimenda de dois anos de reclusão.

Ad absurdum, ainda que, desconsideradas todas as circunstâncias do art. 59 do Código Penal – que militam em favor do denunciado –, se lhe inflinja sanção penal em patamar superior ao limite mínimo, a prescrição fatalmente operar-se-á. Assim, ainda que se aplique ao acusado a pena de 4 anos de reclusão, a prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal será inevitável, uma vez que já são passados mais de **8 anos** da data do fato.

Considerando, portanto, o pior cenário fático possível (condenação a 4 anos de reclusão), indisfarçável é o prenúncio da prescrição retroativa, porquanto já ultrapassado o lapso temporal estabelecido no art. 109, IV, do CP.

(Fls. 441/442 – grifos no original.)

Ao final, pede:

(...)

a) seja rejeitada a presente denúncia em razão da atipicidade penal da conduta imputada (art. 43, I, do CPP);

b) não sendo acolhido o fundamento antecedente, seja rejeitada a denúncia em face da extinção da punibilidade pelo advento da prescrição em perspectiva da pretensão punitiva estatal (art. 43, II e III do CPP).

(Fl. 443.)

Em virtude da diplomação do denunciado no cargo de Deputado Federal, a Desembargadora **Aidil Silva Conceição**, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Relatora do inquérito naquela Corte, em 22-4-08, remeteu os autos a esta Suprema Corte (fl. 487).

O Ministério Público Federal reitera o pedido de recebimento da denúncia (fls. 497 a 499).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ressalto, inicialmente, que a denúncia só será rejeitada quando for manifestamente inepta (art. 395, inciso I, do CPP), faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal (art. 395, III, do CPP) ou faltar justa causa para o exercício da ação penal (art. 395, III, do CPP), o que não se verifica na hipótese presente.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado da Bahia denunciou o acusado com base no seguinte dispositivo legal:

> Art. 332. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Entendo presentes os requisitos necessários ao recebimento da denúncia, em todos os seus termos. Vejamos.

Primeiramente, a denúncia narra fato típico. A denúncia é clara ao narrar que o denunciado, no mês de julho de 1997, "após a empresa Nutril Ltda. ter vencido a cotação de preços realizada para a compra de leite pela Secretaria Municipal de Saúde, o denunciado ameaçou o seu representante de **interferir junto à Administração municipal**, na condição de vereador e membro da Comissão de Saúde da Câmara de Vereadores de Salvador, **para anular a licitação**, caso aquela empresa não concordasse em lhe pagar uma 'comissão' exigida no valor equivalente a 15% (quinze por cento) do total do contrato a ser firmado" (fls. 407/408 – grifos no original). Essa narrativa, sem dúvida alguma, se enquadra no tipo penal relativo a tráfico de influência, na qual o ora denunciado estaria exigindo uma "comissão" no valor correspondente a 15% do valor do contrato a ser firmado pela empresa Nutril com o Município de Salvador, sob pena de ele tomar providências no sentido de anular o certame.

Anoto, por outro lado, que a tese da defesa, segundo a qual "em nenhum momento é feito referência ao alarde de prestígio ou influência do réu junto ao funcionário público" (fl. 434), não encontra amparo na melhor interpretação do dispositivo. É que, em tese, teria havido uma *exigência* de *vantagem* para *si* (o denunciado) *a pretexto de influir em ato* a ser *praticado* por *funcionário público no exercício de sua função.* O objetivo do delito foi, portanto, conseguir vantagem ilícita, sendo este o elemento subjetivo do tipo. Importante ressaltar, ainda, que a consumação para esse crime se dá com a simples solicitação, exigência, cobrança ou a obtenção de vantagem ou promessa desta, "sem a necessidade de outro resultado" (DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado.* 6ª ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 670). Daí por que não prospera, também, a alegação de que a inicial acusatória é omissa quanto à identificação do funcionário público a ser influenciado, pelo menos na minha compreensão.

De fato, como bem observou o Ministério Público estadual "há nos autos provas incontestes que o Sr. Omar Braga Mundim, sócio da empresa Nutril, foi mesmo procurado, por telefone, pelo então Vereador Maurício Trindade; aliás, nas primeiras oportunidades em que fez contato com o empresário Omar Braga, o denunciado lhe disse que estava ciente da existência do procedimento de cotação de preços para a aquisição de leite pela Secretaria de Saúde do Município de Salvador, e que já estivera na Conab, com uma equipe de vereadores, para apurar supostas irregularidades do referido processo" (fl. 454).

Anote-se, ainda, que, no depoimento prestado pelo Sr. Omar Braga Mundim no Procedimento Administrativo, há menção de que "recebeu um telefonema do Sr. Maurício Trindade, que se identificou como Vereador da Câmara Municipal de Salvador; que no referido telefonema, Maurício Trindade disse ao declarante

que estava ciente do processo de cotação de preço realizado pelo Conab, acrescentando que esteve na referida companhia, juntamente com uma equipe de vereadores, para apurar irregularidades no referido processo de cotação; que o vereador disse ao declarante que, a princípio, adotaria providências no sentido de anular o processo de cotação, porém, caso o declarante concordasse em fornecer 'comissão' ao mesmo, poderia reverter a situação; que o vereador Maurício Trindade disse ao declarante que entraria em entendimento com o mesmo, caso este atendesse o seu pedido, não acabando com o processo de cotação; que o declarante disse ao vereador Maurício Trindade que não poderia decidir nada sobre a comissão naquele momento, uma vez que era sócio minoritário; (...)" (fl. 383).

Vale assinalar, também, que há nos autos a degravação de fita de conversa telefônica entre o Sr. Omar Braga Mundim e o denunciado, por iniciativa do primeiro, e que a defesa preliminar não cuidou de relatar em nenhuma passagem, permanecendo na tese da necessidade de o agente do delito previsto no art. 332 do Código Penal arrogar prestígio e na alegação de que presente a prescrição retroativa.

A denúncia, enfim, descreve fato típico e os elementos fático-probatórios contidos nos autos, por sua vez, indicam a materialidade do crime e o possível envolvimento do ora denunciado no tráfico de influência.

Por último, no que concerne à extinção da punibilidade pela prescrição em perspectiva da pretensão punitiva estatal, sustentada pelo denunciado, não encontra nenhum fundamento legal ou jurisprudencial.

Com efeito, a questão já foi apreciada por esta Suprema Corte, que, em diversos precedentes, afastou a aplicação desse instituto ante a falta de previsão legal (nesse sentido: RHC 76.153/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ilmar Galvão**, *DJ* de 27-3-98; HC 82.155/SP, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, *DJ* de 7-3-03; HC 83.458/BA, Primeira Turma, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, *DJ* de 6-2-04; e RHC 86.950/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, *DJ* de 10-8-06).

No RHC 86.950/MG, de relatoria do Ministro **Joaquim Barbosa**, antes referido, o Ministro **Celso de Mello** ressaltou, em seu voto, alguns aspectos doutrinários sobre o assunto e a jurisprudência firmada nesta Suprema Corte, no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais em geral, os quais vale transcrever:

> (...)
>
> **Esse magistério doutrinário** (Luiz Régis Prado, "**Comentários ao Código Penal**", p. 390, item n. 4.4, 2002, RT; *Osvaldo Palotti Junior*, "**Considerações Sobre a Prescrição Retroativa Antecipada**", in **RT** 709/302-306; *Frederico Blasi Netto*, "**Prescrição Penal**", p. 123/126, 2ª ed., 2002, Juarez de Oliveira; *Damásio E. de Jesus*, "**Prescrição Penal**", p. 144/145, 13ª ed., 1999, Saraiva; *Luiz Vicente Cernicchiaro*, "**Questões Penais**", p. 194/197, 1998, Del Rey; *Antonio Rodrigues Porto*, "**Da Prescrição Penal**", p. 64, item n. 47, 5ª ed., 1998, RT, **v.g.**) – **que não admite**, em nosso sistema de direito positivo, a prescrição penal antecipada – **encontra apoio** em diretriz jurisprudencial **firmada** pelo Supremo Tribunal Federal, **cujas decisões**, por mais de uma vez, **já repeliram** o reconhecimento dessa **particular** modalidade prescricional:

"*Habeas corpus*. Pretendido trancamento da ação penal, pela extinção da punibilidade, decorrente de prescrição da pretensão punitiva, segundo a pena a ser ainda concretizada em futura sentença. Inadmissibilidade. *Writ* indeferido.

Antes da sentença, a pena é abstratamente cominada e o prazo prescricional se calcula pelo máximo, não podendo ser concretizada por simples presunção."

(*RTJ* 135/590, Rel. Min. *Sydney Sanches* – grifei.)

Inocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, considerada a pena *in abstracto*. A prescrição antecipada não é contemplada pelo ordenamento processual e nem aceita pela jurisprudência (RHC 66.913, Rel. Min. Sydney Sanches)."

(RHC 76.153/SP, Rel. Min. *Ilmar Galvão* – grifei.)

"*Habeas corpus. Ação penal. Prescrição antecipada, pela pena em perspectiva. Inadmissibilidade. Precedentes.* (...).

O Supremo Tribunal Federal tem repelido o instituto da prescrição antecipada (RHC 66.913-1/DF, Min. Sydney Sanches, *DJ* de 18-11-88 e RHC 76.153-2/SP, Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 27-3-98)."

(HC 82.155/SP, Rel. Min. *Ellen Gracie* – grifei.)

Impende registrar, por oportuno, que esse entendimento **reflete-se**, por igual, na **jurisprudência** do E. Superior Tribunal de Justiça (**RSTJ 68/97**, Rel. Min. *Vicente Cernicchiaro* – **HC 20.112/SP**, Rel. Min. *Paulo Gallotti* – **RHC 11.360/BA**, Rel. Min. *Félix Fischer* – **RHC 11.684/RJ**, Rel. Min. *Gilson Dipp*, **v.g.**), **cuja orientação**, no tema ora em exame, **rejeita a aplicabilidade da prescrição antecipada** pela pena em perspectiva:

"Somente ocorre a prescrição regulada pela pena em concreto após o trânsito em julgado para a acusação, **não havendo falar**, por conseguinte, **em prescrição em perspectiva**, **desconsiderada** pela lei **e repudiada** pela jurisprudência."

(**RHC 11.249/RJ**, Rel. Min. *Hamilton Carvalhido* – **grifei**.)

Cumpre assinalar, ainda, que essa orientação **tem sido perfilhada** pela jurisprudência dos Tribunais em geral (**RT** 667/328 – **RT** 704/318 – **RT** 727/443 – **RT** 728/590):

"O Estado-Juiz **não pode**, a pretexto de caracterizar-se a prescrição como matéria de ordem pública, **declará-la por antecipação**, sobre uma pena **que ainda não consta** de nenhum título judicial. **Ne procedat judex ex officio** é o princípio **que obsta** essa declaração."

(**Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, vol. 90/239, Rel. Juiz *Mafra Carbonieri* – **grifei**.)

"**Prescrição Antecipada** – **Inadmissibilidade** – Além de atentar contra o **due process of law**, retirando ao réu a possibilidade de ver proclamada sua inocência, **a chamada prescrição projetada não encontra amparo legal**, sendo sistematicamente repudiada pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – Recurso em sentido estrito provido **para cassar** a respeitável decisão, **prosseguindo-se** como de direito."

(**Jurisprudência do Tribunal de Justiça** (**SP**), **Lex**, vol. 182/280, Rel. Des. *Segurado Braz* – **grifei**.)"

(...)

(Grifos no original.)

Com efeito, narrando a denúncia fatos típicos e estando presentes indícios de materialidade e de autoria, não há como deixar de recebê-la, sendo prematuro, antes de encerrar a instrução criminal, avançar no sentido de tomar decisão definitiva a respeito da efetiva prática do crime capitulado na peça acusatória.

Ante o exposto, recebo a denúncia.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, eu também acompanho o Relator.

Tenho a denúncia em mãos. Também, neste caso, vejo que preenche os requisitos, artigo 41 do CPP.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, acompanho o Relator, embora louvando o excelente desempenho do advogado que ocupou a tribuna.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, eu também acompanho o Relator.

Apenas anoto que o crime, na verdade, se perfaz sob o ponto de vista da sua tipicidade, com aceno de uma intervenção ilusória, por isso é que o art. 332 fala sobre pretexto. E, evidentemente, o ato, aí, seria ou a perfeição ou a execução do contrato. Isso está muito claro da denúncia, e o dolo se restringe à pretensão de obter a vantagem, e a pessoa do funcionário que deveria praticar supostamente o ato é absolutamente irrelevante, porque o sujeito passivo aí é o Estado ou a Administração Pública.

Recebo a denúncia, nos termos do voto do Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, para mim, a historinha está suficientemente contada na peça primeira do Ministério Público, subscrita pelo Procurador-Geral da Justiça, à época, Dr. Aquiles de Jesus Siquara Filho.

O que se tem? Uma imputação, considerada prática delituosa. E há referência ao acusado como possuidor da qualificação de vereador, e vereador compondo a Comissão de Saúde da Câmara de Vereadores de Salvador. Ele teria exigido uma quantia para facilitar o que seria um processo administrativo, objetivando a declaração de insubsistência da licitação para fornecimento de duas mil toneladas de leite em pó. Há alusão na denúncia à percentagem que seria cobrada. E percentagem relativa a um contrato – e se diz que incidiria sobre o valor total do contrato – que apresenta substância maior sob o ângulo pecuniário.

Quanto à prescrição prospectiva, poderíamos também levar em conta dois institutos processuais: a *emendatio* e a *mutatio*, para também, sob esse ângulo, afastá-la. De qualquer forma, a não-prescrição não se lastreia em suposições quanto a um pronunciamento judicial, principalmente quando se tem em jogo algo que diz respeito aos interesses maiores da sociedade, algo que diz respeito à persecução punitiva do próprio Estado.

Recebo a denúncia, acompanhando o Relator no voto proferido.

EXTRATO DA ATA

Inq 2.728/BA — Relator: Ministro Menezes Direito. Autor: Ministério Público do Estado da Bahia. Indiciado: Maurício Gonçalves Trindade (Advogados: Fernando Santana, Gamil Föpel el Hireche e Thais Bandeira Oliveira e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, recebeu a denúncia. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello Ellen Gracie e, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo Ministério Público Federal, e o Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza e, pelo acusado, o Dr. Gamil Föppel el Hireche. Presidiu o julgamento o Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva e Souza, e Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 19 de fevereiro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.773 — SP

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Requerente: Procurador-Geral da República — Requeridos: Governador do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo — Interessada: Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Estadual (SP) 12.227/06. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Art. 96, II, *b* e *d*, da Constituição Federal.

1. A declaração de inconstitucionalidade proferida por Tribunal estadual não acarreta perda de objeto da ação ajuizada na Suprema Corte, pendente ainda recurso extraordinário.

2. Vencido o Ministro Relator, que extinguia o processo sem julgamento do mérito, a maioria dos Julgadores rejeitou a preliminar de falta de interesse de agir por ausência de impugnação do art. 24, § 2º, item 6, da Constituição do Estado de São Paulo, com entendimento de que este dispositivo não serve de fundamento de validade à lei estadual impugnada.

3. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que as leis que disponham sobre serventias judiciais e extrajudiciais são de iniciativa privativa dos Tribunais de Justiça, a teor do que dispõem as alíneas *b* e *d* do inciso II do art. 96 da Constituição da República. Precedentes: ADI 1.935/RO, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 4-10-02; ADI 865-MC/MA, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 8-4-94.

4. Inconstitucionalidade formal da Lei Estadual (SP) 12.227/06, porque resultante de processo legislativo deflagrado pelo Governador do Estado.

5. Ação direta que se julga procedente, com efeitos *ex tunc*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de perda de objeto e, por maioria, rejeitar a preliminar de conhecimento suscitada pela *amicus curiae* Associação dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG/BR), vencidos os Ministros Relator, Eros Grau e Marco Aurélio. No mérito, acordam, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgar procedente a ação direta, emprestando à decisão eficácia *ex tunc*. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 4 de março de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada, em 10-8-06, pelo Procurador-Geral da República contra a Lei 12.227, de 11-1-06, do Estado de São Paulo, que "regulamenta o artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias [da Constituição do Estado de São Paulo], estabelece a organização básica dos serviços notariais e de registros, as regras do concurso público de provimento da titularidade de delegação das serventias, e dá outras providências".

Argumenta o Procurador-Geral da República que a referida lei padeceria de vício formal, uma vez que o seu processo legislativo respectivo foi deflagrado pelo Governador e não pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo que a este último competiria, por força do disposto no art. 96, incisos I, alínea *b*, e II, alíneas *b* e *d*, da Constituição Federal, a iniciativa das leis que disponham sobre serventias judiciais e extrajudiciais. *In verbis*:

> (...)
> 5. A lei estadual questionada é resultado do projeto de lei 68, de 1990, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo e objeto de emenda parlamentar substitutiva que desfigurou completamente o seu conteúdo.
> 6. Por tratar da organização básica das serventias (arts. 1º a 14), da competência territorial delas (art. 15), da sua criação, alteração e extinção (arts. 16 a 28), do provimento da titularidade da delegação e da vacância (arts. 29 a 34), dos concursos de provimento e de delegação (arts. 35 a 55), e de outras disposições às serventias referentes (arts. 56 a 64), a lei impugnada deveria ter sido de iniciativa do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.
> 7. A referida lei padece, assim, em sua totalidade, de vício de inconstitucionalidade formal.
> 8. Com efeito, a Constituição da República preceitua que compete privativamente aos tribunais organizar os seus serviços auxiliares (art. 96, inciso I, alínea "b") – dentre os quais se incluem os notariais e de registro, como já decidiu essa Corte –, bem como propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos mesmos serviços (art. 96, inciso II, alínea "b"), além da alteração da organização e da divisão judiciárias (art. 96, inciso II, alínea "d").
> (Fls. 3/4.)

Foram prestadas informações pela Assembleia Legislativa (fls. 114 a 124) e pelo Governador do Estado de São Paulo (fls. 126 a 129), tendo ambos defendido a constitucionalidade da norma impugnada, salientando que a Constituição do Estado de São Paulo, em seu art. 24, § 2º, item 6, confere ao Governador do Estado a iniciativa para leis que disponham sobre a "criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos".

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela procedência da ação (fls. 212 a 216), ressaltando que, na ADI 2.415-MC/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Ilmar Galvão**, esta Corte decidiu que a organização do serviço notarial e de registro é de competência do Poder Judiciário.

Na mesma linha, o Procurador-Geral da República (fls. 220/221), reiterando os termos da inicial e da manifestação da Advocacia-Geral da União, opinou pela procedência da ação direta.

A Associação dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG/BR), *amica curiae* que admiti à fl. 224, argumentou, em preliminar, que para a declaração da inconstitucionalidade formal da Lei Estadual 12.227/06 seria antes necessário declarar a inconstitucionalidade do art. 24, § 2º, item 6, da Constituição do Estado de São Paulo, o qual, como acima anotado, confere ao Governador iniciativa privativa para as leis que disponham sobre a "criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos". O dispositivo, contudo, não foi impugnado, o que imporia o não-conhecimento da ação. No mérito, sustentou a constitucionalidade da atribuição de iniciativa ao Governador para tal matéria.

Com a mesma argumentação, veio aos autos, por petição de 30-4-08, o Sindicato dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo (SINOREG), requerendo, ademais, a sua inclusão no feito como *amicus curiae*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada, em 10 de agosto de 2006, pelo Procurador-Geral da República, contra a Lei 12.227/06, do Estado de São Paulo, que trata da "organização básica dos serviços notariais e de registros, as regras do concurso público de provimento da titularidade das serventias, e dá outras providências", por ofensa à iniciativa privativa do Tribunal de Justiça, prevista no art. 96, incisos I, alínea *b*, e II, alíneas *b* e *d*, da Constituição Federal.

A ATC/SP e a Sinoreg são admitidas como *amici curiae*.

Há preliminares de não-conhecimento que merecem enfrentadas.

A primeira é apresentada pela ATC/SP e diz com a perda de objeto da ação porquanto há declaração de inconstitucionalidade da lei estadual pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de controle abstrato diante da Constituição do Estado. Mas há extraordinário interposto, em fase de admissibilidade no Tribunal de origem, o que reputo suficiente para descartar a preliminar. Destaco ainda que o Tribunal local sequer poderia ter dado curso àquela ação direta considerando que a jurisprudência desta Suprema Corte assenta que, "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 proposta perante o Tribunal estadual até o julgamento final da ação direta proposta perante o Supremo Tribunal Federal" (ADI 1.423-MC/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Moreira Alves**, *DJ* de 22-11-96).

Não há, portanto, fundamento para a alegada perda de objeto.

A segunda preliminar de não-conhecimento da ação direta é suscitada pela Anoreg/BR e pela Sinoreg.

O Procurador-Geral da República, ao articular o pedido de inconstitucionalidade formal da Lei Estadual 12.227/06, deixou de impugnar o art. 24, § 2º, item 6, da Constituição do Estado de São Paulo, que atribui ao Governador do Estado iniciativa privativa para as leis que disponham sobre a "criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos".

Deixou, assim, o requerente de impugnar justamente o dispositivo da Constituição do Estado que dá fundamento de validade, sob o ângulo formal, à Lei Estadual 12.227/06, quando toda a sua argumentação está centrada, precisamente, na inconstitucionalidade formal por suposto vício de iniciativa.

Com efeito, as alegações de inconstitucionalidade lançadas contra a Lei Estadual 12.227/06 são aplicáveis, *mutatis mutandis*, ao art. 24, § 2º, item 6, da Constituição do Estado de São Paulo. Isto é, se a Constituição Federal conferiu ao Poder Judiciário a iniciativa para as leis que disponham sobre serventias judiciais e extrajudiciais, seria igualmente inconstitucional o dispositivo da Constituição do Estado que subvertesse este esquema, por ofensa direta às alíneas *b* e *d* do inciso II do art. 96 da Constituição Federal.

O que se verifica, portanto, é que o vício de inconstitucionalidade suscitado pelo requerente atinge, além da Lei Estadual 12.227/06, o próprio art. 24, § 2º, item 6, da Constituição do Estado de São Paulo. Mas este dispositivo, o qual vigora com a mesma redação desde a promulgação da Carta paulista, não foi impugnado.

Tal como alertou o Ministro **Gilmar Mendes** em sua obra *Jurisdição Constitucional*, "o STF tem entendido que, se o vício de inconstitucionalidade abrange vários dispositivos, a impugnação há de incidir sobre todos eles, sob pena de não se conhecer da ação direta" (5ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 242).

No caso específico, a eventual declaração de inconstitucionalidade formal da lei estadual manteria hígida norma da Constituição estadual que determina ser do próprio Governador a iniciativa para as leis que disponham sobre serventias extrajudiciais. A decisão proferida por esta Corte seria, portanto, insuficiente para sanar de modo adequado a inconstitucionalidade que o próprio requerente aponta. E, para um controle inadequado e insuficiente de constitucionalidade, não há interesse de agir.

De acordo com a lição de **Cândido Rangel Dinamarco**, "há o **interesse de agir** quando o provimento jurisdicional postulado for capaz de efetivamente ser útil ao demandante, operando uma melhora em sua situação na vida comum – ou seja, quando for capaz de trazer-lhe uma verdadeira **tutela**, a tutela jurisdicional" (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 303).

Cumpre ter em mente, contudo, a advertência de que as categorias habituais do direito processual devem ser recebidas *cum grano salis* no processo objetivo. Assim, só se pode tratar do interesse de agir na ação direta de inconstitucionalidade se compreendida aludida noção em sua feição também objetiva. Para tanto, a **utilidade** que marca o interesse de agir há de ser vista não como um proveito para o demandante. Esse proveito, no processo objetivo, deve encontrar uma dimensão abstrata, pois, como ensina **Vitalino Canas**, "neste campo [da inconstitucionalidade por ação] é sobretudo o interesse público de conformidade das leis com a Constituição que se visa acautelar" (*Os Processos de Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade pelo Tribunal Constitucional* – Natureza e Princípios Estruturantes. Coimbra Editora, 1986, p. 31). Em outras palavras, a tutela jurisdicional no controle abstrato de constitucionalidade não é prestada em proveito do demandante, mas da própria supremacia da Constituição, sendo a utilidade dessa tutela que caracteriza a presença do interesse de agir.

Registre-se que a jurisprudência deste Tribunal tem negado seguimento, por inutilidade do pronunciamento jurisdicional (falta do interesse de agir), às ações diretas em que somente impugnada a lei estadual cujo teor repita norma da Constituição estadual, *verbis*:

> *Legitimidade – Ação direta de inconstitucionalidade – Confederação*. Têm-na as confederações sindicais para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade – artigo 103 da Constituição Federal. O fato de a confederação, no âmbito da excepcionalidade e por não se contar com federação congregando certo segmento da categoria, estar formada com a integração de sindicato de âmbito regional ou nacional não afasta a legitimidade. *Ação direta de inconstitucionalidade – Utilidade do pronunciamento judicial – Lei repetidora de preceito constitucional – Pedido restrito à primeira*. O pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade deve revestir-se do predicado utilidade. Isso não ocorre quando direcionada apenas contra lei ordinária que repete texto de estatura maior, ou seja, de Lei Básica do Estado-membro da Federação. A medida deve fazer-se dirigida contra ambos os diplomas.
>
> (ADI 1.912/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 21-5-99.)

> *Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 13.454/00 do Estado de Minas Gerais. Juiz de Paz. Eleição e investidura. Simultaneidade com as eleições municipais. Princípio majoritário. Previsão no art. 117 da Constituição do Estado de Minas Gerais. Ausência de impugnação. Inviabilidade da ação direta*. 1. A viabilidade da ação direta reclama a impugnação conjunta dos preceitos que tratam da matéria, sob pena de inocuidade da própria declaração de inconstitucionalidade. 2. A ausência de impugnação do teor de preceitos constitucionais repetidos na lei impugnada impede o conhecimento da ação direta. Precedentes (ADI 2.132/MC, Rel. Min. M*oreira Alves, DJ* de 5-4-02; ADI 2.242, Rel. Min. *Moreira Alves, DJ* de 19-12-01 e ADI 2.215, Rel. Min. *Celso de Mello, DJ* de 26-4-01).
>
> (...).
>
> (ADI 2.938/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Eros Grau**, *DJ* de 9-12-05.)

A impugnação parcial efetivada pelo requerente, incidente apenas sobre a lei estadual, não é, contudo, inteiramente inútil. Sob certo sentido, é útil

porque a declaração da inconstitucionalidade da lei é capaz de promover, ainda que parcialmente, a supremacia da Constituição. Mas, insista-se, subsistirá na Constituição do Estado norma expressa determinando que a iniciativa para dispor sobre serventias extrajudiciais pertence ao Chefe do Poder Executivo e não ao Poder Judiciário, colocando ao legislador estadual o desconfortável paradoxo de ter de optar entre a Constituição local e a Constituição Federal.

Sequer seria possível cogitar da ampliação do objeto do controle, o que não é admitido pela jurisprudência desta Corte (**cf**. ADI 1.187/DF, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, *DJ* de 30-5-97). Por imposição do princípio do pedido, a impugnação parcial limita, de modo inexorável, o âmbito de decisão do Tribunal, que não poderá oferecer mais do que uma solução igualmente parcial para a questão constitucional suscitada. A observância do princípio do pedido, não custa enfatizar, é uma das notas que distinguem as atividades do Supremo Tribunal Federal daquelas desempenhadas pelos demais Poderes. Enquanto estes podem agir sob o impulso da mera conveniência, o Tribunal permanece inerte até quando provocado pelos entes legitimados. Neste sentido, a lição do Ministro **Gilmar Mendes**, com referência ao direito alemão, consignada em voto-vista que proferiu na ADI 2.648/CE, *DJ* de 28-9-07, *verbis*:

> (...)
> O princípio do pedido é essencial para a jurisdição constitucional, uma vez que dele depende, em determinada medida, a qualificação do órgão decisório como um Tribunal. A **forma judicial** constitui característica peculiar que de outras atividades, de cunho meramente político. Enquanto o Parlamento pode decidir livremente quando uma determinada matéria será disciplinada por lei, ao **Bundesverfassungsgericht** é vedado tomar iniciativas próprias.

No caso, contudo, até mesmo uma solução parcial seria atentatória ao princípio do pedido, pois há uma identidade essencial entre a decisão sobre a constitucionalidade da lei estadual e aquela em torno da constitucionalidade do dispositivo da Constituição do Estado que, no aspecto formal, empresta-lhe imediato fundamento de validade. Isto é, a constitucionalidade de ambas as normas depende da solução da mesma questão constitucional, qual seja: a quem pertence, no processo legislativo delineado na Constituição Federal, a iniciativa para as leis que disponham sobre serventias extrajudiciais?

Consequentemente, apenas por uma abstração forçada seria admissível que o Tribunal decidisse a questão principal (a constitucionalidade da lei estadual) sem que ao mesmo tempo decidisse a questão prejudicial (a constitucionalidade da Constituição do Estado), uma vez que, como se viu, ambas as questões são, no que lhes é essencial, idênticas.

Cumpre notar que, se a impugnação parcial pode ser considerada, sob certo ponto de vista, útil, as dificuldades aqui apontadas revelam não ser ela, entretanto, **adequada** à finalidade a que se presta. E é neste sentido, de falta de adequação da impugnação parcial das normas, que tenho como ausente o interesse de agir, objetivamente considerado.

Ademais, o próprio art. 3º, inciso I, da Lei 9.868/98 prescreve que a petição inicial deverá indicar "o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Deve-se entender, na esteira do raciocínio aqui desenvolvido, que cumpre ao requerente indicar, dentre as normas impugnadas, as de hierarquia superior, que sirvam de fundamento imediato de validade às demais, quando padecerem do mesmo vício.

Também não parece possível cogitar de, nesta fase processual, determinar o aditamento da petição inicial, porque já prestadas as informações e ouvidos o Ministério Público Federal e a Advocacia-Geral da União, incidindo, consequentemente, o disposto no art. 294 do Código de Processo Civil, conforme a orientação adotada no julgamento da ADI 437-QO/SC, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 19-2-93, cujo acórdão contém a ementa que se segue:

> *Ação direta de inconstitucionalidade – Questão de ordem – Petição inicial – Aditamento – Requisição de informações já ordenada – Impossibilidade – Pedido indeferido.*
>
> *Medida liminar – Informações consideradas indispensáveis à sua apreciação – Dispensa indeferida.*
>
> Com a requisição de informações ao Órgão de que emanou a lei ou ato normativo arguido de inconstitucionalidade opera-se a preclusão do direito, reconhecido ao autor da ação direta de inconstitucionalidade, de aditar a petição inicial.

Ante o exposto, acolho a preliminar suscitada, para extinguir o processo sem julgamento do mérito.

Ultrapassada a preliminar, no mérito, a inconstitucionalidade é evidente.

Com efeito, é pacífica a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que as leis que disponham sobre serventias judiciais e extrajudiciais são de iniciativa privativa dos Tribunais de Justiça, a teor do que dispõem as alíneas *b* e *d* do inciso II do art. 96 da Constituição da República, conforme ilustram os seguintes precedentes, *in verbis*:

> *Constitucional. Serventias judiciais e extrajudiciais. Criação. Matéria de organização judiciária. CF, art. 96, II, b e d. Necessidade de criação de serventias: presunção de veridicidade dos atos administrativo e legislativo.* I – Serventias judiciais e extrajudiciais: matéria de organização judiciária: iniciativa reservada ao Tribunal de Justiça. CF, art. 96, II, *b* e *d*. II – Necessidade de criação de serventias extrajudiciais: presunção de legitimidade e veridicidade do ato administrativo e do ato legislativo. Ressalva quanto à desarrazoabilidade da lei, que, desarrazoada, é inconstitucional. CF, art. 5º, LIV. III – Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.
>
> (ADI 1.935/RO, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 4-10-02.)

> *Ação direta de inconstitucionalidade – Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado do Maranhão (art. 87 e parágrafo único; art. 88 e parágrafos; art. 89 e parágrafo único) – Serventias judiciais e extrajudiciais – Matéria de organização judiciária – Iniciativa reservada ao Tribunal de Justiça* (...).
>
> (ADI 865-MC/MA, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 8-4-94.)

Indubitável, portanto, que a Lei Estadual 12.227/06, deflagrada pelo Governador do Estado de São Paulo, ofendeu a iniciativa privativa do Tribunal de Justiça, uma vez que dispôs sobre as serventias extrajudiciais do Estado, tratando de sua organização básica (arts. 1º a 14); de sua competência territorial (art. 15); de sua criação, alteração e extinção (arts. 16 a 28), do provimento da titularidade da delegação e da vacância (arts. 29 a 34), dos concursos de provimento da delegação (arts. 35 a 55) e de outras disposições gerais também a elas referentes (arts. 56 a 64).

Ante o exposto, julgo procedente a ação direta para declarar, com efeitos *ex tunc*, a inconstitucionalidade da Lei Estadual (SP) 12.227/06.

PRELIMINAR
(Sobre perda de objeto da ação)

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Senhor Presidente, há duas preliminares que foram suscitadas. A primeira diz respeito à perda de objeto da ação; a segunda, explicitada da tribuna, no que concerne à falta de ataque de dispositivo da Constituição do Estado, que dá competência privativa ao Governador para a iniciativa de leis relativas aos serviços notariais.

Quanto à primeira preliminar, a meu sentir, ela é insubsistente, considerando o precedente desta Corte na ADI 1.423-MC, de que foi Relator o eminente Ministro **Moreira Alves**, *Diário da Justiça* de 22 de novembro de 1996. Ou seja, este precedente estabelece que, havendo uma ação de inconstitucionalidade no Tribunal estadual e outra no Supremo Tribunal Federal, a do Tribunal estadual deve ficar sobrestada, o que quer dizer que sequer o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo poderia ter dado sequência àquela representação por inconstitucionalidade.

Não bastasse isso, há também um outro aspecto: é aquele relativo à existência de um recurso extraordinário pendente ainda de admissibilidade.

Por essas razões, estou rejeitando esta preliminar de perda de objeto da ação.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, a representação foi julgada procedente pelo Tribunal de Justiça.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Exatamente isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E temos pendente recurso extraordinário que foi admitido na origem?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Está em fase de admissibilidade, até onde sei.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Como?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Está em fase de admissibilidade; não foi ainda admitido, não.

Agora, de qualquer maneira, mesmo que esse aspecto não seja forte o suficiente, para mim é, porque existe um recurso extraordinário que ainda não foi julgado e, portanto, o Supremo poderia julgar a representação, existe este outro aspecto, que é aquele do precedente a que me referi, de que foi Relator o Ministro **Moreira Alves**, no sentido de que, havendo uma representação por inconstitucionalidade e uma ação direta no Supremo, sequer a representação poderia ser julgada, devendo ser sobrestada até o pronunciamento da Suprema Corte. Então, esses dois fundamentos é que me levam a descartar desde logo essa preliminar que foi levantada pela ATC de São Paulo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, encontro dificuldades em admitir que se possa ter uma ação direta de inconstitucionalidade contra lei que já não existe no cenário jurídico. Por isso, o precedente, e não dou a ele largueza maior, no que estabelecemos que, havendo o controle concentrado no Supremo, o controle da mesma espécie em curso na origem fica suspenso, evidentemente desde que não se tenha ainda pronunciamento judicial precluso na via da recorribilidade.

Mas o Relator esclarece que não há a preclusão.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Não, porque há o recurso extraordinário.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Pendente de exame pelo juízo primeiro de admissibilidade.

Tendo em conta essa premissa, refuto a prejudicialidade alegada.

VOTO
(Sobre preliminar de conhecimento)

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): A segunda preliminar, Senhor Presidente, diz respeito, como destacou o eminente advogado da tribuna, à falta de ataque na inicial da representação do artigo 24, § 2º, item VI, da Constituição do Estado. É que, diferentemente do que ocorreu naquele precedente que julgamos pela manhã, de que foi Relatora a eminente Ministra **Cármen Lúcia**, neste caso, concretamente, este dispositivo da Constituição estadual dá competência para criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos, expressamente, à iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo e, portanto, tecnicamente, existe uma vinculação com a disciplina da Lei 12.227/06. Daí a arguição preliminar levantada pelo *amicus curiae*.

De fato, Senhor Presidente, a jurisprudência, vou simplificar, da Suprema Corte é no sentido de que, se há o fundamento de validade na Constituição estadual, que não foi alcançado na inicial da representação, evidentemente a representação não pode ser conhecida por falta de interesse de agir. Por quê? Porque, se nós declararmos a inconstitucionalidade da lei que foi atacada e que é

consequência do dispositivo da Constituição do Estado, evidentemente subsiste a inconstitucionalidade maior, que é exatamente aquela relativa ao poder de iniciativa que, no caso, segundo orientação da Suprema Corte, independentemente de qualquer outra consideração, dependeria de iniciativa do próprio Poder Judiciário.

Estou traduzindo no voto que estou proferindo, apenas para depois juntar para simplificar, porque todos nós conhecemos a jurisprudência da Corte nesta matéria.

Por esta razão, estou acolhendo esta preliminar.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sr. Ministro Menezes Direito, Vossa Excelência me permite uma ponderação?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Claro, com muito prazer.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu me lembro da jurisprudência do Tribunal em relação aos atos complexos, quer dizer, a não-impugnação de uma norma que seja eventualmente relevante para a compreensão da questão, ou seja, que restou não impugnada. Claro que às vezes isso tem sido mitigado por conta da possibilidade – nós já temos aplicado aqui – do arrastamento; possibilidade de que, por imbricações lógicas ou sistêmicas, nós possamos eventualmente declarar a inconstitucionalidade de disposições que não foram objeto de discussão. Só que aqui temos realmente, a meu ver, uma peculiaridade, porque, de fato, de que se cuida é o ato da Constituição Estadual. Na verdade, se impugnou completamente e perfeitamente o ato normativo ordinário, a lei. Mas, então, surge essa discussão.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Posso dar um esclarecimento a Vossa Excelência?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O diploma de hierarquia maior não teria sido atacado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não teria sido atacado, porque, em geral, pelo menos tanto quanto conheço da jurisprudência do Tribunal, a discussão se dá no plano do mesmo...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Patamar normativo. Às vezes, até dispositivo da própria lei.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Eu agradeço a intervenção de Vossa Excelência, como sempre extremamente útil, mas, na minha compreensão, a dificuldade aqui é a seguinte: a lei foi de iniciativa do Governador do Estado. Ou seja, foi de iniciativa com um dispositivo que dá fundamento de validade ao vício formal. Então, se esta Constituição do Estado, no dispositivo específico, dá fundamento de validade ao princípio da iniciativa, não posso encontrar o vício de iniciativa.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu proporia uma alternativa para esse tipo de pensamento, tendo em vista essa peculiaridade, pelo menos para que nós pensemos em alto e bom som. Seria a seguinte – sem nenhum compromisso com o resultado, porque isso vai depender da afirmação ou não, da procedência ou não, da ação –: tal como nós já fizemos e fazemos sistematicamente, em sede de controle difuso, quando suspendemos normas outras que não eram diretamente aplicadas ao caso, eu proporia – e acho que aí o símile seria perfeito – que, eventualmente, nós, mas em caráter incidental, embora estejamos em controle abstrato, apreciássemos a constitucionalidade ou não da norma estadual.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O pronunciamento sobre a norma da Constituição Estadual teria caráter apenas incidental no julgamento da ação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Nesse julgamento.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Exatamente.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): A dificuldade que eu tenho é a seguinte: não tem nenhum óbice, porque eu estou preparado para votar quanto ao mérito também. A minha dificuldade é a seguinte: temos entendido a possibilidade de enfrentar certos dispositivos que não foram atacados na inicial pela via do arrastamento. Todavia, há casos em que existe uma regra que dá fundamento de validade à arguição de inconstitucionalidade. E, aqui, no caso, como foi feita a arguição de inconstitucionalidade? Foi feita com base no vício de iniciativa. E a Constituição estadual tem como fundamento de validade da lei um vício de iniciativa. Agora, se a Corte entender que é possível superar esse óbice, é evidente que, quando nós formos julgar o mérito, não teria nenhum sentido que nós deixássemos de enfrentar a inconstitucionalidade do dispositivo constitucional, que dá fundamento de validade à iniciativa do Governador do Estado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, então, vamos mesclar processo objetivo com subjetivo. Se o alvo da ação direta de inconstitucionalidade é justamente a declaração de inconstitucionalidade de certo ato normativo, e se temos jurisprudência reiterada no sentido de que não se pode aditar a inicial, a não ser em caso de arrastamento – e aqui não há campo para chegar-se ao arrastamento, porque os diplomas são de hierarquias diversas –, como vamos admitir, neste processo objetivo, instituto que é próprio do controle difuso, ou seja, o incidente de inconstitucionalidade? Estaremos contrariando tudo que, em termos de doutrina, foi consagrado pelo Supremo até aqui.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, o que me parece, com o devido respeito, é o seguinte: temos que distinguir – e isso é fundamental para ordenar o raciocínio, pelo menos o meu –, em todas as demandas, seus dois elementos identificadores: um, o fundamento; outro, o objeto específico sobre o qual recairá a decisão com o eventual efeito de coisa julgada e de eficácia *erga omnes*, etc.

O que temos no caso? O objeto específico da ação é a lei em confronto com a Constituição Federal. Como fundamento da questão do conflito, não como

fundamento da demanda, noutras palavras, como passo metodológico necessário para decisão deste conflito, foi levantada preliminar que introduz questão respeitante ao fundamento da decisão. O que surge nessa questão de fundamento da decisão? Se é ou não inconstitucional a norma estadual em que a lei teria apoio.

Ora, nada impede que, em ação de inconstitucionalidade, que tem por objeto norma de lei, seja examinada, a título de fundamentação do julgado, *incidenter tantum,* questão de constitucionalidade de outra norma que lhe fundamentaria a suposta constitucionalidade. Noutras palavras, o Tribunal pronuncia-se sobre a norma da Constituição estadual *incidenter tantum*, isto é, como fundamento da decisão e, portanto, não estende as eficácias próprias da decisão de inconstitucionalidade a essa declaração incidental, e julga o objeto específico da ação e que é a lei. O Tribunal exerce aí a sua função, dá solução ao caso, pronuncia-se sobre a constitucionalidade, ou não, da norma da Constituição estadual, embora o faça apenas *incidenter tantum*.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: *Obiter dictum*.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não. É decisão *incidenter tantum*.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Se assim o for, contrariaremos tudo o que assentamos até hoje.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas quais os efeitos, Ministro Peluso, dessa declaração *incidenter tantum?* Porque a norma da Constituição estadual – acho que é o art. 24 – está posta e sendo exercida, foi fundamento para o legislador estadual fazer aquela.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas é simples: não tem nenhum efeito para exame da inconstitucionalidade perante a lei federal.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Até porque o contrário será direto.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Objetivamente, o que eu gostaria de saber, só para esclarecimento mais dos jurisdicionados do que nosso, é o seguinte: como é que fica essa norma? Ela prevalece? Porque ela foi declarada *incidenter tantum*. Então, ela some também.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, o contorno ao óbice não é perfeito e discrepa, a mais não poder, da organicidade do processo objetivo.

Não posso mesclar o processo objetivo com o referido instituto – como disse adotando-o de empréstimo – do controle difuso. Não posso, tendo em conta o fato de o pedido ser específico, dirigido apenas contra a lei, articulando-se o vício formal, chegar à declaração incidental da Constituição do Estado, matéria que não foi colocada pelo requerente da ação direta de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Só uma observação: em relação ao controle da lei municipal e da lei estadual, em face da constituição estadual e federal, já temos esse dilema, tanto é que o recurso extraordinário de

que se cuida aqui é um recurso extraordinário que eu chamei, Ministro Marco Aurélio, de um recurso extraordinário do *b*. É um recurso extraordinário que não é um recurso extraordinário do processo...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Para não se afastar a guarda da Constituição Federal pelo Supremo. Então, criamos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Exatamente. É um recurso extraordinário e sabemos...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E admitimos o recurso extraordinário, que geralmente é próprio ao processo subjetivo. Criamos, mas esse foi um passo necessário à guarda da Constituição Federal.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim, mas sabemos que esse recurso extraordinário, vejam, Senhores Ministros, na verdade, é um recurso extraordinário, portanto, é um instrumento típico do processo incidental, que se faz num processo objetivo. E o Supremo inclusive já disse que nesse caso, na decisão do recurso extraordinário, a eficácia é *erga omnes* porque se dá num processo subjetivo.

Uma hipótese que inclusive já aventei, em que é fácil...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Porque o processo continua sendo objetivo, Presidente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É verdade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Por isso tem-se, quanto à decisão do Supremo, embora decorrente do julgamento de um extraordinário, a eficácia *erga omnes*.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Veja Vossa Excelência que a hipótese não é atípica. Pode acontecer a seguinte situação: temos a impugnação de uma lei estadual – estou falando de ação direta de inconstitucionalidade estadual – em face da Constituição estadual. Vamos dizer que qualquer juiz da Corte especial, do órgão especial, entenda que a norma parâmetro, a norma da Constituição estadual, é inconstitucional, e isso no processo abstrato. O que ele dirá? Inconstitucional; agora estou falando em face da Constituição Federal. Dirá que incidentalmente proporá, que incidentalmente se declare a inconstitucionalidade da norma estadual em face da Constituição Federal. Isso é desse sistema. Por quê? Porque se criou realmente...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, vou colocar uma outra situação. Caso entendamos que podemos adentrar o campo da harmonia ou não da Constituição do Estado, que não está em jogo neste processo, com a Constituição Federal, teremos que assentar também que, atacada uma lei federal cuja base foi editada a partir de uma emenda constitucional, é possível chegar-se ao exame da harmonia ou não desta última com os termos primitivos da Carta!

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Isso já afirmamos no próprio Tribunal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não podemos, senão desaparecerá, inclusive, o critério do arrastamento quando realmente se tem campo propício para se estender pedido formulado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, isso já foi afirmado no Tribunal.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, eu gostaria de fazer uma observação sobre um fato que me causa certa perplexidade.

Em primeiro lugar, existe notícia – eu conferi aqui no *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – que essa lei, como fora dito da tribuna, já foi impugnada em face da Constituição do Estado e o órgão especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à unanimidade, considerou a lei inconstitucional.

Aqui, consultando a Constituição do Estado de São Paulo, verifico que o art. 24, § 2º, VI, que autoriza a criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos foi introduzida pelo constituinte estadual derivado na Carta Magna paulista. Ocorre que aqui há outro dispositivo que reproduz *ipsis litteris virgulisque* a Constituição Federal, o art. 70 da Constituição do Estado de São Paulo, que diz, textualmente, o seguinte:

> II – a criação e a extinção de cargos e a remuneração de seus serviços auxiliares e dos juízos (...)

Reproduz na íntegra o art. 96, inciso II, item *d*. Portanto, há uma certa contradição aqui na própria Constituição do Estado de São Paulo.

Então, parece-me que, *data venia*, esta preliminar poderia ser superada, na medida em que existe um dispositivo de apoio na própria Constituição paulista e que já foi examinada pelo Tribunal local.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite só para recordar ao Tribunal?

Pelo menos em três oportunidades, e textualmente – e isso representou virada na jurisprudência do Supremo, da qual Vossas Excelências vão lembrar-se –, no RE 298.695 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence) e no RE 298.694 (da mesma relatoria), em que se discutia certa vantagem, se podia ser reconhecida como direito adquirido, ou garantida pela regra da irredutibilidade, o Tribunal declarou o seguinte: que o Supremo pode, conhecendo do recurso, decidir a causa aplicando norma constitucional que, embora incidente, não tenha sido discutida nem invocada. E o mesmo repetiu no voto de Vossa Excelência, no RE 196.172/MG. Com essa postura, fixamos que o Tribunal não está impedido de examinar a arguição de inconstitucionalidade perante toda a Constituição. Aliás, não teria sentido que fosse o contrário.

E, depois, folheando por casualidade o *Manual*, do professor Jorge Miranda, vi que, em Portugal, isso é matéria tranquila, jamais foi posto em dúvida que a questão de inconstitucionalidade é examinada perante todo o texto da Constituição, ainda que sem referência às normas invocadas pelo autor da demanda.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: A situação aqui é diferente, Ministro Peluso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não. Se podemos examinar a título de fundamento, por que não podemos fazê-lo a título de fundamento da decisão?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: O que o Supremo decidiu nesses precedentes é que podem-se utilizar fundamentos não evocados pela parte para se decidir a inconstitucionalidade.

Aqui o que nós temos é um dispositivo que não foi impugnado, que está nas perspectivas de ser retirado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, mas, neste caso, é a *fortiori* o raciocínio, porque a questão foi suscitada.

Estamos cogitando de caso em que a questão não foi suscitada. Aqui, foi. Foi a parte contrária que introduziu a discussão. É a *fortiori* a aplicação do raciocínio de nova jurisprudência. Ainda que não tivesse sido suscitada, poderia ser examinada. Ora, a *fortiori* pode sê-lo quando a parte contrária suscita a questão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Se fosse no mesmo plano normativo, poderíamos estar discutindo o arrastamento ou não. Só que aqui ele está buscando como fundamento de validade, daí a proposta do controle que a gente vem fazendo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Na verdade, Ministro Presidente, aqui se tem uma extensão da declaração de inconstitucionalidade.

VOTO
(Confirmação)
(Sobre preliminar de conhecimento)

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ouvi com muita atenção, como sempre faço, aliás, e são sempre proveitosas para mim as ponderações de Vossa Excelência e, agora, aquelas proferidas pelo eminente Ministro **Peluso**.

Mas eu vou pedir licença a Vossa Excelência e ao Ministro **Peluso** para acolher a preliminar, mantendo o voto que proferi inauguralmente.

Entendo que nós estamos obrigados a ficar adstritos ao pedido. Aliás, foi o que decidiu esta Corte na ADI 2.648/07, em que Vossa Excelência foi Relator, e igualmente entendo que não é possível fazer a ampliação *ex arbitrio* do pedido em matéria de controle objetivo de constitucionalidade, que é o controle concentrado, como decidiu esta Corte na ADI 1.137, em que foi Relator o eminente Ministro **Maurício Corrêa**.

Tenho a convicção mais funda, Senhor Presidente, com o devido respeito à intervenção de Vossa Excelência e também do Ministro **Cezar Peluso**, que a posição posta pela Ministra **Cármen Lúcia** veio ao encontro daquilo que é o meu entendimento. Ou seja, não há possibilidade de nós avançarmos com ampliação

para acolhermos a inconstitucionalidade de um dispositivo que é fundamento de validade para a ação que foi atacada exclusivamente no plano normativo estadual.

Por essa razão, peço vênia a Vossa Excelência e ao Ministro **Cezar Peluso** e acolho a arguição preliminar de extinção da ação direta por falta de ataque ao dispositivo que dá fundamento de validade ao pedido.

VOTO
(Sobre preliminar de conhecimento)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, soa-me muito simpática a proposta feita de alargamento. Agora, eu tenho duas ponderações a fazer: a primeira, é que me parece que, do que diz principalmente o Ministro Peluso, há uma mudança realmente, conforme salientado pelo Ministro Joaquim Barbosa, no que foi citado como precedentes ou pelo menos como os fundamentos no outro caso e aqui. Aqueles outros casos, que vêm já da década de 80, do Supremo, dizem assim: se não foi invocado um fundamento constitucional, mas ele está na Constituição, e nós temos de analisá-lo, em face de toda a Constituição, do sistema constitucional, eventualmente eu me valho de um dispositivo que não foi impugnado.

Aqui a situação é outra. Nós estaríamos ampliando aquilo para que foi provocado o Supremo Tribunal. O Supremo Tribunal foi provocado para falar sobre a constitucionalidade, ou não, daquela lei estadual, cuja base a Constituição... – apenas para terminar, mas eu escuto Vossa Excelência com todo o gosto, Ministro Cezar Peluso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, é apenas para explicar o por que fiz essa ponderação.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Claro.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não a fiz em resposta antecipada à objeção de Ministro, mas ao que disse o Ministro Marco Aurélio. Portanto, é assunto à parte.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Incidentalidade.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É. O que pretendi deixar claro é que o Supremo deve examinar a questão introduzida pela parte contrária. Só que vai examiná-la *incidenter tantum*, sem alargar a extensão do objeto da causa. A extensão do objeto da causa é a da inconstitucionalidade da lei. Só que vai examinar...

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas quando se declara, Ministro, ele vai examinar também um artigo...

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim, mas aí não é *obiter dictum*, é decisão *incidenter tantum*.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ele vai examinar um artigo sobre o qual, primeiro, não houve controle objetivo; informações sequer foram pedidas sobre isso, porque a Assembleia teria de ser chamada para falar inclusive sobre esse artigo 24.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, mas isso se fosse objeto da ação.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não, mas nós estamos declarando inconstitucionalidade de uma norma da Constituição estadual e com os efeitos, como diz Vossa Excelência, que são os mesmos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Incidentalmente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministra Cármen, em relação ao caso, por exemplo, da lei de arbitragem, houve um debate, não era necessário – este é o voto do Ministro Pertence – discutir, naquele caso, a constitucionalidade, mas como o debate chegou até aquele ponto, o Tribunal debateu e chegou à conclusão de que era constitucional. É a ideia da *causa petendi* aberta para o controle direto.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Sim, mas a *causa petendi* aberta não atinge nos seus efeitos uma norma que não tinha sido trazida ao Tribunal.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Atinge e no recurso extraordinário. Exatamente é isto. Leva a declarar inconstitucional ou constitucional norma que não era nem necessária para a discussão, para resolver a controvérsia. Nós temos vários casos.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu acho que quanto aos fundamentos. Quanto ao objeto, acho que não.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Sr. Presidente, vamos examinar a questão por uma outra perspectiva. Examinemos em termos de relação entre os Poderes. Qual a consequência dessa decisão? Nós estaremos expungindo da Constituição de um Estado Federal uma norma que não foi atacada em nenhum momento, ou seja, *ex officio*.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Sobre o qual ele não falou. Sobre o qual ele não trouxe nada.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, permita-me uma observação quanto à norma. Tenho a impressão, com todo respeito, de que a norma invocada para levantar a preliminar não se aplica absolutamente ao caso sob exame. Veja, é outra questão.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É outra questão.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Aí é outro dado que não dá para (inaudível).

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Veja que interessante: a Constituição do Estado de São Paulo, no art. 24, § 2º, item 6, diz o seguinte:

Art. 24. (...)

§ 2º Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa de leis que disponham sobre:

(...)

6. criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos.

Admitamos que isso seja constitucional. Eu tenho a impressão de que nós não precisamos neste momento nos debruçar sobre isso. Por quê? Eu estou confrontando este texto com o texto da lei impugnada aqui, em face da Constituição Federal. O que se impugna aqui? Impugna-se, por exemplo, o artigo 24 desta Lei 12.227, que diz o seguinte: que trata do provimento e da perda da titularidade, delegação, serventias notariais. Quer dizer, são atos privativos do Governador. Não tem nada a ver com a criação, alteração, supressão de cartório. E mais.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Vossa Excelência me perdoe, mas é que dá fundamento de validade.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Concurso e remoção só por títulos. O que tem a ver isso com a criação, alteração, supressão de cartórios? Não tem nada a ver.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Isso, com o devido respeito, prova que o Tribunal tem de examinar a questão para saber se a norma estadual impede, porque pela interpretação da norma estadual, quando chegar aqui... Ela não diz respeito, não interfere na inconstitucionalidade em relação à norma federal.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Não interfere absolutamente.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas aí nós não vamos declarar a inconstitucionalidade, aí, pode-se, sim, superar a preliminar.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O Ministro Lewandowski levantou outro aspecto que me parece fundamental – e me perdoe V. Exa., se banco seu intérprete. O que entendi de Vossa Excelência, que me pareceu ter toda razão, é o seguinte: que não podemos, sequer *a priori*, deixar de examinar a norma da Constituição Estadual, até porque pode suceder que o seu significado não interfira na questão e, por isso, não impeça o reconhecimento da inconstitucionalidade perante a Constituição Federal. Exatamente aí vai fechar a discussão.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas, Ministro, aí está certo, porque neste caso a análise não seria para declarar a inconstitucionalidade, mas para ver a pertinência.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Então nós vamos simplesmente ignorar a preliminar.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Exatamente, não examinamos a preliminar.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Exatamente. Aí eu acato para ultrapassar, e peço vênia ao Relator, mas para afastar.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Para ver a compatibilidade. O que é essa lei estadual? É estabelecer critérios de promoção, de nomeação, que é ato privativo – sempre foi, pelo menos até agora.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas, então, de todo jeito, nós não precisamos tomar uma decisão sobre isso; deixemos para uma outra ocasião.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Vamos examinar para ver se representa óbice ou não.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas, de todo jeito, nós não vamos entrar na questão da constitucionalidade ou não. E podemos ultrapassar a preliminar pela inaplicabilidade ao caso concreto apenas como fundamento.

E nesse sentido peço vênia ao Relator.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Vossa Excelência me perdoe, com a devida vênia, eu refuto, com o maior rigor possível, a interpretação que foi dada inclusive pelo meu querido amigo Ministro **Ricardo Lewandowski**.

A ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada com base no princípio do vício de iniciativa do Governador do Estado, e ela teve a iniciativa com base no dispositivo da Constituição do Estado, que atribui competência privativa ao Governador do Estado para essas leis relativas aos serviços notariais. E eu entendo que, se o dispositivo não foi atacado nos termos da ampla jurisprudência da Corte, nós não podemos ultrapassar a preliminar.

Eu fiz questão de destacar que essa situação que agora está é completamente diferente daquela outra trazida pela eminente Ministra **Cármen Lúcia**, em que não se cuidava dessa questão específica do fundamento de validade imediata.

Então, com todo respeito aos meus eminentes Colegas, nem que tenha de ficar vencido, eu fico vencido com relação a esse aspecto, porque entendo que não é possível a ampliação do pedido. E vejo, sim, um nexo de causalidade imediato entre o dispositivo da Constituição do Estado e aquele que gerou a lei que está sob impugnação.

VOTO
(Sobre preliminar de conhecimento)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, *data venia*, reitero, supero a preliminar, porque entendo, com todo respeito, e pelas ponderações do eminente Ministro Menezes Direito, que sempre traz adminículos tão positivos e substanciosos à nossa discussão, eu quero crer, ao menos numa primeira análise desta questão, que o dispositivo da Constituição Estadual invocado nada tem a ver com a lei impugnada aqui nesta Corte, a Lei estadual 12.227, que se refere a outro dispositivo da Constituição estadual e da Constituição Federal.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: O dispositivo da Constituição é o art. 17 do ADCT?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Não, ele corresponde ao art. 96, inciso II, *b*.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Não, não, da lei estadual.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Da Constituição estadual, no art. 70:

> Art. 70. Compete privativamente ao Tribunal de Justiça, por deliberação de seu Órgão Especial (...)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: O que eu noto aqui na inicial do Procurador-Geral da República é que ele evoca, sim, o art. 17 do ADCT da Constituição de São Paulo.

E diz o seguinte:

> Lei a ser editada no prazo de quatro meses após a promulgação desta Constituição disporá sobre normas para criação dos cartórios extrajudiciais, levando-se em consideração sua distribuição geográfica, a densidade populacional e demanda do serviço.
>
> § 1º O Poder Executivo providenciará no sentido de que, no prazo de seis meses após a publicação da lei mencionada no *caput* deste artigo, seja dado cumprimento a ela, instalando-se os cartórios.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Uma coisa é a instalação, alteração e supressão de cartórios; outra é a interferência na nomeação, na forma de realização dos concursos, de promoção. Isso é ato típico – e sempre foi – do Poder Judiciário. É disso de que a Lei 12.227 trata. Eu até admito, em princípio, que seja constitucional essa norma, aqui invocada no art. 24, § 2º, VI, da Constituição estadual e no art. 17, e a criação, sim, pode partir do Executivo. Mas como é que vão funcionar esses serviços notariais – isso é matéria de iniciativa privativa do Poder Judiciário.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Mas esse dispositivo, que acabo de ler, faz alusão expressa a Poder Executivo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sim, mas ao quê? À instalação de cartórios.

Veja o art. 29 da Lei 12.227:

> Art. 29. O provimento e a perda da titularidade de delegação das serventias notariais e de registros são atos privativos do Governador do Estado (...)

Quer dizer, avançou.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Qualquer matéria relativa à serventia pertence ao Poder Judiciário, não pertence ao Poder Executivo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Pois é, então essa lei ingressou, quer dizer, ultrapassou a autorização que o art. 29 outorgou ao Governador – ao meu juízo.

VOTO
(Sobre preliminar de conhecimento)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, tenho aprendido, cada vez mais, a ouvir e só me manifestar quando entender que tenho alguma coisa relevante a dizer. Tudo que no caso havia de relevante já foi dito.

Vou pedir vênia aos Ministros que votaram em sentido contrário e ficar com a jurisprudência.

Acompanho o voto do Ministro Relator, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

VOTO
(Sobre preliminar de conhecimento)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, a proposta é de simplesmente se superar a preliminar, não é isso?

Vou acompanhar essa proposta, sobretudo porque acho que o Procurador-Geral já evocou, na inicial, o art. 17 do ADCT – esse artigo deixa pelo menos a entender que a competência seria do Executivo. Acho que a questão está posta, na inicial, pelo Procurador-Geral.

Assim, peço vênia ao Ministro Carlos Alberto Menezes Direito para acompanhar a divergência.

VOTO
(Sobre preliminar de conhecimento)

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, simpatizo com a ideia do julgamento *incidenter tantum* do processo objetivo, não me repugna admitir essa possibilidade, mas não me comprometo com a tese do pedido em aberto em processo objetivo. Estou fazendo essa distinção.

A proposta de Vossa Excelência me lembra uma passagem de Canotilho quando ele fala de interdependência lógica, coerente até com a jurisprudência de Portugal há pouco citada pelo Ministro Peluso. Em Portugal, quando a declaração de inconstitucionalidade de uma norma – uma norma que faz parte de um programa de normas – é feita, é por arrastamento. Digamos assim, por solidariedade teleológica, tudo é alcançado pela declaração de inconstitucionalidade.

No caso, parece que a parte requerente – em rigor não há nem parte em ação direta de inconstitucionalidade – ou um dos requeridos suscitou a questão. O *amicus curiae* suscitou a questão. E suscitou porque, de fato, estou enxergando aqui um imbricamento temático, uma coisa puxando outra e não me repugna admitir o juízo do julgamento pelo critério do *incidenter tantum* no processo objetivo.

Então, com essa ressalva, supero a preliminar nos termos da dissidência, porém fazendo esta distinção, esta ressalva: não estou assentando o pedido em aberto na ação direta de inconstitucionalidade.

VOTO
(Sobre preliminar de conhecimento)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, por todos os argumentos já adiantados, com o devido respeito ao eminente Ministro Relator e aos que o acompanharam, acho que, servindo-me também do raciocínio dos Ministros Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, além de tudo está posta a questão perante a Constituição estadual no tópico 4 da petição inicial, em que se alega que seria contrária à Constituição estadual. O Procurador-Geral foi expresso a respeito do art. 17 do ADCT da Constituição, que refere e transcreve como alguma coisa que poderia obstar a inconstitucionalidade. Noutras palavras, está questionada também, até como objeto, a própria Constituição estadual.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Então, ótimo. Isso nos conforta totalmente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ademais, Senhor Presidente, e esse é que me pareceu o cerne do fundamento do Ministro Ricardo Lewandowski, perante a Constituição estadual teríamos primeiro de examinar qual o alcance da Constituição estadual para, depois, dar a resposta a essa matéria, a essa questão.

Então, com o devido respeito, considero também prejudicada para efeito de ser examinada até perante a Constituição estadual.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, na sessão matutina, cogitei da segurança jurídica, que reputo muito importante, principalmente quando o pronunciamento é formalizado pelo Supremo.

O Ministro que me antecedeu nesta cadeira, o Ministro Néri da Silveira, costumava sempre ressaltar que o Supremo é um Tribunal compromissado com princípios e deve guardá-los até mesmo para que o exemplo seja frutífero. E aqui estamos a abrir exceção que certamente será observada, quanto às representações de inconstitucionalidade, pelos vinte e sete Tribunais de Justiça do País.

O processo é objetivo. Se, de um lado, é certo que não estamos jungidos à causa de pedir, estamos presos, necessariamente, ao pedido e, somente em situações excepcionalíssimas, viável o arrastamento, pode-se ir adiante do que pleiteado pelo requerente ou, melhor, pelo autor da ação direta de inconstitucionalidade.

E por que a causa de pedir é aberta? Porque a ação direta de inconstitucionalidade é ação de mão dupla. Tanto é dado chegar à declaração de inconstitucionalidade, conforme pleito formalizado, como à de constitucionalidade. E, então, imagina-se que os integrantes do Colegiado sejam semideuses. Imagina-se que, julgando uma ação direta de inconstitucionalidade, pouco importando a sobrecarga de processos hoje enfrentada, ele proceda ao cotejo do ato normativo atacado com todos os dispositivos da Constituição Federal, mas é a jurisprudência.

Agora, jamais admitimos o arrastamento quando se tem diplomas de níveis diversos. No caso, atacou-se, mediante esta ação direta de inconstitucionalidade, lei ordinária e se atacou apontando justamente o vício formal, olvidando-se que há autorização expressa na Carta estadual quanto à atuação do Chefe do Poder Executivo.

Indago: podemos mesclar, sem perda da organicidade do Direito, processo objetivo com processo subjetivo para estabelecermos, no primeiro, incidente de inconstitucionalidade se o próprio objeto é a declaração de conflito de um ato normativo com a Carta? A resposta para mim é desenganadamente negativa, Presidente.

Não tenho, aqui – perdoe-me a expressão forte –, como sofismar e olvidar que não é objeto desta ação direta de inconstitucionalidade a retirada do mundo jurídico do preceito da Constituição do Estado que autorizou a iniciativa da lei pelo Chefe do Poder Executivo. Não posso como que aditar a inicial, muito menos a esta altura, quando o processo se encontra aparelhado para julgamento.

Se concluir de forma diversa – é a minha ciência e consciência –, estarei surpreendendo as partes envolvidas neste processo – partes aqui em sentido linear largo, não partes de processo subjetivo.

Não há, Presidente, essa figura – do incidente de inconstitucionalidade em processo objetivo. Jamais vi, nestes dezenove anos de Supremo – praticamente é esse o tempo já que o completo em 13 de junho próximo –, cogitar-se de incidente de inconstitucionalidade em processo objetivo. Fica muito bem em processo subjetivo, quando indispensável definir-se a harmonia ou não de certa lei aplicável à espécie, para solução do conflito de interesses, com o diploma maior, mas não em processo objetivo.

Sob o ângulo do vício formal, deveria o requerente, necessariamente, dirigir o ataque à Constituição do Estado e à lei decorrente desta. No caso, o principal é a Constituição do Estado e não a lei ordinária. Não posso, porque atacado o acessório – a lei ordinária –, compreender, nesse pedido formalizado, o ataque também à Constituição estadual.

Creio – e estabeleci isso como premissa de atuação – que, não havendo um órgão acima do Supremo para rever as respectivas decisões, deve-se atuar com cautela maior. E, tanto quanto possível, apesar de não ser um ortodoxo, devemos homenagear o que até aqui estabelecido. Quantas e quantas vezes fulminamos processos objetivos em razão da deficiência da inicial, no que atacado apenas um diploma quando, necessariamente, outro diploma – e, neste caso, de hierarquia maior – deveria também ter sido atacado?

Ficará capenga o sistema se entendermos que é possível analisar essa lei assentando como fundamento a inconstitucionalidade da Carta estadual – que não está em jogo, porque silente o pedido formalizado –, declarando, no processo objetivo, a inconstitucionalidade da Constituição do Estado.

Por maior que seja o pragmatismo, há limites a se observar. Vale notar que está a caminho do Supremo, ao que tudo indica, recurso extraordinário

interposto no processo objetivo com o qual se defrontou originariamente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo contra decisão ali proferida.

Há de se ressaltar também que o acolhimento da preliminar não fecha a porta ao ajuizamento, com inicial aperfeiçoada, de nova ação direta de inconstitucionalidade.

Peço vênia àqueles que entendem de forma diversa para, no caso, sufragar o entendimento do Relator – Ministro Menezes Direito –, cumprimentando-o até mesmo, porque Sua Excelência, guardando pouca antiguidade na Casa – é ainda o mais novo integrante –, zela pela jurisprudência do Supremo, sedimentada nesses muitos anos.

É como voto.

VOTO
(Sobre preliminar de conhecimento)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Também peço vênia ao eminente Ministro Menezes Direito, por fundamentos diversos a partir da observação do Ministro Ricardo Lewandowski. Sua Excelência entendeu inclusive que não seria aplicável à norma, no caso, tendo em vista uma interpretação estrita da própria lei.

Permito-me, agora, à guisa de *obiter dicta*, fazer brevíssimas considerações sobre o assunto.

Entendo que, diante da Constituição de 1988, especialmente do modelo de controle de constitucionalidade da lei estadual e municipal, *in abstracto*, temos que conviver, inevitavelmente, com a possibilidade do controle incidental da norma constitucional estadual em face eventualmente da norma constitucional federal.

Tanto que, já em escrito antigo, que agora reproduzo, eu dizia o seguinte:

> Pode ocorrer que o Tribunal estadual considere inconstitucional [a Constituição estadual, portanto] o próprio parâmetro de controle estadual, por ofensivo à Constituição Federal. No sistema concentrado clássico, o Tribunal submeteria a questão, no âmbito do controle concreto de normas, ao Tribunal Constitucional Federal
>
> Todavia, como haverá de proceder [perguntava eu], entre nós, o Tribunal de Justiça que identificar a inconstitucionalidade do próprio parâmetro de controle estadual?

E respondia:

> Nada obsta a que o Tribunal de Justiça competente para conhecer da ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição estadual suscite *ex officio* a questão constitucional – inconstitucionalidade do parâmetro estadual em face da Constituição Federal –, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma constitucional estadual em face da Constituição Federal e extinguindo,

> por conseguinte, o processo, ante a impossibilidade jurídica do pedido (declaração de inconstitucionalidade em face de parâmetro constitucional estadual violador da Constituição Federal).

Isto é mais ou menos algo comezinho, que acontece exatamente porque temos um modelo federativo em que há essas normas de reprodução obrigatória e, portanto, é obrigatório, quase, o confronto entre a norma da Constituição Estadual e a norma da Constituição Federal.

> Portanto [dizia eu], da decisão que reconhecesse ou não inconstitucionalidade do parâmetro de controle estadual seria admissível recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (...).

Portanto, esse é um exercício mais ou menos rotineiro. No caso que se colocou, foi uma situação um pouco diversa, porque a norma estadual constitucional é que dava fundamento de validade, na leitura do eminente Relator, para a norma ordinária. Daí o tema ter se colocado.

E nós temos – eu lembro também – aqui que, quanto à possibilidade, há vários precedentes. Cito pelo menos dois no controle incidental, é claro, em que, ao contrário do que se verifica nas demais instâncias, que só poderão declarar a inconstitucionalidade de norma que deva ser aplicada à causa, o Supremo entende possível que, verificada a inconstitucionalidade em sede de controle difuso, deve ele emitir juízo quanto à validade da norma, ainda que essa se mostrasse dispensável à solução da controvérsia.

Cito o primeiro caso, muito mencionado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, MS 20.505, em que se discutia a legalidade ou ilegalidade de nomeação de prefeito *pro tempore*. O Ministro Néri da Silveira dizia expressamente: nós podemos examinar apenas em face da ilegalidade. Mas o Tribunal decidiu considerar também a inconstitucionalidade.

E outros casos célebres, a meu ver, são os da SE 5.206-AgR e da AO 499. É a questão do juízo arbitral: saber se era constitucional ou não. O Tribunal, discutindo essa questão, entendeu que era de se fazer a verificação. E o Ministro Sepúlveda Pertence claramente disse: estamos fazendo a despeito de ser desnecessário para o exame. Por quê? Porque o debate levou a essa controvérsia.

No caso, estamos a verificar, em verdade, a necessidade até eventualmente de um esclarecimento. E essas questões podem surgir, embora não seja necessário, porque vimos que os fundamentos outros podem legitimar a superação da preliminar suscitada no entendimento a partir da manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski, mas eu gostaria de fazer essas pontuações apenas para reflexão porque certamente vamo-nos defrontar com outras situações semelhantes.

Não estamos a falar, portanto, de extrapolação ou de violação do princípio do pedido. Aqui, apenas declaramos a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma até para dar um mínimo de coerência à Constituição. O Ministro Ricardo Lewandowski demonstrou bem, quer dizer, dependendo da leitura que

se faça, pode ser que o próprio Texto paulista tenha uma incongruência em face da Constituição Federal.

De modo que, fazendo essas brevíssimas considerações e pedindo todas as vênias ao meu dileto amigo Ministro Menezes Direito, também acompanho a divergência instalada – e, desculpem-me, pedindo vênia também aos Ministros Eros Grau e Marco Aurélio, que o acompanharam – a partir da discussão e, especialmente, do voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

EXPLICAÇÃO
(Sobre preliminar de conhecimento)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, quero apenas deixar claro que, tal como, aliás, realçou no seu voto o Ministro Carlos Britto e alguns outros, estou superando a preliminar em face, rigorosamente, do posto, sem nenhum comprometimento, em absoluto, com a tese de que seria possível não a causa de pedir em aberto, mas no sentido de que o pedido fosse em aberto, de tal maneira que pudéssemos adentrar ou estender a competência.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim, por isso eu disse que a preliminar está sendo superada por múltiplos fundamentos.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Exatamente. Foi por múltiplos fundamentos, e apenas quero deixar claro o meu, porque isso pode ensejar outras ações.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Daí eu ter enfatizado, na verdade, a sustentação.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Esse é o meu pensamento também.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Exatamente. Eu é que estou fazendo esse adendo, mas isso fica à guisa de *obiter dictum*.

Então, superada essa preliminar, creio que nós podemos continuar.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Senhor Presidente, no mérito, a lei é absolutamente inconstitucional. Isso não tem a menor dúvida. Não adianta nem ler o voto que proferi, porque há precedentes amplíssimos da Suprema Corte. E lembro dois, aqui, do Ministro **Carlos Velloso** e do Ministro **Celso de Mello**, no sentido de que toda a matéria relativa à organização cartorária é de iniciativa do Poder Judiciário. Então, indiscutivelmente a lei é sem dúvida alguma inconstitucional.

Então, eu declaro a inconstitucionalidade da lei.

Agora, pergunto à Corte se não temos que declarar em consequência a inconstitucionalidade também do dispositivo da Constituição estadual. Porque do jeito que nós vamos declarar, se permanecer hígida a disposição da Constituição

estadual no tocante ao poder de iniciativa, evidentemente que o Governador vai continuar mandando projetos de lei.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Não vai acontecer porque o Procurador-Geral da República deve preparar logo uma outra ação direta para impugnar.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Então, estou consultando a Corte, porque estou entendendo que a lei é absolutamente inconstitucional. Isso não tem a menor dúvida. Agora, a declaração de inconstitucionalidade da lei, a meu sentir, pela discussão que foi efetuada, incluído até mesmo o art. 17, que foi também mencionado aqui na Corte, seria de alcançar essa inconstitucionalidade, porque nós estamos dando exatamente pelo vício de iniciativa. E o vício de iniciativa não é superado pela interpretação de que dispositivo constitucional seria ou não seria compatível com a iniciativa que foi tomada com relação a essa lei. Porque o objetivo da Corte foi deixar que todo o sistema de organização de serviços notarias seja de iniciativa do Poder Judiciário.

Eu, então, julgo procedente a ação e declaro a inconstitucionalidade da lei.

DEBATE

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Senhor Presidente, consulto a Corte porque fiquei vencido quanto à preliminar, se avançamos para declarar a inconstitucionalidade também do dispositivo da Constituição estadual, que, a meu sentir, daria fundamento de validade à inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Se fôssemos seguir a orientação que tem presidido os julgamentos de controle incidental, parece-me que seria essa a posição recomendada. Não há nenhuma dúvida quanto a essa possibilidade, mas ouço os Colegas.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, acho que a condição para conhecimento foi de que se tratasse apenas de conhecer em relação à lei. Essa foi a ponderação. Inclusive a minha adesão à tese vencedora foi nessas condições.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Eu peço licença a Vossa Excelência, ouvirei a Corte como, claro, sempre faço, porque é uma matéria que vai depender da interpretação do julgamento da preliminar. Estou entendendo que, uma vez superada a preliminar, como foi superada na preliminar, por múltiplos motivos, fica, ao meu sentir, completamente dúbia a decisão da Corte que declara a inconstitucionalidade de uma lei por vício de iniciativa, portanto pelo aspecto formal, e mantém hígido o dispositivo que continua violentando, porque diz respeito à iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo para iniciativa de leis relativas aos cartórios.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Posso entender que Vossa Excelência está encaminhando voto, então, no sentido de também declarar a inconstitucionalidade do dispositivo da Constituição estadual?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Minha tendência é a declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo diante da superação, mas me submeterei ao conselho do que a Corte decidir.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Eu continuo com o entendimento que já externei. Não podemos declarar a inconstitucionalidade de norma que não foi impugnada e só aderi à proposta de superação da preliminar, porque foi dito aqui que nós poderíamos – digamos – ignorar o disposto na Constituição, que independeria do exame da Constituição estadual o prosseguimento do julgamento em relação ao exame de inconstitucionalidade da lei.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ministro **Joaquim Barbosa**, Vossa Excelência me permite?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Esse foi o meu voto. Acho que o voto da Ministra Cármen Lúcia foi também nesse sentido.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Vossa Excelência me permite só uma informação? Não sei se seria útil ou não. É que os precedentes do Supremo Tribunal Federal, nessa matéria de serventias judiciais, são muito claros. Eles afirmam que toda matéria em serventias judiciais e extrajudiciais é matéria de organização judiciária; e, se é matéria de organização judiciária, é da competência privativa do Poder Judiciário.

Por essa razão é que, vencida a preliminar, ao meu sentir, a Corte deveria encaminhar-se para alcançar a inconstitucionalidade por vício de iniciativa formal.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Mas a preliminar não foi vencida nesses termos. Ela não foi vencida nesses termos.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Até porque aqui há o problema do princípio da autonomia do Poder Judiciário e da norma da Constituição da República.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Ela não foi vencida nesses termos. Se foi nesses termos, reformulo o meu voto para acompanhar Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Mas foi nesse sentido.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Não.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, eu queria adiantar o meu voto e dizer que acompanho integralmente o entendimento do Ministro Menezes Direito no que tange à inconstitucionalidade da Lei 12.227.

Assevero que, no meu entendimento, não está em causa, *data venia*, a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do art. 24, § 2º, VI, da Constituição do Estado de São Paulo. Porque a lei que está sendo impugnada aqui e agora, que é a 12.227, trata da disciplina interna dos serviços notariais; não trata da criação, alteração ou supressão de cartórios. É uma outra questão que, *data venia*, não está sendo examinada nesta ADI.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ministro, Vossa Excelência me perdoe, mas a jurisprudência da Suprema Corte não faz essa distinção. A jurisprudência da Suprema Corte afirma peremptoriamente que, em matéria de serventias judiciais e extrajudiciais, é a matéria de organização judiciária. Se é matéria de organização judiciária, a competência é do Poder Judiciário. A Suprema Corte em nenhum momento faz essa distinção. Se se quiser fazer essa distinção, estaremos alterando o padrão jurisprudencial da Suprema Corte. E posso falar a cavaleiro porque fiquei vencido na preliminar. Agora, vencido na preliminar, como sempre faço, entendo que ficaria um vácuo declararmos a inconstitucionalidade de um dispositivo que tem como fundamento de validade este outro.

Mas, de todos os modos, isso é matéria que a Suprema Corte certamente decidirá.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministro Ricardo Lewandowski, acho que até na linha da compatibilização que Vossa Excelência defende, talvez o voto do Ministro Menezes Direito deveria ser seguido, porque Vossa Excelência apontou uma incongruência entre...

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, não me oponho porque também entendo que realmente a competência é privativa. Inclusive tenho a impressão...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vossa Excelência apontou uma incongruência.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sendo uma incongruência na própria Constituição Maior. Até usei uma expressão: "uma esquizofrenia na própria Constituição".

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vossa Excelência estava tentando fazer uma interpretação que distinguia a criação do provimento que o Ministro Menezes Direito fortemente contestou.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Perfeitamente. Se o Plenário entender tecnicamente viável que nós, incidentalmente, declaremos a inconstitucionalidade desse dispositivo, art. 24, § 2º, VI, da Constituição do Estado de São Paulo, não me oponho.

VOTO
(Retificação)
(Sobre preliminar de conhecimento)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, não. Como disse no início, eu tinha ficado exclusivamente na preliminar, na possibilidade de se examinar sem afastamento. Se essa preliminar, como bem disse agora o Ministro Menezes Direito, é impossível sem a declaração – e eu não comungo ainda, posso até vir a comungar –, vou pedir vênia, mas vou reajustar o meu voto na preliminar para seguir o Relator – que eu não tinha seguido – exatamente por essa possibilidade.

Eu reajusto o meu voto no sentido de não conhecer da ação.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Esse é o meu voto também. Eu vou reformular.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Se isso for superado, se eu ficar vencida nisso, acompanho o Ministro Relator. Mas realmente eu tinha votado exatamente dentro da perspectiva e tal como fiz questão de dizer antes: da possibilidade de não ser necessário, porque, como foi levantado pelo Ministro Ricardo Lewandowski...

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas Vossa Excelência pode votar julgando a ação procedente, sem a extensão do Ministro Relator.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Sim, mas aí eu teria de dar como fundamento exclusivamente a competência da Constituição da República para garantir, na autonomia do Poder Judiciário, autonomia para isso. Só isso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É só Vossa Excelência adotar fundamento. Não há necessidade de acompanhar.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Só da norma infraconstitucional. Está certo.

Voto nesse sentido.

PROPOSTA

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, hoje estamos com *quorum* praticamente mínimo para declarar a inconstitucionalidade de lei. Somos nove. Dois colegas que integram o Tribunal não estão presentes.

Penso que, pela repercussão da matéria e pela ambiguidade surgida quanto a ter-se como inconstitucional a Carta do Estado e não se declarar essa inconstitucionalidade, para mim colocações conflitantes – ou uma coisa é ou não é –, devemos aguardar a presença de todos. Estaremos dando uma guinada, em primeiro lugar, na jurisprudência.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Se aceitarmos a preliminar...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E estaremos deixando no cenário essa ambiguidade, ou seja, ter-se como inconstitucional um preceito da Constituição do Estado e não sacramentarmos – mesmo entendendo que, no caso, é indispensável assentar-se essa inconstitucionalidade – o vício, quer dizer, o reconhecimento do vício.

Pondero sobre a conveniência de indicar-se adiamento.

DEBATE

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite? Vou tentar conciliar, fazendo uma ponderação.

Acho que é possível, aqui, fazermos uma distinção que não altere o resultado do julgamento. Parece que todos estamos de acordo em que a lei é inconstitucional. A lei é inconstitucional, não há dúvida nenhuma.

Agora, podemos estabelecer uma distinção. A declaração de inconstitucionalidade alcançaria, ou não, o disposto no art. 24? Além do que foi dito pelo procurador da demandante, é muito interessante observar que a lei não se funda no art. 24.

Ela dispõe assim:

Regulamenta o artigo 17 das Disposições Constitucionais Transitórias.

Está claro que a norma tem por objeto exatamente a regra atacada pelo Procurador-Geral quando disse que a lei extravasou o que prevê o art. 17 das Disposições Transitórias. A meu ver, ele tem também razão sobre esse ponto, porque o art. 17, na verdade, não diz que a iniciativa é do Poder Executivo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ele instalará.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Vossa Excelência pode ler. Ela não diz que a iniciativa seja do Poder Executivo. Diz que, depois que a lei for editada – sem que se saiba, pelo art. 17, de quem é a iniciativa –, o Executivo tomará as providências dele – Executivo – para implantar os cartórios.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Instalando-os.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Isso é outra coisa.

O que se está prevendo aí é a obrigação de o Executivo implantar os cartórios depois que a lei for editada. Acontece que essa lei, de fato, não regula nem criação, nem alteração, nem supressão de nenhum serviço; regula apenas o funcionamento dos serviços. Por isso, é teoricamente possível deslocar o objeto da lei, da previsão do art. 24. Em suma, posso declarar a inconstitucionalidade dessa lei, sem declarar, necessariamente, a inconstitucionalidade do art. 24, ainda que essa seja ostensiva.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ministro **Cezar Peluso**, Vossa Excelência me perdoe, só para eu fazer também a minha manifestação.

Pedindo vênia a Vossa Excelência, eu divirjo dessa compreensão. E o faço pelo seguinte motivo: como Vossa Excelência disse muito bem, o art. 17 faz referência não à iniciativa do Poder Executivo, porque diz apenas que o Poder Executivo tomará as providências uma vez editada a lei.

Ora, o que acontece? O fundamento de validade para a iniciativa, e a inconstitucionalidade foi ajuizada por vício de iniciativa, é o art. 24, ou seja, o artigo que dá competência privativa ao Governador do Estado. É como disse o Ministro **Gilmar Mendes** há pouco. Não se pode fazer, porque a Suprema Corte não faz essa distinção.

Aí, então, na minha compreensão, se nós admitirmos, superada a preliminar por qualquer que seja o fundamento, ficaria difícil declararmos a

inconstitucionalidade da lei e deixarmos hígido o dispositivo que fundamentou o princípio da iniciativa, princípio esse atacado na ação direta de inconstitucionalidade. Então, no meu entender, poder-se-ia avançar até essa declaração, independentemente de sedimentar a outra posição.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, Ministro Menezes Direito. Vou esclarecer meu ponto de vista. O meu raciocínio baseia-se no seguinte: o art. 17 das Disposições Transitórias tem de ser interpretado de acordo com o artigo que atribui ao Tribunal de Justiça a iniciativa sobre lei de funcionamento. Noutras palavras, não há dúvida – e isso é o que interessa para o julgamento – de que a lei que disponha sobre funcionamento dos serviços é da iniciativa exclusiva do Tribunal de Justiça. Por quê? Porque o art. 24 não a exclui. Interpreto o art. 17 como tendo por objeto normas de caráter geral sobre funcionamento. Não, normas textuais, leis textuais de criação, alteração, nem supressão de serviço. Normas que criem cartório tal, extingam cartório, modifiquem ou desdobrem cartórios, é coisa prevista no art. 24. Mas não é disso que a lei impugnada trata. Ela trata da matéria objeto do artigo 17 das Disposições Transitórias. Que matéria é essa? É de funcionamento, organização etc., como consta da própria lei, que se reporta não apenas ao art. 17, mas abre o art. 1º explicitando qual o seu objeto.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ou seja, para Vossa Excelência, teria havido abuso do Poder Legislativo porque ele exorbitou do campo de competência.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, aí houve inconstitucionalidade formal, porque a iniciativa da lei a que se refere o art. 17, não o 24, não há dúvida de que é da competência do Tribunal de Justiça.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Que a matéria seria outra.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ministro **Cezar Peluso**, sem querer prolongar o nosso trabalho na correção das notas taquigráficas, que, já vejo, será muito longo, será difícil e será árduo, quero apenas insistir que essa distinção, como sempre brilhantemente feita por Vossa Excelência, na realidade não é a distinção que está posta na Suprema Corte. A Suprema Corte sempre entendeu que tudo que se refere à organização nos serviços notariais é relativo à organização judiciária, e, sendo assim, ele é de iniciativa do Poder Judiciário.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É o que estamos afirmando. Está certo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Por isso que o Ministro Cezar Peluso está dizendo que é inconstitucional.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Exatamente. E por quê? Porque o que foi proposto não é com relação ao art. 17, mas com relação ao vício de iniciativa; e a iniciativa foi tomada com base no art. 24, que não foi atacado.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Que não foi referido na petição.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro Menezes Direito, Vossa Excelência me permite?

É exatamente o que Sua Excelência afirma que constitui fundamento do meu voto. Ou seja, como a Corte não tem nenhuma dúvida de que, entre outras matérias, a lei que trata do funcionamento e da organização dos serviços é de iniciativa exclusiva do Tribunal de Justiça – só por esse fundamento –, a lei é inconstitucional, sem que haja necessidade de se declarar a inconstitucionalidade do art. 24, porque ela não trata dessa matéria, e, muito menos, a do art. 17, que não dá iniciativa ao Governador. O art. 17 só cuida da criação, alteração ou supressão de cartório. No caso, a lei não cria cartório, não altera cartório e não suprime cartório. Dispõe sobre o quê? Sobre organização, funcionamento do serviço!

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas também sobre localização dos cartórios.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Localização, mas não cria nada.

Portanto, não cai sob o âmbito do art. 24, que fica fora da discussão. Entra no alcance do art. 17, que não dá ao Governador iniciativa para isso. Logo, é inconstitucional de acordo com nossa jurisprudência, sem que seja preciso declarar a inconstitucionalidade do art. 24 e sem que se precise declarar também a do art. 17.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ministro **Cezar Peluso**, eu nem sempre tenho condições de ajudá-lo, como Vossa Excelência acabou de dizer, mas, desta feita, eu creio que não ajudei suficientemente bem, pois o meu raciocínio é no sentido exatamente contrário. Sei que já estamos com a matéria bem apreciada e talvez devêssemos ouvir a ponderação do Ministro **Marco Aurélio**.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Vossa Excelência ajudou muito, Ministro. É da iniciativa do Governador a lei que crie, modifique ou suprima cartório. Essa lei não cria, não modifica, nem suprime cartório; logo, não é objeto da incidência do art. 24.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Mas essa lei foi proposta com base no art. 24.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, vou acompanhar o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

VOTO
(Sobre preliminar de conhecimento)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, volto à preliminar para reformular meu voto.

Para ser coerente com a proposta agora reiterada pelo Ministro Cezar Peluso, não posso superar a preliminar. Portanto, em princípio, acompanho o Relator quanto à preliminar.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, quanto ao mérito, e coerente com esse ponto de vista, declaro a inconstitucionalidade tão somente da lei.

DEBATE

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ministro **Britto**, Vossa Excelência me permite?

O Ministro **Marco Aurélio** fez uma ponderação; talvez nós não devêssemos votar antes de examinar a ponderação do nosso hoje decano nesta sessão, não é?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Quanto ao prosseguimento.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Quanto ao prosseguimento do julgamento.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Quanto a esta questão, essa incidência.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Uns já votaram, já até se retiraram.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Quem votou já se pronunciou pelo prosseguimento.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Presidente, *data venia*, nos últimos tempos, o nosso *quorum* tem variado bastante. Eu creio que, se nós formos postergar sempre as nossas decisões, dificilmente chegaremos a conclusões definitivas relativamente às ações diretas de inconstitucionalidade e outros temas magnos que são apreciados pelo Plenário.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Entendimento no sentido de prosseguir, portanto?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Veja, Vossa Excelência, a sensibilidade que tive de manhã em não deixar chamar essa ação direta de inconstitucionalidade.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Embora admitíssemos o exame sob o prisma do *incidenter tantum* no processo objetivo, o Ministro Cezar Peluso trouxe novas contribuições no sentido de que, no caso, não há necessidade dessa declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade da matriz estadual dessa lei agora adversada, dessa lei infraconstitucional.

Então, nós simplesmente entenderemos a lei como inconstitucional – porque de fato ela é inconstitucional – no plano exclusivamente da iniciativa e sem esse inconveniente da mistura de planos que, para alguns, causa espécie: o subjetivo e o objetivo de controle de constitucionalidade.

Eu vou acompanhar o voto do Ministro Cezar Peluso, que já está antecipado.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, quero deixar clara uma coisa: a meu ver, ainda que isto não constitua objeto de decisão da Corte, o art. 24 é flagrantemente inconstitucional. E eu pediria ao Procurador-Geral que não deixasse para a segunda-feira a propositura da ação. Mas, como ela não é necessária para resolver a questão da norma, eu vou julgar a ação procedente, julgando inconstitucional a lei, pura e simplesmente.

DEBATE

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, eu estou identificando uma curiosidade; não alterará, certamente, o resultado do julgamento, mas é a seguinte: eu vejo que a lei impugnada foi promulgada em 11 de janeiro de 2006, e o art. 24 foi introduzido na Constituição um mês depois; em 21 de fevereiro de 2006. Portanto, essa lei não poderia ter-se baseado no art. 24.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Por isso é que ela se baseou no art. 17, e não, no art. 24!

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Exatamente, Ministro.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Que foi o objeto da manifestação do Procurador-Geral.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O que mostra mais uma vez que não é necessário examinar o art. 24.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É, não é necessário.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não é necessário, só que nós estamos declarando.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não é necessário. Ou seja, o art. 24 não operou como fundamento de validade da lei.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): A competência já existia no art. 24, § 2º, item 6, da Constituição do Estado de São Paulo, o qual não foi alterado por nenhuma emenda constitucional.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Já estava no art. 24.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Eles já se adiantaram, depois fizeram a emenda.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, no pronunciamento de minha autoria, referido da tribuna, atuei como vogal. Examinando, numa interpretação sistemática, a Carta da República e também a lei em jogo, vou evoluir no que assentei que a iniciativa seria do Judiciário. E por que o faço, Presidente? Porque essa lei, a rigor, disciplinou um serviço público. O artigo 1º da Lei 12.227, e é claríssimo, revela que:

> Art. 1º A organização, criação, anexação ou acumulação, desanexação ou desacumulação e a extinção de serventias, bem como o concurso público de provimento inicial da delegação e de remoção, a extinção da delegação de serviços e de serventias notariais e de registros, far-se-ão de conformidade com a presente lei.

A lei foi sancionada não pelo Governador também citado da tribuna, mas sim pelo Governador Geraldo Alckmin.

O que nos vem da Constituição Federal como regra? Que serviço público é disciplinado considerada lei de iniciativa do Poder Executivo. Essa é a regra. Temos, realmente, a exceção aberta no art. 96 do Diploma Maior. É algo pacífico, no campo da aplicação do Direito e da hermenêutica, que toda regra que encerre exceção deve ser interpretada de forma estrita e não ampliativa.

> Art. 96. Compete privativamente:
> I – aos tribunais:
> (...)
> b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correcional respectiva;

Já aqui percebo referência a juízos vinculados e noto – pelo menos é a interpretação que dou ao preceito, nesta assentada e em evolução, considerado o voto que, disse, proferi como vogal, neste Plenário, no caso citado da tribuna – alusão a serviços auxiliares como serviços umbilicalmente ligados ao Judiciário. Serviços de notas, serviços de registros não são serviços, porque, se o fossem, não poderiam ser exercidos em caráter privado, umbilicalmente ligados ao Judiciário.

Mas, há mais, Presidente: o constituinte de 1998 foi claríssimo ao explicitar que competiria privativamente aos tribunais – e compete privativamente aos tribunais – propor a criação de novas varas judiciárias.

Adiante – prossigo na interpretação sistemática –, tem-se o art. 236, artigo específico quanto a esses serviços notariais e de registro, a dispor:

> Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público.

Repito: serviço algum do Judiciário é exercido em caráter privado.

Em segundo lugar, o legislador constituinte de 1988 foi explícito quanto à atuação do Judiciário. E poderia muito bem ter previsto, no art. 96 citado, em uma das alíneas, a iniciativa da proposta de criação, de disciplina, de organização desses serviços. Não o fez. E veio, no § 1º, a aludir tão somente à fiscalização, que foi observada pela lei do Estado de São Paulo. Diga-se mais que lei, a meu ver e ante a extensão, não se mostrou casuística. Se o fosse, não acredito que o Governador Geraldo Alckmin viesse a placitá-la.

Peço vênia aos colegas para divergir e julgar improcedente o pleito formulado.

DEBATE

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Senhor Presidente, só por uma questão de compreensão. Quando eu for redigir o acórdão, terei de enfrentar concretamente a situação como posta. Ou admitimos que a maioria da Corte optou pela ausência de fundamento de validade, e só esclareço que o art. 24 foi alterado na emenda, mas não no tópico relativo à competência do Poder Executivo para iniciativa da lei, que tem a mesma redação desde a promulgação da Constituição paulista, portanto, ele permanece como fundamento de validade, ou se vamos admitir o fundamento de que teríamos de avançar pela declaração consequente. Porque isso é importante decidir.

Se prevalecer o entendimento de que não avançaremos, conforme foi a tese da Ministra **Cármen Lúcia** e a tese do Ministro **Joaquim Barbosa**, nós só vamos declarar a inconstitucionalidade da Lei 12.227. Se porventura estiver prevalecendo, na contagem dos votos, o fundamento que Vossa Excelência e o Ministro **Cezar Peluso** avançaram, no sentido de que sim, dever-se-ia, então, teremos de dizer...

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Se Vossa Excelência aceita sugestão, dizer: a ação foi julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade da lei, vencido o Ministro Marco Aurélio. E, vencidos, em parte, os Ministros tais e tais, que também reconheciam a inconstitucionalidade do art. 24.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Não. Porque, nesse caso, se prevalecer na preliminar o fundamento indicado pela Ministra **Cármen Lúcia** e pelos Ministros **Joaquim Barbosa** e **Ricardo Lewandowski**, eu não tenho como, vencido na preliminar, neste aspecto, avançar para a declaração de inconstitucionalidade do artigo 24, porque ficaria incongruente, completamente incongruente. Então, se prevalecer esse fundamento, teremos de declarar só a inconstitucionalidade da lei.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Até porque todos nós aderimos a esse fundamento, claro.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): É só para poder ficar claro. Nesse caso eu também, porque se prevalecer o fundamento de que houve a não-adequação, então nós teremos de deixar só com a inconstitucionalidade da lei e não avançar para outra. Aí, no acórdão, quanto à preliminar, ficará prevalecendo o fundamento de que se entendeu que não haveria a necessidade.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Embora nos votos apareçam outros.

Portanto, nos limitamos a declarar procedente a ação, vencido o Ministro Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Porque fica mais correta, só com relação à Lei 12.527, e não avançamos em relação a outra matéria.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E o eminente Procurador-Geral poderá diligenciar, então, se for o caso, as impugnações.

Na verdade, há um precedente, na história do próprio Supremo Tribunal Federal, em relação a um mandado de segurança, só que a arguição foi feita oralmente. Houve um mandado de segurança contra uma resolução do Senado que revia outra resolução do Senado e suspendia a aplicação ou emprestava efeito *erga omnes* a uma decisão do Supremo. Houve um mandado de segurança que chegou ao Supremo, mas o Supremo entendeu que não era a via adequada, porque se impugnava um ato normativo. Então, foi sugerido ao Procurador-Geral da época, Alcino Salazar, que fizesse a arguição, e ele fez na hora, para atender ao princípio do pedido. O Tribunal prosseguiu no julgamento e declarou a inconstitucionalidade dessa resolução modificativa.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ministro **Gilmar**, só que nós temos uma dificuldade com relação a esse aspecto precípuo. Vossa Excelência está lembrado que nós avançamos, naquele ponto da inconstitucionalidade, para questão da modificação do padrão. E nós aqui decidimos não avançar no julgamento até que as partes fossem notificadas, intimadas para falar.

Então, nesse sentido, nós não podemos admitir esse aditamento oral, a não ser que haja a necessidade disso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas subsiste, portanto, esse debate para outra oportunidade.

Portanto, Srs. Ministros, fica julgada procedente a ação direta em relação à lei ordinária, *tout court*.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Agora, é lamentável que a Suprema Corte do Brasil tenha gastado uma tarde inteira para discutir algo que diz respeito a alguma coisa tão anacrônica como cartório.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Fazer o quê?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Isto é a prova do subdesenvolvimento cultural: cartório!

O Sr. Advogado: O Tribunal declarou com efeito *ex nunc*, a partir da data da liminar, para preservar atos que tinham sido praticados nesses dois meses. Indago ao Tribunal se não foi discutido se...

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Isso está superado.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Nossa orientação é a de que prevalece a regra geral, não há como excepcionar.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vossa Excelência não encaminhou nesse sentido?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Não encaminhei nesse sentido. Mas é bom deixar claro para não chegar a embargo de declaração.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Com efeito *ex tunc*, portanto.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: A nossa decisão? *Ex tunc*, claro.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Portanto, declarada a inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc*.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.773/SP — Relator: Ministro Menezes Direito. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Interessada: Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR (Advogado: Renan Lotufo).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, rejeitou a preliminar de perda de objeto. Por maioria, rejeitou a preliminar de conhecimento suscitada pela *amicus curiae* Associação dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG/BR), vencidos os Ministros Relator, Eros Grau e Marco Aurélio. E, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta, emprestando à decisão eficácia *ex tunc*, vencido o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pelos *amici curiae*, Associação dos Titulares de Cartório do Estado de São Paulo (ATC) e Associação dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG/BR), respectivamente, o Dr. Eduardo Pecoraro e o Dr. Renan Lotufo. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello e a Ministra Ellen Gracie.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 4 de março de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.071 — DF

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Agravante: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB — Agravados: Presidente da República e Congresso Nacional.

Agravo regimental. Ação direta de inconstitucionalidade manifestamente improcedente. Indeferimento da petição inicial pelo Relator. Art. 4º da Lei 9.868/99.

1. É manifestamente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma (art. 56 da Lei 9.430/96) cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em recurso extraordinário.

2. Aplicação do art. 4º da Lei 9.868/99, segundo o qual "a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator".

3. A alteração da jurisprudência pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevalecentes, o que não se verifica no caso.

4. O *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, preliminarmente, por maioria de votos, em rejeitar a admissão do *amicus curiae* e, no mérito, por maioria, desprover o recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 22 de abril de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Agravo regimental tempestivamente interposto pelo PSDB, contra a decisão que proferi às fls. 147 a 151 destes autos, com o seguinte teor, *in verbis*:

O Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) ajuizou, em 22 de abril de 2008, ação direta de inconstitucionalidade, tendo por objeto o art. 56 da Lei 9.430/96, por incompatibilidade com os arts. 69; 146, inciso III, *b*; 150, § 6º; e 154, inciso I, da Constituição Federal.

Eis o teor do dispositivo impugnado, *verbis*:

> "Art. 56. As sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991."

A tese central do Requerente é conhecida, baseando-se em que o art. 6º, inciso II, da LC 70/91, o qual isentava as sociedades profissionais do pagamento da Cofins, não poderia ter sido alterado por mera lei ordinária, como fez o art. 56 da Lei 9.430/96, por ostentar aquela isenção, tanto ao ângulo material, quanto formal, a natureza de lei complementar. Sustenta, também, a violação ao art. 150, § 6º, da Constituição, o qual exigiria "lei específica" tanto para a concessão, quanto para a revogação de isenções, requisito que não foi observado pela Lei 9.430/96.

Passa, em seguida, o Requerente a discorrer sobre a possibilidade de concessão de efeitos prospectivos, com base no art. 27 da Lei 9.868/99, à declaração de constitucionalidade da norma (e não apenas à de inconstitucionalidade), pugnando que este Supremo Tribunal Federal, considerando, especialmente, a jurisprudência pacificada na Súmula 276 do Superior Tribunal de Justiça, module temporalmente a incidência da Cofins, de maneira que ela somente possa ser exigida das sociedades profissionais após o trânsito em julgado da decisão proferida nesta ação direta de inconstitucionalidade.

O Presidente da República encaminhou informações elaboradas pela Advocacia-Geral da União, que defendeu a constitucionalidade da norma e a inaplicabilidade do art. 27 da Lei 9.868/99 ao caso.

Quanto ao primeiro aspecto, disse: "sem nexo a alegação de descuramento ao artigo 195, §4º, c/c o artigo 154, I, ambos da Constituição Federal de 1988, pois, evidentemente, o artigo 56 da Lei nº 9.430/1996, apenas, revoga isenção de contribuição para a seguridade social, prevista no artigo 195, inciso I, alínea *b*, da Constituição da República, anteriormente concedida por lei apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, não tratando, em absoluto, de instituição de nova fonte para o custeio de recursos da seguridade social não discriminada na mesma Carta Política" (fl. 77).

No que toca à modulação de efeitos assentou o seguinte: "quanto ao pedido da concessão de efeito para o futuro das inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça contrários à pretensão do requerente, este jamais poderá ser admitido, primeiro, porque esta medida do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 é de aplicação excepcionalíssima; segundo, seguindo tradicional jurisprudência sua, inclusive decorrente do julgamento da ADC-1 (em 1993), com efeito vinculante, já havia assentado o STF o entendimento de que a Lei Complementar 70/91 é formalmente complementar, mas materialmente ordinária podendo sim ser alterada por lei ordinária; terceiro, jamais existiu declaração de inconstitucionalidade em relação ao *caput* do artigo 56 da Lei nº 9.430/1996, quer pelo STF, que pelo STJ; e, por fim, a concessão, no caso, desse pedido aniquilaria os princípios constitucionais da legalidade (CF, art, 150, I) e da vedação de tratamento fiscal discriminatório entre contribuintes, tendo em vista os contribuintes que, atendendo a lei, pagaram a contribuição especial normalmente (CF, art. 150, II)" (fl. 78).

O Congresso Nacional prestou informações às fls. 103 a 110, arguindo, em preliminar, a inexistência de ofensa direta à Constituição, porque "a pretensão apresentada imporia a análise e cotejo hierárquico entre normas infraconstitucionais" (fl. 107), o que seria vedado em sede de controle abstrato.

Quanto ao mérito o Congresso Nacional aduz o seguinte:

> "Não parece haver ofensa, *data venia,* ao art. 69 da Constituição, porque não ocorreu, no caso, um ato de aprovação de lei complementar sem maioria absoluta.
>
> 'Não se estaria, outrossim, diante de ofensa aos arts. 146, III, *b* ou 154, inc. I porque a isenção é matéria tratável por lei ordinária, consoante indicado pelo próprio art. 150, §6º da Constituição, e porque a Lei nº 9.430/1996 não criou novo tributo, apenas revogou uma isenção tributária.
>
> 'O art. 150, §6º, por sua vez, também não resta ferido porque o art. 56 da Lei nº 9.430/1996 não concede uma isenção, mas sim a extingue, por isso não se aplicaria a exigência de lei específica.
>
> 'Por fim, relativamente à discussão sobre a possibilidade de se considerar como tendo natureza ordinária uma norma formalmente inserida em lei complementar, tal encontra-se em desenvolvimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal, especificamente no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 377.457 e 381.964, conforme observado pelo próprio Requerente" (fls. 108 e 109).

A Advocacia-Geral da União, às fls. 121 a 132, defendeu a constitucionalidade da norma impugnada, na mesma linha das manifestações anteriores, tendo salientado, quanto à modulação de efeitos, que o próprio Superior Tribunal de Justiça, posteriormente à edição da Súmula 276, reconheceu, no AgRG no REsp 728.754, da Relatoria da Ministra **Eliana Calmon**, que a questão em causa não poderia ser resolvida em âmbito infraconstitucional, tratando-se de matéria eminentemente constitucional, a ser resolvida por este Supremo Tribunal Federal.

Aduz, ainda, que o art. 27 da Lei 9.868/99 somente teria aplicação nos casos de declaração de inconstitucionalidade da norma e não quando declarada a sua constitucionalidade, e que, no caso concreto, a concessão de efeitos prospectivos afrontaria os princípios da legalidade tributária e da vedação à discriminação entre contribuintes.

Também o Procurador-Geral da República opinou pela improcedência da ação direta, salientando, quanto à possibilidade de aplicação ao caso do art. 27 da Lei 9.868/99, o seguinte:

> "Ao contrário do sustentado pelo requerente, a declaração de constitucionalidade do dispositivo questionado apenas ratifica sua aptidão para produzir efeitos válidos, reconhecendo ser legítima a presunção de legalidade/constitucionalidade que o acompanha desde o nascimento.
>
> A supremacia da Constituição, assim como a preservação de princípios como a segurança jurídica e o interesse social, em tal situação, somente será assegurada com a atribuição de eficácia *ex tunc* à decisão, eis que em hipótese diversa, seriam os contribuintes beneficiados por decisões isoladas, proferidas em contrariedade ao texto constitucional, em especial aos princípios da legalidade e da isonomia tributárias" (fl. 139).

Às fls. 141 a 142, o Requerente postulou fosse a presente ação apreciada anteriormente aos RE 377.457 e 381.964, pedido este que ficou prejudicado com o julgamento de mencionados recursos.

Decido.

A questão objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade foi recentemente decidida pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal, em 17-9-08, no julgamento dos RE 377.457 e 381.964, ambos da relatoria do Ministro **Gilmar Mendes**.

Naquela oportunidade, firmou-se o entendimento de que o conflito aparente entre lei ordinária e lei complementar não deveria ser resolvido pelo critério hierárquico, mas pela natureza da matéria regrada, de acordo com o que dispõe a Constituição Federal. Nesta linha, entendeu a Corte que a isenção prevista na LC 70/91 configurava norma de natureza materialmente ordinária, razão pela qual, muito embora aprovada sob a forma de lei complementar, com *quorum* qualificado de votação no Congresso Nacional, considerou válida a sua revogação por lei ordinária, determinada pelo art. 56 da Lei 9.430/96.

Na mesma sessão de julgamento, o Plenário rejeitou a possibilidade de atribuição de efeitos prospectivos àquela decisão, mediante a aplicação analógica do art. 27 da Lei 9.868/99, por não vislumbrar razões de segurança jurídica suficientes para a pretendida modulação.

Anoto que fiquei vencido no que se refere à modulação, considerando que a matéria estava pacificada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, havendo, como salientou o eminente Ministro **Celso de Mello**, decisões da Suprema Corte na configuração da matéria como infraconstitucional. Todavia, o entendimento sobre a modulação ficou vencido diante da ausência do *quorum* necessário previsto no art. 27 da Lei 9.868/99.

Claro, portanto, que a matéria objeto desta ação direta de inconstitucionalidade já foi inteiramente julgada pelo Plenário, contrariamente à pretensão do Requerente, o que revela a manifesta improcedência da demanda.

Ante o exposto, com fulcro no art. 4º da Lei 9.868/99, indefiro a petição inicial.

Inconformado, o Agravante requer a reforma da decisão com os seguintes fundamentos:

(i) ausência de trânsito em julgado das decisões proferidas nos RE 377.457/PR e RE 381.964/MG a indicar que "o Supremo Tribunal Federal não resolveu, de forma definitiva, a questão referente à constitucionalidade do art. 56 da Lei 9.430/96" (fl. 156);

(ii) existência de argumentos não analisados nos recursos extraordinários, em especial "a necessidade de lei específica para a concessão e revogação de isenções" (fl. 157);

(iii) prevalência do controle concentrado, que exigiria o julgamento da ação direta para, "além de conferir mais estabilidade à decisão dessa Corte, por considerar um número maior de argumentos que devem ser havidos, ao mínimo, como razoáveis, ter-se-á decisão tomada em sede de controle concentrado de constitucionalidade, possuindo, portanto, efeitos vinculante e *erga omnes*" (fl. 164);

(iv) caráter de *obter dictum* das observações do Ministro **Moreira Alves** na ADC 1 sobre a natureza dos dispositivos da Lei Complementar 70/91; e

(v) possibilidade de "questionamento recursal em relação ao *quorum* para a concessão da modulação dos efeitos da decisão tomada por essa Colenda Corte,

o que, também, pode vir a alterar o conteúdo da decisão dos RREE citados" (fl. 166).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Agravo regimental contra a decisão que proferi, indeferindo a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo PSDB, na qual é questionada a constitucionalidade do art. 56 da Lei 9.430/96, que revogou a isenção concedida pela Lei Complementar 70/91 às sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada.

Indeferi a petição inicial porque a questão foi exaustivamente debatida e decidida no julgamento dos RE 377.457/PR e 381.964/MG, em 17-9-08, ambos da relatoria do Ministro **Gilmar Mendes**.

Na ocasião, fiquei vencido quanto à questão da modulação de efeitos, que, a meu juízo, deveria ser aplicada, considerando a existência de súmula do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria e, como bem salientou o Ministro **Celso de Mello**, as decisões anteriores deste Supremo Tribunal Federal que afirmaram a natureza infraconstitucional do tema.

Preliminarmente, indefiro o pedido de intervenção dos *amici curiae* Conselho Nacional de Técnicos em Radiologia, Conselho Federal de Economia, Conselho Federal de Farmácia, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Conselho Federal de Medicina, porque apresentadas após a liberação do processo para a pauta de julgamento.

Nada obstante, o claro e recente posicionamento do Plenário me parece suficiente para considerar a ação direta de inconstitucionalidade manifestamente improcedente, não tanto por convicções pessoais, até porque fiquei vencido em parte naquele julgamento, mas por respeito à jurisprudência formada pela maioria dos membros da Corte.

Tratando-se de demanda manifestamente improcedente, impunha-se o indeferimento da petição inicial, por força do que dispõe o art. 4º da Lei 9.868/99: "a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo Relator".

Com efeito, na minha compreensão, a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma (art. 56 da Lei 9.430/96) cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ainda que em recurso extraordinário (e mesmo que não tenha ocorrido o trânsito em julgado), somente pode ser considerada manifestamente improcedente.

Não nego, evidentemente, que a jurisprudência do Tribunal possa ser alterada. No entanto, a mudança da jurisprudência pressupõe que tenham ocorrido significativas alterações de ordem jurídica, social ou econômica, o que evidentemente

não é o que acontece neste caso. A estabilidade das decisões da Suprema Corte constitui uma inequívoca exigência de segurança jurídica, não havendo supor, a não ser excepcionalmente, que uma orientação firmada com declaração de constitucionalidade pudesse ser alterada pouco tempo depois.

Na hipótese, desde a petição inicial até a peça do agravo regimental, o Agravante não apresenta sequer um fato ou um argumento novo que pudesse justificar a possibilidade de revisão do entendimento da Corte. Nem mesmo a invocação do art. 150, § 6º, da Constituição Federal é nova, tendo sido diretamente enfrentada naquele julgamento.

Das notas taquigráficas, vejo que o voto do Relator, Ministro **Gilmar Mendes**, está fundado, dentre outros aspectos, no próprio art. 150, § 6º, invocado, *in verbis*:

> (...)
> Assim, verifica-se que o art. 56 da Lei 9.430/96 é dispositivo legitimamente veiculado por legislação ordinária (art. 146, III, *b*, *a contrario sensu*, e art. 150, § 6º, ambos da CF), que importou na revogação de dispositivo anteriormente vigente (sobre isenção de contribuição social) inserto em norma materialmente ordinária (art. 6º, II, da LC 70/91).

Por sua vez, o Ministro **Cezar Peluso** rejeitou, expressamente, a necessidade de lei específica para a revogação de isenções, *in verbis*:

> (...)
> O art. 150, § 6º, da Constituição da República pede a lei específica e exclusiva tão só a hipótese de deferimento, não de revogação de isenção.

Por tais razões, mantenho a decisão e nego provimento ao agravo regimental.

DEBATE

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Senhor Presidente, esta é uma ação direta de inconstitucionalidade que foi ajuizada em torno do art. 56 da Lei 9.430/96.

Há, preliminarmente, três pedidos de ingresso de *amicus curiae,* que eu os estou rejeitando, porque eles foram apresentados depois de estar submetido à pauta este agravo regimental. Parece-me que, no momento em que se põe em pauta, não seria mais conveniente deferir o pedido de *amicus curiae*.

Então, preliminarmente, eu estou afastando esse deferimento.

Agora, quero lembrar que em outras oportunidades nós deferimos a presença de *amicus curiae* diretamente até ser apresentada em sustentação oral. Então, estou apenas fazendo essa ressalva.

Entendo que uma vez posto em pauta nós não deveríamos mais admitir pedido de *amicus curiae*, mas lembro que a Corte tem recentemente um

precedente – não se pode nem dizer que seja um precedente, porque foi apenas uma decisão tomada na hora – em que se admitiu, depois do processo em pauta, o deferimento de *amicus curiae*.

Estou destacando apenas para efeito de, se se entender nesse sentido, firmar até um precedente num sentido ou noutro.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu tenho a impressão de que, num caso, um recurso extraordinário, talvez até nesse caso da pensão por morte, eu admiti também. Quer dizer, acho que submeti à questão de ordem para admitir, porque eram as associações de aposentados e pensionistas que pediam para sustentar oralmente – claro, faziam-no recebendo o processo no estado em que estava. Logo, só poderiam eventualmente distribuir memorial e fazer a sustentação oral. Entendi que era cabível.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Também eu**, Senhor Presidente, **admiti**, dias antes do julgamento final, **a intervenção** do "*amicus curiae*", **que teve** a possibilidade de produzir sustentação oral **perante** esta Suprema Corte, **não obstante** já incluído em pauta o processo (**ADI 3.345/DF**, Rel. Min. Celso de Mello).

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): A dificuldade que estou chamando, Ministro **Celso de Mello**, é claro que estou destacando especificamente por essa causa, é que nós temos muitas ações diretas, e ações diretas que têm um alcance muito grande. Se nós não estabelecermos uma regra, daqui a pouco teremos vinte sustentações orais em cada ação direta. E nós já tivemos casos em que as sustentações orais foram bem extensas. Então, estou levantando exatamente para que a Corte tome uma orientação: ou nós seguimos essa ideia mais liberal de admitir, ou não.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas, na sustentação, eles podem se compor.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas o tempo tem limite, de qualquer sorte. Dobra-se o tempo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: O limite do tempo não se altera, compõe-se.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Então, Senhor Presidente, eu peço a V. Exa. que anote, apenas por preliminar, eu fico vencido.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Processo em pauta é processo concluso.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Depois do processo ter sido remetido para a pauta.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): A pauta às vezes leva anos.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Mas isso implica ter de reexaminar indefinidamente.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Estou submetendo porque não há uma decisão formal da Corte em torno do tema.

VOTO
(Sobre preliminar)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Peço vênia ao Ministro Menezes Direito, mas acolho a pretensão, fixando que o Requerente toma o processo no estado em que se encontra, inclusive para efeito de sustentação oral, que seja apenas para isso, embora, na lei que trata da repercussão, parece-me que já há uma previsão da possibilidade com um período mínimo, enfim.

De toda sorte, eu admito o *amicus curiae*.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Eu não despachei por causa disso.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu só perguntaria ao Ministro Menezes Direito porque aqui estamos em sede de agravo. Então, este agravo é que veio para a pauta e aí é que houve pedido para a ação direta de inconstitucionalidade que V. Exa. já havia negado seguimento?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Isso. Já tinha negado seguimento. Nós estamos julgando o agravo regimental de uma decisão monocrática em ação direta de inconstitucionalidade, que a julgou impertinente diante de decisão anterior do Plenário. Aí houve a interposição de agravo regimental; eu liberei o agravo regimental para a pauta e, logo depois de liberado, vieram então esses pedidos de intervenção.

Eu não deferi nem indeferi, apenas trouxe porque não havia uma decisão formal do Plenário sobre essa matéria. E eu entendo importante para que se tenha uma jurisprudência firmada em torno desse ponto.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: De toda sorte, V. Exa. está encaminhando no sentido da impossibilidade.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Eu estou entendendo que, depois de remetido o processo para a pauta, não deve ser mais admitido *amicus curiae*.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Há, inclusive, um aspecto, Presidente, que precisamos considerar: a negativa de intervenção de terceiro constitui a regra: "O Relator poderá admitir manifestação no processo de terceiro" – é o texto legal.

Indago: será que, admitida essa manifestação, passa o terceiro a ter direito, inclusive, de assomar à tribuna para sustentar? Vou responder de forma negativa.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas não é direito, é a possibilidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sei, é manifestação, é ouvir terceiro no processo. É o que está no § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99.

Agora, o que houve na espécie? O Relator negou seguimento ao pleito. Foi após a negativa de seguimento que ocorreu o pedido, Ministro?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Foi. Exatamente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Admissão de uma associação como terceira?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ministro **Marco Aurélio**, indeferi monocraticamente a ação direta – vou explicar o porquê –, porque a matéria

já tinha decisão do Plenário e aí eles ingressaram com agravo regimental. Eu liberei o agravo para a pauta e, posteriormente à minha liberação para a pauta, entraram com pedido. Como não havia nenhuma decisão formal do Plenário sobre a matéria, eu entendi destacar para que se estabeleça como um precedente definitivo do Plenário.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Porque, em relação à sustentação oral, nós já temos – creio que é até regra regimental – essa possibilidade da dobra do tempo. Foi um caso – acho – de um ICMS de relatoria do Ministro Peluso.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Tratava-se da ADI 2.777/SP.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): ICMS. E era uma discussão em que contemplávamos recurso extraordinário e ação direta de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): V. Exa., Ministro Gilmar, me permite uma observação? Estou fazendo essa ponderação, estou votando nesse sentido pelo seguinte motivo: teoricamente o terceiro pode apresentar uma série de argumentos que são importantes, são relevantes. Se o Relator for inopinadamente obrigado a deferir intervenção de um terceiro, que já é excepcional, depois de liberar o processo para a pauta, ele não vai ter fim. Isso é um problema gravíssimo. Aí, o que vai acontecer? Ele vem à tribuna, levanta um argumento que nós não examinamos antes.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, não surge sequer a utilidade, a esta altura, da participação do terceiro. Não surge utilidade, porque não vai poder aditar a minuta do agravo, nem assomar à tribuna para sustentar. No julgamento de agravo, não há sustentação oral.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Neste caso, aqui, do agravo, eu concordo. Por isso eu perguntei ao Ministro Menezes Direito se era quanto ao agravo. Porque, quanto à ação direta, eu admito. Aqui é que houve apresentação do pedido após a pauta do agravo, ou seja, a ação direta de inconstitucionalidade, na verdade, já tinha sido...

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ministra **Cármen Lúcia**, V. Exa. me desculpe, mas só como observação lateral: é que, na realidade, quando se indefere monocraticamente, seja uma ação direta, seja um *habeas,* seja um mandado de segurança, seja uma ação originária ou uma ação rescisória, o agravo, na verdade, devolve ao conhecimento do Plenário, ou do órgão fracionário, a totalidade da matéria que está sendo objetada e o Plenário pode alterar, como diversas vezes acontece e é absolutamente normal, o posicionamento monocrático adotado.

A minha ponderação, eu não queria nem insistir, porque isso é uma coisa que nós todos já sabemos, é que, se nós admitirmos esse tipo de intervenção de terceiros, que é excepcional, nas vésperas do julgamento, nós não somos capazes de absorver aquilo que vai ser apresentado. Então, daqui a pouco, vamos ter um argumento novo na tribuna que não tivemos condições de pensar ou de refletir.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Acima de tudo, devemos ouvir o Relator.

O Sr. Ministro Carlos Britto: O Relator traz em questão de ordem.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Exatamente. Acho que a jurisprudência tem que estimular o preenchimento da função político-processual do *amicus curiae*, que é alguém chamado a trazer contribuição valiosa ao julgamento da causa. Quando o Relator já redigiu o voto e remeteu o processo à Mesa, sustentação oral pode trazer muito pouco. Acho que a jurisprudência tem que estimular o uso proveitoso da intervenção, que precisa ser oportuna.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sem querer fazer contraponto, temos um outro aspecto. Trabalhamos, e não há alternativa, com a ficção – e, aqui, é necessária – da *causa petendi* aberta. Por quê? Porque, quando declaramos constitucional ou inconstitucional uma lei, o fazemos em face da Constituição como um todo. Nesse sentido, o *amicus curiae* cumpre uma função eminente, que é, de fato, de fazer com que essa ficção se aproxime um pouco da realidade, trazendo outras abordagens sobre o tema.

Eu tenho a impressão de que hoje é até um sinal positivo da prática do Supremo Tribunal Federal essa abertura. Talvez, o caso específico – por isso eu não gostaria de fixar precedente – não é dos melhores, porque se trata do indeferimento de um agravo, mas eu diria que, por exemplo, nos casos que temos hoje de repercussão geral, muitas pessoas podem estar perdendo a causa com o pescoço alheio. Ora, a oportunidade que eles têm eventualmente, porque agora sabem que realmente há um processo que vai ser julgado, é assomarem, eventualmente, à tribuna.

De modo que eu até poderia acompanhar o Ministro Relator, no caso concreto, mas me reservaria.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mais ainda, Presidente: pode-se ter um argumento já apresentado na causa que na tribuna vai ser repetido, porém de uma forma tal – e aí o advogado pode perfeitamente não inovar o argumento –, apresentar, sim, as pessoas.

Eu também, neste caso, por isso perguntei ao Ministro Menezes Direito, acho que não é o melhor caso para resolver isso.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Eu já acho que é exatamente um caso anódino como este que devemos fixar uma regra importante como essa. E não vai trazer prejuízo a ninguém.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não, mas aí a gente pode estar afetando um caso determinado.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Não, aí nós vamos estar criando uma decisão para o caso concreto. Fixa-se uma regra e ela se aplica a todos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Inicialmente, a jurisprudência do Tribunal, em matéria de ação direta de inconstitucionalidade e admissão de

amicus curiae, era de que não poderia haver sequer sustentação oral. Essa foi a posição inicial. Depois o Tribunal evoluiu para admitir a sustentação oral.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Lembro-me**, Senhor Presidente, do julgamento **da ADI** 2.223-MC/DF, **em cujo âmbito** se discutiu, **preliminarmente**, a questão **pertinente** à possibilidade de o "*amicus curiae*" **sustentar**, oralmente, **perante** esta Suprema Corte, as suas razões. **Ficamos vencidos**, então, os eminentes Ministros MARCO AURÉLIO **e** NELSON JOBIM, **além** de mim próprio, **pois admitíamos**, expressamente, a prerrogativa processual da sustentação oral, **mesmo tratando-se** do "*amicus curiae*".

O Sr. Ministro Marco Aurélio: V. Exa. acaba de cobrar fidelidade ao que teria afirmado antes.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Aqueles votos vencidos, dentre os quais o meu próprio, deram início a uma reação que, hoje, acha-se consagrada na jurisprudência predominante nesta Corte, em tema de ampliação dos poderes processuais do "*amicus curiae*".

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Como não tenho compromisso nem mesmo com os próprios erros...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas isso seria uma indução a que os *amici curiae* se organizem de modo a tornar esse tempo útil, claro.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Racional a distribuição do tempo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, como estamos a julgar agravo, deixemos a matéria para uma fase posterior, isso uma vez provido com a sequência do processo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Se o interessado pode fazer isso antes, por que deixa para a última hora? Isso faz parte da cultura brasileira de deixar para última hora as coisas. O processo todo está aí, houve a tramitação. Quando pode ingressar nos autos, trazer contribuição valiosa capaz de ser aproveitada a tempo, como deixar para fazê-lo à última hora e provocar adiamento? Já temos problema de pauta sobrecarregada. Cada adiamento é mais um atraso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vamos julgar o agravo. Caso provido vamos analisar a admissão pretendida.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas e a tese? Estamos discutindo a tese, em si.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Talvez pudéssemos chegar a um meio-termo. Admite-se a manifestação escrita, mas não a sustentação oral – após.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A manifestação escrita vale por memoriais, etc., etc.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Acho que vamos julgar apenas o agravo.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Essa questão nunca mais voltará a ser decidida e nós continuamos com o tumulto de sempre.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Senhor Presidente, a partir dos debates, firmo a convicção de que o *amicus curiae*, antes de ser amigo da Corte, é amigo do próprio Relator. Este, quando encaminha o processo à Mesa ou ao Plenário, já firmou a convicção. Então, de pouco aproveitarão os memoriais e a sustentação oral ao Relator. Ele terá de rever, se for o caso, o seu voto, ou retirar de pauta.

Concordo com o eminente Ministro Cezar Peluso. É preciso fixar uma data. Penso ser mais do que razoável, estabelecer que, no momento em que o processo foi pautado, cessa, ou preclui possibilidade de se ingressar como *amicus curiae* no feito.

Portanto, acompanho o Relator.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, o mais radical tenho decidido inúmeras vezes. Após a instrução não é admissível mais. Encerrada a instrução, com o parecer do Procurador-Geral da República na ação direta de inconstitucionalidade, não há mais utilidade na participação do *amicus curiae*.

Refiro-me aos casos de ação direta de inconstitucionalidade. Não quero entrar no caso da repercussão geral porque às vezes tenho a impressão de que se trata de uma ação aberta ao mundo – pelo menos nesse caso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Quando discutimos um caso como esse, de pensão por morte, isso afeta milhões de pessoas. Naquele caso que julgamos, foi a Confederação de Aposentados e Pensionistas que compareceu, até mediante atuação de um eminente colega de V. Exa., o Doutor Wagner Barella, de São Paulo.

O Sr. Ministro Eros Grau: Mas não é meu colega.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não é da USP?

O Sr. Ministro Eros Grau: Não. Não é professor da USP.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não, é da PUC.

Mas, de qualquer sorte, é um eminente especialista em direito previdenciário, que fez a defesa da tese dos aposentados, o que mostra a importância dessa discussão, nesse nível, até como legitimação da decisão que o Tribunal toma.

O Sr. Ministro Eros Grau: De qualquer modo, quero apenas enfatizar que me refiro a ações diretas de inconstitucionalidade e, neste caso, sou mais radical até: não vejo utilidade nenhuma na participação do *amicus curiae* depois da instrução da causa.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, considero a proposta extremamente razoável e a acompanho, sem nenhum problema.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, como tese, assento a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* enquanto terceiro, no estado em que o processo se encontra. Se o Relator pede pauta, é porque a instrução processual está encerrada.

Temos feito aqui um vínculo sucessivo entre a participação do *amicus curiae* e o princípio constitucional do pluralismo político, considerando a Constituição na linha de Canotilho: o estatuto jurídico do fenômeno político.

Então, o pluralismo político favorece a participação do *amicus curiae,* o que – V. Exa. acabou de dizer que temos dito isso reiteradamente – termina por legitimar ainda mais as decisões do Supremo Tribunal Federal.

De outra parte, a admissão do *amicus curiae*, ainda que o processo já esteja pautado para julgamento, revela algo importantíssimo, fundamental: o espírito aberto do julgador para ouvir novas ponderações. Quem sabe o Relator muda de opinião, mesmo na undécima hora?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Podemos contar nos dedos os casos da história da jurisprudência e do funcionamento do Poder Judiciário em que os Relatores voltaram atrás por força de sustentação. E ainda sobram dedos.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas a dinamicidade da vida bem pode tornar imperiosa a participação do *amicus curiae*. Aí, então, o Relator tem a grande chance de conhecer mais um ponto de vista.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas, Ministro, o que custa entrar antes, oportunamente?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: E mais: com os meios de pesquisa existentes hoje, toma-se conhecimento das ações rapidamente.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ministro **Carlos Britto**, se me permite uma observação, eu tenho certeza absoluta de que V. Exa., ao formular o seu juízo, não quis dizer que eu, como julgador, não tenho o espírito aberto.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Evidente que não.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Mas tenho. Tenho e muito.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não. Eu digo: evidente que eu não quis dizer isso.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Eu sei e estou afirmando isto: V. Exa., ao formular o seu juízo dizendo que propiciaria a demonstração do espírito aberto do julgador, não quis dizer que eu não tivesse um espírito aberto. Estou afirmando isso.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Perfeito.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Mas o que eu estou ponderando é que a regra processual tem de ter uma limitação. Nós não podemos estabelecer regras em branco. Se nós não tivermos essa ou outra regra, o que nós vamos transformar é o *amicus curiae* em regente do processo. Essa é uma criação recente no direito constitucional brasileiro, e não precisamos invocar a participação de nenhuma experiência estrangeira, e nós o fizemos com o objetivo da instrução do processo e ele se acopla, por exemplo, às audiências públicas, que são feitas para ajudar na instrução do processo.

O Sr. Ministro Carlos Britto: O espírito é o mesmo.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): No momento em que o julgador libera o processo para a pauta, ele encerra o seu ofício e, encerrando o seu ofício, não deve, pelo menos na minha compreensão, haver nenhuma nova intervenção, ou seja, o objetivo é exatamente esse. E foi nesse sentido que eu encaminhei pedindo desculpas para que nós percamos tanto tempo numa preliminar, mas que reputo fundamental para estabelecer uma orientação da Corte.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É fundamental essa discussão. Nem precisa pedir desculpas, Excelência. V. Exa., muito pelo contrário, agitou o tema da maior importância. É por isso que estamos aqui a debatê-lo.

Peço vênia ao eminente Relator para entender que, como possibilidade de intervenção, eu me pronuncio favoravelmente.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, entendo que a jurisprudência teria que se fixar neste sentido: depois que o Relator preparou o seu voto e remeteu o processo à Mesa, fica preclusa a faculdade de intervenção do *amicus curiae*. Até porque, com o devido respeito, a teoria da abertura permanente do julgador é alguma coisa que tem limite, sob pena de os prazos processuais perderem as suas funções. A teoria dos prazos perde sentido diante da possibilidade de, a qualquer tempo, o julgador ser obrigado a ouvir novas contribuições, novos dados, etc.

Para isso o processo tem usado as duas finalidades tradicionais dos prazos para que o processo seja alguma coisa que ande para frente. É o que estimula que os interessados intervenham oportunamente. E a Corte tem que estar aberta a essa participação que legitima sua atuação, mas há de a legitimar oportunamente!

Acompanho, com o devido respeito, o eminente Relator.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, levo em conta o estágio do processo e, então, proclamo, mais uma vez, que devemos observar a economia e celeridade processuais. Não vou estabelecer regras quanto ao instituto da intervenção de terceiros. Considero apenas, como faria inclusive se fosse o Relator – como fez o Relator no voto proferido –, que, no caso, se mostrou inoportuno o pleito veiculado. Por que inoportuno? Porque foi formalizado quando já negado seguimento a pedido. E foi formalizado para quê? Qual seria a utilidade de administrar-se a Associação como terceira? Poderia aditar a minuta do agravo? A resposta é negativa. Poderia assomar à tribuna para sustentar? A resposta é negativa, porque não há sustentação no agravo.

Por isso entendo inoportuno o pedido formulado e resolvo, nesse sentido, a questão de ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Reitero**, Senhor Presidente, antes de mais nada, **a minha visão** – externada em outros julgamentos (**ADI** 2.777/SP, **v.g.**) – sobre a figura **e** o significado da intervenção do "*amicus curiae*" nos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

É certo que a intervenção assistencial de terceiros **não se mostra cabível**, **ordinariamente**, nos processos de controle normativo abstrato (**RDA** 155/155 – **RDA** 157/266 – **RTJ 176/991**, Rel. Min. Celso de Mello, **v.g.**).

A Lei 9.868/99, ao regular o processo de controle abstrato de constitucionalidade, **e observando** essa diretriz jurisprudencial, **prescreve** que "*Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade*" (art. 7º, "*caput*").

A razão de ser dessa **vedação** legal – **adverte** o magistério da doutrina (OSWALDO LUIZ PALU, "**Controle de Constitucionalidade**", p. 248, item 9.9.35, 2ª ed., 2001, RT; ZENO VELOSO, "**Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**", p. 81/82, item 99, 3ª ed./2ª tir., 2003, Del Rey; ALEXANDRE DE MORAES, "**Direito Constitucional**", p. 755, item 10.8, 24ª ed., 2009, Atlas, **v.g.**) – **repousa** na circunstância de o processo de fiscalização normativa abstrata **qualificar-se** como processo **de caráter objetivo** (**RTJ** 113/22 – **RTJ** 131/1001 – **RTJ** 136/467 – **RTJ** 164/506-507).

Não obstante tais razões, **cabe** ter presente **a regra inovadora** constante do **art. 7º**, **§ 2º**, da Lei 9.868/99, que, em caráter excepcional, **abrandou o sentido absoluto** da vedação pertinente à intervenção assistencial, **passando**, agora, **a permitir** o ingresso de entidade dotada **de representatividade adequada** no processo de controle abstrato de constitucionalidade.

A norma legal em questão, **ao excepcionalmente** admitir a **possibilidade** de ingresso formal de **terceiros** no processo de controle normativo abstrato, **assim dispõe**:

> **O Relator**, considerando a **relevância** da matéria **e a representatividade** dos postulantes, **poderá**, por despacho irrecorrível, **admitir**, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a **manifestação** de **outros** órgãos ou entidades.
> **(Grifei.)**

No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro **processualizou**, na regra inscrita **no art. 7º**, **§ 2º**, da Lei 9.868/99, **a figura** do "*amicus curiae*", **permitindo**, em consequência, **que terceiros**, desde que investidos de representatividade adequada, **sejam admitidos** na relação processual, **para efeito** de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional.

Cabe advertir, no entanto – tal como assinalei em decisões anteriores (**ADI 2.130-MC/SC**, Rel. Min. Celso de Mello, **DJU** 02-02-01) –, **que a intervenção** do "*amicus curiae*", para legitimar-se, **deve apoiar-se** em razões **que tornem desejável e útil** a sua atuação processual na causa, **em ordem a proporcionar** meios que viabilizem **uma adequada** resolução do litígio constitucional.

Impõe-se destacar, neste ponto, por necessário, **a ideia nuclear** que anima os propósitos teleológicos **que motivaram** a formulação da norma legal em causa, **viabilizadora** da intervenção do "*amicus curiae*" no processo de fiscalização normativa abstrata.

Não se pode perder de perspectiva que a regra inscrita **no art. 7º**, **§ 2º** da Lei 9.868/99 – **que contém** a base normativa **legitimadora** da intervenção processual do "*amicus curiae*" – **tem por objetivo essencial pluralizar** o debate constitucional, **permitindo** que o Supremo Tribunal Federal **venha** a dispor **de todos** os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, **visando-se**, ainda, com tal abertura procedimental, **superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática** das decisões emanadas desta Corte (GUSTAVO BINENBOJM, "**A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**", 2ª ed., 2004, Renovar; ANDRÉ RAMOS TAVARES, "**Tribunal e Jurisdição Constitucional**", p. 71/94, 1998, Celso Bastos Editor; ALEXANDRE DE MORAES, "**Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**", p. 64/81, 2000, Atlas), **quando** no desempenho de seu **extraordinário** poder de efetuar, **em abstrato**, o controle concentrado de constitucionalidade.

Tenho presente, neste ponto, **o magistério** do eminente Ministro GILMAR MENDES ("**Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**", p. 503/504, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor), **expendido** em passagem **na qual põe em destaque** o entendimento de PETER HÄBERLE, **para quem** o Tribunal "*há de desempenhar um papel de intermediário ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional*" (p. 498), **em ordem a pluralizar**, em abordagem **que deriva** da abertura material da Constituição,

o próprio debate em torno da controvérsia constitucional, **conferindo-se**, desse modo, **expressão real e efetiva** ao princípio democrático, **sob pena** de se instaurar, **no âmbito** do controle normativo abstrato, **um indesejável** "*deficit*" de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal venha a pronunciar no exercício, "*in abstracto*", dos poderes **inerentes** à jurisdição constitucional.

Daí, **segundo entendo**, a necessidade **de assegurar**, ao "*amicus curiae*", **mais** do que o **simples** ingresso formal no processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, **a possibilidade de exercer** a prerrogativa **da sustentação oral** perante esta Suprema Corte.

Cumpre rememorar, nesta passagem, **a irrepreensível observação** de nosso eminente colega, Ministro GILMAR MENDES, **no fragmento** doutrinário já referido, **constante** de sua **valiosíssima** produção acadêmica, **em que expõe** considerações de irrecusável pertinência **em tema** de intervenção processual do "*amicus curiae*" (**op. loc. cit.**):

> **Vê-se**, assim, que, **enquanto** órgão de composição de conflitos políticos, **passa a Corte Constitucional** a constituir-se em elemento fundamental de uma sociedade pluralista, atuando como fator de estabilização indispensável ao próprio sistema democrático.
>
> **É claro** que a Corte Constitucional **não pode olvidar a sua ambivalência democrática**. Ainda que se deva reconhecer a legitimação democrática dos juízes, decorrente do complexo processo de escolha e de nomeação, e que a sua independência constitui requisito indispensável para o exercício de seu mister, **não se pode deixar de enfatizar** que aqui também reside aquilo que Grimm denominou **de "risco democrático"** (...).
>
> **É que** as decisões da Corte Constitucional estão inevitavelmente imunes a qualquer controle democrático. Essas decisões **podem anular**, sob a invocação de um direito superior que, em parte, apenas é explicitado no processo decisório, **a produção** de um órgão direta e democraticamente legitimado. **Embora** não se negue que também as Cortes ordinárias são dotadas de um poder de conformação bastante amplo, **é certo** que elas **podem** ter a sua atuação **reprogramada** a partir de uma simples decisão do legislador ordinário. **Ao revés**, eventual correção da jurisprudência **de uma Corte Constitucional somente** há de se fazer, **quando** possível, **mediante emenda**.
>
> Essas singularidades **demonstram** que a Corte Constitucional **não está livre** do perigo de converter uma vantagem democrática **num eventual risco** para a democracia.
>
> **Assim como a atuação da jurisdição constitucional** pode contribuir **para reforçar** a legitimidade do sistema, **permitindo** a renovação do processo político com o reconhecimento dos direitos de novos ou pequenos grupos e com a inauguração de reformas sociais, **pode ela também bloquear** o desenvolvimento constitucional do País.
>
> (...)
>
> **O equilíbrio instável** que se verifica e que parece constituir o autêntico problema da jurisdição constitucional na democracia afigura-se necessário e inevitável. Todo o esforço que se há de fazer é, pois, no sentido **de preservar** o equilíbrio **e evitar** disfunções.

> Em **plena** compatibilidade com essa orientação, **Häberle** não só defende a existência de instrumentos de defesa da minoria, **como também propõe uma abertura hermenêutica** que possibilite a esta minoria **o oferecimento de "alternativas"** para a interpretação constitucional. **Häberle** esforça-se por demonstrar que a interpretação constitucional **não é** – **nem deve ser** – um evento **exclusivamente** estatal. **Tanto** o cidadão que interpõe um recurso constitucional, **quanto** o partido político que impugna uma decisão legislativa **são intérpretes da Constituição**. Por outro lado, **é a inserção da Corte** no espaço pluralista – **ressalta** Häberle – **que evita distorções** que poderiam advir da independência do juiz e de sua estrita vinculação à lei.
> **(Grifei.)**

Na verdade, consoante **ressalta** PAOLO BIANCHI, em **estudo** sobre o tema ("**Un'Amicizia Interessata: L'amicus curiae Davanti Alla Corte Suprema Degli Stati Uniti**", **in** "Giurisprudenza Costituzionale", Fasc. 6, nov/dez de 1995, Ano XI, Giuffré), **a admissão do terceiro**, na condição de "*amicus curiae*", no processo objetivo de controle normativo abstrato, **qualifica-se como fator de legitimação social** das decisões do Tribunal Constitucional, **viabilizando**, em obséquio ao postulado democrático, **a abertura** do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, **em ordem a permitir** que nele se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições **que efetivamente representem** os interesses gerais da coletividade **ou que expressem** os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.

Essa percepção do tema foi lucidamente exposta pelo eminente Professor INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO ("**As Ideias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro**", "*in*" **RDA** 211/125-134, **133**):

> **Admitida**, pela forma indicada, a presença **do amicus curiae** no processo de controle de constitucionalidade, **não apenas** se reitera **a impessoalidade da questão constitucional**, como também se evidencia que o deslinde desse tipo de controvérsia interessa **objetivamente** a todos os indivíduos e grupos sociais, até porque **ao esclarecer** o sentido da Carta Política, as cortes constitucionais, de certa maneira, acabam **reescrevendo** as constituições.
> **(Grifei.)**

É por tais razões que entendo que a atuação processual do "*amicus curiae*" **não deve** limitar-se à **mera** apresentação de memoriais **ou** à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas.

Essa visão do problema – **que restringisse** a extensão dos poderes processuais do "*colaborador do Tribunal*" – **culminaria** por fazer prevalecer, na matéria, uma incompreensível **perspectiva reducionista**, que não pode (**nem deve**) ser aceita por esta Corte, **sob pena de total frustração** dos altos objetivos políticos, sociais e jurídicos **visados** pelo legislador **na positivação** da cláusula que, **agora**, admite o **formal** ingresso do "*amicus curiae*" no processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.

Cumpre permitir, desse modo, ao "*amicus curiae*", em extensão maior, o exercício de **determinados** poderes processuais, **como aquele consistente no direito de proceder à sustentação oral** das razões que justificaram a sua admissão formal na causa.

Esse entendimento **é perfilhado** por **autorizado** magistério doutrinário, **cujas lições** acentuam a **essencialidade da participação legitimadora** do "*amicus curiae*" nos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade (GUSTAVO BINENBOJM, "**A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**", p. 157/164, 2ª ed., 2004, Renovar; GUILHERME PEÑA DE MORAES, "**Direito Constitucional/Teoria da Constituição**", p. 207/208, item n. 4.10.2.3, 4ª ed., 2007, Lumen Juris, **v.g.**), **reconhecendo-lhe** o direito de promover, **perante** esta Corte Suprema, **a pertinente** sustentação oral (FREDIE DIDIER JR., "**Possibilidade de Sustentação Oral do *Amicus Curiae***", **in** "Revista Dialética de Direito Processual", vol. 8/33-38, 2003; NELSON NERY JR./ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, "**Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**", p. 1388, 7ª ed., 2003, RT; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, "**Amicus Curiae: a democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade**", **in** "Direito Federal", vol. 70/127-138, AJUFE, **v.g.**).

Tenho para mim, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal, em assim agindo, **não só garantirá** maior efetividade **e atribuirá** maior legitimidade às suas decisões, **mas**, sobretudo, **valorizará**, sob uma perspectiva **eminentemente** pluralística, o sentido **essencialmente** democrático dessa participação processual, **enriquecida** pelos elementos de informação **e** pelo acervo de experiências que o "*amicus curiae*" poderá transmitir à Corte Constitucional, **notadamente** em um processo – **como o de controle abstrato de constitucionalidade** – cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são **de irrecusável** importância, **de indiscutível** magnitude **e de inquestionável** significação para a vida do País e a de seus cidadãos.

É por tais motivos, Senhor Presidente, **que entendo possível** a admissão do "*amicus curiae*", **mesmo após** a inclusão do processo em pauta.

Não deixarei, contudo, **de refletir** sobre as razões expostas pela corrente majoritária, **notadamente** aquelas que externam a preocupação de se conferir um sentido de utilidade à intervenção do "*amicus curiae*".

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): De tal modo que eles não se transformem de amigo da Corte em inimigo da Corte.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Sim.

O Sr. Ministro Carlos Britto: E se autointitula amigo, já vem predisposto a colaborar, a contribuir.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Por isso**, Senhor Presidente, **e com estas considerações**, **peço vênia** para **dar provimento**, nesse ponto específico, ao recurso de agravo ora em julgamento.

É o meu voto.

V O T O
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu também pedirei vênia ao eminente Relator. Sei que a Lei 9.868 – e aqui ficou até uma amputação em razão do veto – acabou não definindo – e o Ministro Eros Grau chamou a atenção –, porque, no texto original, havia a previsão de que a admissão deveria ser feita no prazo das informações, portanto, exatamente para ter uma instrução plena, mas isso acabou sendo extirpado em razão do veto e por razões outras. De modo que temos de fazer uma interpretação sistemática.

Já houve casos – exatamente no ponto referido pelo Ministro Eros Grau em ADI – em que, por exemplo, eu admiti a participação de *amicus curiae* porque julgava relevante, uma vez que a lei confere ao próprio Relator a possibilidade de deferir ou não.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Se não for útil, não se defere.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E contra essa decisão não cabe sequer recurso, porque o legislador estava atento para que não houvesse tumultos processuais. Há possibilidade de agravo regimental enquanto o julgamento do principal estivesse correndo, mas, nesse caso específico referido pelo Ministro Eros Grau, eu tive o cuidado, depois da manifestação dos *amici curiae*, de ouvir novamente a Procuradoria para que, de fato, houvesse uma apreensão completa.

Eu compreendo a dimensão do caso trazido pelo Ministro Menezes Direito e até diria que talvez a manifestação dos *amici curiae*, neste caso, fosse um pouco inoportuna. Quer dizer, assentado que o processo deve prosseguir, aí sim eles poderiam postular, teriam espaço para discutir, mas a questão fundamental posta pelo Ministro Menezes Direito depende, a rigor, do pedido feito por quem tinha legitimação – partido político. E, portanto, o *amicus curiae* talvez tenha pouco que adensar nesta matéria.

Eu reputo importantíssimo – e, aí, fora do caso – a participação do *amicus curiae*. O Brasil desenvolveu um modelo – hoje muito reconhecido no exterior – de jurisdição constitucional aberta, com a participação de interessados nas audiências públicas, *experts*, com a possibilidade de designação de peritos e *experts* dos processos e com a participação do *amicus curiae* inclusive na sustentação oral.

E todos nós que temos experiência nos julgamentos sabemos que, muitas vezes – eu mesmo já fui surpreendido, mas já vi outros Colegas também surpreendidos –, nas sustentações orais, nós mudamos de posição. Já vimos inclusive muitas indicações de adiamento após a sustentação oral. De modo que é extremamente importante – é claro, temos de tomar todas as cautelas de estilo – fixar normas de organização e procedimento para que não haja tumulto processual.

Tem razão o eminente Relator quando diz que o *amicus curiae* não pode se tornar o senhor do processo. Por isso ele teria de entrar no processo na condição em que se encontra. E, naquele caso específico a que me referi da repercussão

geral do recurso extraordinário, quando o processo já está em pauta, ele entrará apenas para fazer eventual sustentação oral e distribuir memoriais, se for o caso.

Quanto à eventual surpresa – eu até diria bendita surpresa, porque vai nos conduzir a uma justiça material –, se nós, por uma sustentação oral, tivermos que corrigir o rumo do julgamento, ainda bem, porque é melhor que assim se faça do que se venha a fazer num outro momento.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, se V. Exa. me permite, quero só fazer uma ponderação. O *amicus curiae*, no momento, toma uma postura. A parte contrária também não pode ser surpreendida. A parte contrária também deve ter oportunidade de tomar conhecimento prévio das posições processuais dos adversários, no curso do processo, para que possa preparar-se para agir ou reagir. Imagine um *amicus curiae* que chega, assoma a tribuna e traz argumento surpreendente para todos os outros interessados postos em situação contrária. São todos surpreendidos. O Tribunal, então, estabelecerá a regra, e, nesses casos, suspenderá o julgamento, para permitir nova manifestação?

Vamos modificar inteiramente a concepção do processo como alguma coisa que anda para frente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas esse é o grande problema.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas o processo não é um fim, é um meio, Excelência.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas aqui é ação direta. É controle objetivo. Não tem parte contrária.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, mas, se dentro do processo, pudéssemos fazer qualquer coisa, esse livro, aqui, seria absolutamente inútil.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Se nós fôssemos uma Corte que julga cem, cento e vinte processos por ano, seria plenamente aceitável a regra contrária, mas não é o caso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu reconheço que essa questão, a rigor, fica definida apenas no caso, até porque o Relator poderia, nos termos hoje vigentes, indeferir.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Isso é o pior, porque o Relator pode indeferir, e sua decisão é irrecorrível.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E é irrecorrível.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas, então, está discutindo o quê?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Que o faça! Mas, se a contribuição for valiosa, o Relator defere e não indefere.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): De qualquer sorte, fica decidido o caso. Não fixamos jurisprudência sobre o assunto.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Eu quero que fique bem claro o seguinte: o meu voto é na tese geral; não é neste caso. Agora, se os outros Colegas entenderem de forma diferente...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O Ministro Marco Aurélio, por exemplo, fez ressalva expressa.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Não, tudo bem, eu sei, mas eu estou só reafirmando que o meu voto é nesse sentido.

Então fica indeferido, porque está fora do prazo.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Senhor. Presidente, então posso passar ao mérito, porque fica indeferido por estar fora do prazo.

O mérito é aquela questão que já julgamos. V. Exa. foi o Relator em dois recursos extraordinários relativos ao art. 56 da Lei 9.430/96.

Diante de duas decisões do Plenário já fixando orientação, incluído aquele aspecto relativo à modulação dos efeitos em que fiquei vencido, na companhia do eminente Ministro **Celso de Mello**, lembramos ambos da jurisprudência assentada do STJ em outro sentido, e, daí, conferimos a modulação de efeito, esta Corte, em duas oportunidades, com a relatoria de V. Exa., entendeu especificamente a constitucionalidade desse art. 56.

Com base nisso, apliquei o art. 4º da Lei 9.868/99, que permite a decisão monocrática e liminar do Relator quando a ação direta for manifestamente improcedente, como é este caso.

Portanto, reitero essa decisão e nego provimento ao agravo regimental.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, peço vênia ao Relator para divergir e o farei a partir de uma das últimas frases de V. Exa., ressaltando que, no processo objetivo, a causa de pedir é aberta, o que não ocorre quando nos defrontamos e nos pronunciamos a partir de recurso extraordinário, em que, como todos sabemos, se exige o debate e decisão prévios do tema explorado nas razões respectivas.

Por isso, penso que precedentes versados a partir do julgamento de recursos extraordinários não obstaculizam ação cuja causa de pedir é aberta, em que o pronunciamento do Tribunal poderá levar em conta outros artigos da Constituição Federal, artigos da Constituição Federal não versados, inclusive, nos processos subjetivos em que prolatadas as decisões a consubstanciarem os precedentes.

Ante esse aspecto, Senhor Presidente, e mais uma vez proclamando que a atuação individual revela no processo objetivo, como também no *habeas corpus*, exceção, peço vênia ao Relator para, no caso, prover o agravo.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, peço vênia ao Relator para prover o agravo e determinar o regular julgamento do mérito.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, nessa matéria fui voto vencido. Trata-se de uma questão de extrema relevância, praticou-se uma profunda injustiça.

Peço vênia para, neste caso, também prover.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: Senhor Presidente, como ficou a questão da intervenção do "*amicus curiae*"?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ficou, pela maioria, indeferido.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Indeferida. Agora, com a fundamentação do voto do Ministro Marco Aurélio, que só decidia o caso concreto, não há maioria formada para esta deliberação. S. Exa. está apenas indeferindo naquele caso. Isso que depreendi do voto de S. Exa., se eu não estiver enganado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Considero apenas a falta de oportunidade.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não é matéria constitucional. Foi indeferido.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): É preciso saber, porque realmente é importante definir. Eu tenho a sensação, Senhor Presidente, de que aqui o Ministro **Eros Grau**, o Ministro **Ricardo Lewandowski**, eu, o Ministro **Joaquim Barbosa**, o Ministro **Cezar Peluso**, nós votamos que a intervenção do *amicus curiae* seria limitada à data em que o recurso mandou o Relator ao julgamento.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Da remessa dos autos à Mesa para julgamento.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): O Ministro **Marco Aurélio** fez algumas referências. Peço vênia a V. Exa., talvez eu não tenha percebido.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Já que sou convocado a pronunciar-me quanto ao fundo, devo fazê-lo.

Votei no sentido da falta de oportunidade do pedido porque o processo estava – como ainda está – em grau de agravo regimental.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): O meu voto foi nesse sentido.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ultrapassada essa fase e essa matéria, creio que devo considerar o que se contém no § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99. Esse

parágrafo é explícito ao revelar que o Relator poderá ouvir, mediante decisão irrecorrível, outros segmentos, outras entidades. Ouvir para quê? Nada surge sem uma causa. Para ter-se, no processo, esclarecimentos. Ora, se o processo já foi liberado para inclusão em pauta, já foi declarado, pelo Relator, aparelhado para julgamento, logicamente não cabe a audição.

Filio-me, portanto, a S. Exa. o Relator nesse ponto de vista.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Portanto, indeferido.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Reconheceu-se**, portanto, Senhor Presidente, **a possibilidade** de o "*amicus curiae*" **ser** admitido **até** o momento em que o Relator determinar a inclusão do processo em pauta.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E, no mérito, desprovido o agravo, vencidos os Ministros Eros Grau, Carlos Britto e Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não cogito nem de limite considerada a inclusão em pauta. Cogito do lançamento do visto pelo Relator, declarando aparelhado o processo para julgamento.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É encaminhar para Mesa para julgamento.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas o momento da inclusão em pauta pelo menos é um momento objetivo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Pode ser um recurso que independe de inclusão em pauta. Ele é remetido à Mesa sem inclusão em pauta.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Isso também, Presidente, não implica a colocação, em plano secundário, da premissa segundo a qual o terceiro pode intervir no processo – terceiro, gênero – a qualquer momento, recebendo-o no estágio em que se encontra.

Temos peculiaridade. No processo objetivo, o terceiro não vem ao processo defender direito daquele que é parte – assistir parte em si. Ele vem para prestar, como está no próprio preceito legal, esclarecimentos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): A rigor, na verdade, ainda temos que consolidar uma jurisprudência e talvez uma teoria em torno do *amicus curiae*. Hoje não temos muita clareza sobre esse papel, mas isso só vai se desenvolver com a prática. E é preciso que haja a participação desses *amici curiae* para que, de fato, o sistema ganhe consistência e coerência.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.071-AgR/DF — Relator: Ministro Menezes Direito. Agravante: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB (Advogados: Afonso Assis Ribeiro e outros). Agravados: Presidente da República e Congresso Nacional (Advogado: Geral da União).

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, rejeitou a admissão do *amicus curiae*, vencidos a Ministra Cármen

Lúcia e os Ministros Carlos Britto, Celso de Mello e o Presidente. E, no mérito, por maioria, desproveu o recurso de agravo, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto e Eros Grau. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 22 de abril de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.161— AL

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB — Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Alagoas e Governador do Estado de Alagoas.

Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 7º da Lei estadual (AL) 6.816/07. Exigência de depósito recursal prévio no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis do Estado de Alagoas. Matéria própria de direito processual civil. Inconstitucionalidade formal (art. 22, inciso I, CF). Medida cautelar deferida.

1. A exigência de depósito recursal prévio aos recursos do Juizado Especial Cível, criada pelo art. 7º da Lei estadual (AL) 6.816/07, constitui requisito de admissibilidade do recurso, tema próprio de direito processual civil e não de "procedimentos em matéria processual" (art. 24, inciso XI, CF).

2. Medida cautelar deferida para suspender a eficácia do art. 7º, *caput* e respectivos parágrafos, da Lei 6.816/07, do Estado de Alagoas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos e nos termos do voto do Relator, em conceder a medida liminar suspendendo a vigência da norma impugnada.

Brasília, 29 de outubro de 2008 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou, em 17 de outubro último, a presente ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto é o art. 7º da Lei 6.816, de 12 de julho de 2007, do Estado de Alagoas, que tem a seguinte redação:

> (...)
> Art. 7º A interposição de recurso inominado cível nos Juizados Especiais do Estado de Alagoas dependerá do recolhimento das custas judiciais e do depósito recursal.
> § 1º O valor do depósito recursal será de 100% (cem por cento) do valor da condenação, observado o limite de 40 (quarenta) vezes o valor do salário mínimo, e deverá ser efetuado na forma e no prazo dispostos no § 1º, do art. 42, da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

§ 2º Nas causas em que a parte sucumbente for condenada em obrigação de fazer, ou deixar de fazer, o valor do depósito recursal será equivalente ao dobro das custas judiciais.

§ 3º Demonstrada a impossibilidade financeira de recolhimento do depósito recursal, o Juiz poderá dispensá-lo total ou parcialmente.

§ 4º Não caberá recurso da decisão que deferir ou indeferir o pedido de dispensa do depósito recursal.

§ 5º Provido o recurso, o Juízo originário devolverá ao recorrente o depósito recursal com os rendimentos, se houverem.

§ 6º Na hipótese de não provimento do recurso, o depósito será revertido em favor do recorrido, juntamente com os rendimentos, para cumprimento do disposto na sentença condenatória.

§ 7º No caso previsto no § 2º deste artigo, o valor do depósito será liberado em favor do recorrente vencido, assim que cumprida a sentença cominatória.

Alega o requerente que o dispositivo impugnado seria formalmente inconstitucional por tratar de direito processual, matéria de competência da União Federal, na forma do art. 22, inciso I, da Constituição Federal, além do que ofenderia os princípios constitucionais do acesso à justiça, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Requer, com tais fundamentos, a concessão de medida cautelar, com base no art. 10 da Lei 9.868/99 para suspender a eficácia do art. 7º, *caput*, e respectivos parágrafos, da Lei estadual (AL) 6.816/07.

Para a apreciação do pedido cautelar, submeto o feito à apreciação do Plenário.

É o relatório, do qual deverão ser extraídas cópias para envio aos Senhores Ministros.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) contra o art. 7º, *caput* e respectivos parágrafos, da Lei estadual (AL) 6.816/07, que criou a exigência de realização de depósito recursal prévio à interposição de recurso inominado nos Juizados Especiais Cíveis do Estado de Alagoas.

Como está claro, a lei estadual tratou de tema próprio do direito processual e não de "procedimentos em matéria processual", conforme autoriza o art. 24, inciso XI, da Constituição, uma vez que, inequivocamente, foi criado um novo requisito de admissibilidade para o recurso interposto de sentença prolatada por Juizado Especial Cível.

Indubitável a violação do art. 22, inciso I, da Constituição Federal, de acordo com o qual compete à União legislar, entre outras matérias, sobre direito processual.

Nesse sentido, na jurisprudência desta Corte, destaco os seguintes precedentes, *verbis:*

Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 26 da Lei Complementar 851/98 do Estado de São Paulo. Matéria processual. Inconstitucionalidade formal.

1. À União, nos termos do disposto no art. 22, inciso I, da Constituição do Brasil, compete privativamente legislar sobre direito processual.

2. Lei estadual que dispõe sobre atos de Juiz, direcionando sua atuação em face de situações específicas, tem natureza processual e não meramente procedimental.

3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente.

(ADI 2.257/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Eros Grau**, *DJ* de 26-8-05.)

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 7.603, de 27-12-01, do Estado de Mato Grosso. Custas judiciais e emolumentos. Alegação de ofensa aos arts. 5º, XXXV, LXXIV, 7º, IV, 22, I, 145, II e § 2º e 154, I, todos da Constituição Federal.

(...)

3. Invade a competência da União norma estadual que disciplina matéria referente ao valor que deva ser dado a uma causa, tema especificamente inserido no campo do direito processual. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente.

(ADI 2.655/MT, Tribunal Pleno, Rela. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 26-3-04.)

Competência – Direito processual – Criação de recurso – Juizados especiais. Mostra-se insubsistente, sob o ângulo constitucional, norma local que implique criação de recurso. Esta ocorre no âmbito da competência para legislar sobre direito processual, não estando abrangida pela competência concorrente do inciso XI do art. 24 da Constituição Federal.

(AI 210.068-AgR/SC, Segunda Turma, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 30-10-98.)

Estão presentes na hipótese os requisitos para o deferimento na medida cautelar pleiteada, considerando os danos que sua aplicação causa a todos aqueles que interpõem recursos nos juizados especiais cíveis no Estado de Alagoas.

Destarte, concedo a medida cautelar para suspender, *ex nunc,* a eficácia do art. 7º, *caput* e respectivos parágrafos, da Lei 6.816/07 do Estado de Alagoas.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.161-MC/AL — Relator: Ministro Menezes Direito. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (Advogado: Maurício Gentil Monteiro). Requeridos: Assembleia Legislativa do Estado de Alagoas e Governador do Estado de Alagoas.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, concedeu a medida liminar suspendendo a vigência da norma impugnada. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Ausente, justificadamente, porque em representação do Tribunal no exterior, o Ministro Gilmar Mendes (Presidente).

Presidência do Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Carlos Britto,

Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Xavier Pinheiro Filho.

Brasília, 29 de outubro de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO 6.352 — RS

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Menezes Direito

Agravantes: União — Agravada: Juíza do Trabalho da 24ª Vara do Trabalho de Porto Alegre (Processo 01099.024/94-3) — Interessada: Sucessão de Paulo Roberto da Silva

Agravo regimental. Reclamação. Cópia do acórdão da Suprema Corte que teria sido ofendido. Desnecessidade da juntada. Precedentes.

1. Para o conhecimento da reclamação não se exige a juntada de cópia do acórdão do Supremo Tribunal Federal que teria sido desrespeitado. Dispensabilidade da peça em virtude de o acórdão ter sido proferido pela própria Suprema Corte.

2. Agravo regimental conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso de agravo.

Brasília, 8 de outubro de 2008 — Menezes Direito, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: À fl. 38, prolatei despacho determinando à União que procedesse à juntada da íntegra do acórdão que diz inobservado. Em vez de fazê-lo, interpôs o agravo de fls. 43 a 47, sustentando não parecer razoável condicionar o deferimento da inicial ou mesmo o processamento da reclamação à prévia juntada aos autos do acórdão da ADC 11-MC/DF. Aduz que as ações diretas de constitucionalidade têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante desde a publicação da ata de julgamento no *Diário da Justiça* e que o cabimento da reclamação está condicionado, unicamente, à prolação de decisão ofensiva à autoridade de julgado desta Corte. Evoca precedentes do Supremo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Na interposição deste agravo, foram atendidos os pressupostos de recorribilidade que lhe são inerentes. A peça, subscrita pelo Advogado-Geral da União, restou protocolada no prazo dobrado a que tem jus a agravante.

Tem-se, no caso – e isso vem se repetindo em diversos processos –, a inobservância, pela União, da necessidade de juntar, à inicial de reclamação, visando a preservar a autoridade de pronunciamento desta Corte, a íntegra do ato havido como desrespeitado, ou seja, do acórdão proferido. Desprovejo o agravo interposto e indefiro a inicial, ante a ausência de atendimento ao despacho de fl. 38.

O Sr. Ministro Menezes Direito: V. Exa. tem acompanhado a jurisprudência, não é?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Entendo que a parte deve juntar, e não o órgão investido do ofício judicante.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Isso ficou estabelecido na jurisprudência?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): O Tribunal tem distinguido. Há situações em que ele admite a exigência, em outras não.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O Tribunal entende que basta a reclamação; se é cabível, se há efeito vinculante, não precisa juntar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Eu, por exemplo, não conheço nem todos os votos que proferi, o que dirá todos os acórdãos do Plenário. Agora, é certo que a peça, visando à documentação, é indispensável e deve vir com a inicial da reclamação, a teor do que se contém nos arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil.

> Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

Não estou dizendo que a reclamação é ação, mas, de qualquer forma, é indispensável à formalização da reclamação. O Relator abriu margem a que se sanasse o que ele vislumbrou como defeito, mas a União diz que não tem de juntar coisa alguma, devendo o Relator providenciar essa juntada, se quiser.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Parece-me, Senhor Presidente, que o Tribunal não pode converter-se em órgão de colmatação de omissões imputáveis, exclusivamente, às partes, pois elas, tratando-se de documentos essenciais, devem subsidiar esta Corte com os dados e elementos necessários à compreensão da controvérsia. Isso não ocorre, contudo, no caso, pois se trata de peça cuja produção não é exigida pela jurisprudência do Tribunal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): E a União é parte. Ela não comparece dotada da soberania que lhe é própria.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Minha dúvida é a seguinte: qual é a jurisprudência dominante?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): A jurisprudência dominante é no sentido de que é dispensável.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Essa é a jurisprudência que tem sido seguida. Eu mesmo tenho seguido essa jurisprudência que está assentada. Eu tenho

decidido nesse sentido também. Percebo que são aquelas matérias em que, na verdade, há uma alteração de jurisprudência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Comecei minha fala dizendo que, no Plenário, sou praticamente voz isolada. Agora, parece-me que o Ministro Celso de Mello estaria a distinguir.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): No caso específico, é o efeito vinculante.

O Sr. Ministro Menezes Direito: É o nosso acórdão. Veja bem, estou fazendo essa observação porque no Superior Tribunal de Justiça nós decidimos, até por proposta que fiz, que, quando se tratasse do acórdão do STJ, dispensar-se-ia a juntada, porque é um acórdão do próprio STJ, então, se trazia o acórdão. Mesmo no recurso especial, quando se entrava com recurso especial pela divergência, se a parte indicasse a divergência, mesmo que não juntasse a integralidade do acórdão, quando era acórdão do STJ, o acesso era imediato. Quando cheguei ao Supremo, verifiquei que, nesses casos, a jurisprudência dominante era dispensar a juntada, porque se tratava de acórdão do próprio Supremo Tribunal Federal, o que era consentâneo com a jurisprudência que tínhamos lá.

Então, vou pedir vênia ao Ministro **Marco Aurélio** para manter essa jurisprudência. Como se trata de acórdão do próprio Supremo Tribunal Federal, evidentemente que é um ato de acesso simples.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: E também se aplica subsidiariamente, de certo modo, a regra do Código de Processo Civil de que, não estando em ordem a petição inicial, o juiz manda a parte instruí-la ou aditar.

O Sr. Ministro Menezes Direito: De qualquer maneira, o fundamento que estou adotando é esse. Quer dizer, como se trata de acórdão do próprio Supremo Tribunal Federal, pode-se determinar a juntada desse acórdão ou que ele venha aos autos independentemente de qualquer outra providência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, apenas para esclarecer mais uma vez: instei – como Relator, e, claro, porta-voz do Colegiado – a parte, para mim simplesmente parte, a proceder à juntada.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Ministro **Marco Aurélio**, não ouvi.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): É que instei, abri margem a que ela juntasse o documento tido como indispensável. E, simplesmente, ela diz que não, que, evidentemente, tenho o domínio da jurisprudência da Corte e, talvez, deva eu próprio fazer o que ela não fez: juntar ao processo o acórdão.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Mas, aí, tenho a impressão de que é um problema mais grave. Porque, se o Ministro Relator determina à parte que tome uma providência e a parte não toma essa providência, tenho a impressão de que o cenário é diferente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas é que a parte se funda na jurisprudência da Corte. Esse que é o problema. Não quer resistir ao Relator, nem, de certo

modo, tirar a autoridade da decisão do Relator. Apenas sustenta que, de acordo com a jurisprudência, não precisa providenciar.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Vou manter a jurisprudência do Tribunal.

Transcrevo a seguir o voto que proferi nos Embargos de Divergência em Recurso Especial 430.810:

> Senhor Presidente, estou superando a questão da preliminar a respeito de ser ou não a regra técnica, motivo suficiente para ensejar os embargos de divergência, pois se não enfrentarmos na Corte Especial o tema relativo à regra técnica, em embargos de divergência, como disse o Sr. Ministro **Ari Pargendler**, chegaremos a um resultado extremamente complicado, porque daremos chance para que as Turmas, de modo diverso, entendam a admissibilidade do recurso especial. Portanto, suplanto a questão relativa à possibilidade de conhecimento dos embargos de divergência com base em regra técnica.
>
> O segundo aspecto diz respeito à flexibilização para o conhecimento da divergência em recurso especial. O precedente indicado é da relatoria do Sr. Ministro **Antônio de Pádua Ribeiro**, datado de 2000, no sentido de que nem a *internet* nem qualquer outro meio eletrônico é repositório oficial de jurisprudência. Posteriormente, todavia, esta Corte Especial, em diversas oportunidades, entendeu que no caso de o precedente ser desta Corte teríamos condições de aferir a divergência pelos meio que temos disponíveis para tanto.
>
> Na realidade, essa deve ser a orientação a ser seguida, porque, de fato, se se junta um inteiro teor obtido via *internet*, estamos dando possibilidade ao relator de conhecimento integral do acórdão recorrido por meio oficial, e isso, evidentemente, não só facilita o trabalho do julgador como também o do advogado e o do Ministério Público.
>
> Não teria nenhum sentido, por exemplo, dispensarmos a transcrição ou a juntada completa do inteiro teor e ficarmos apenas com a indicação das ementas e não admitirmos a juntada do inteiro teor obtido por meio eletrônico no *site* oficial do Tribunal.
>
> Participei do precedente citado da Terceira Turma e evoluo juntamente com a Corte Especial.
>
> Conheço dos embargos de divergência, mas nego-lhes provimento.
>
> (Corte Especial, *DJ* de 9-12-05.)

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Veja bem, estou fazendo essa observação porque no Superior Tribunal de Justiça nós decidimos, até por proposta que fiz, que, quando se tratasse do acórdão do STJ, dispensar-se-ia a juntada, porque é um acórdão do próprio STJ, então, se trazia o acórdão. Mesmo no recurso especial, quando se entrava com recurso especial pela divergência, se a parte indicasse a divergência, mesmo que não juntasse a integralidade do acórdão, quando era acórdão do STJ, o acesso era imediato. Quando cheguei ao Supremo, verifiquei que, nesses casos, a jurisprudência dominante era dispensar a juntada, porque se tratava de acórdão do próprio Supremo Tribunal Federal, o que era consentâneo com a jurisprudência que tínhamos lá.

Então, vou pedir vênia ao Ministro **Marco Aurélio** para manter essa jurisprudência. Como se trata de acórdão do próprio Supremo Tribunal Federal, evidentemente que é um ato de acesso simples.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, também vou pedir vênia ao Relator, mas acompanharei a divergência iniciada pelo Ministro Menezes Direito.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, também vou ser conservador. Tenho sido chamado de conservador e fico dando prova disso.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, também sou conservador, das coisas boas.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, com a vênia do Relator, acompanho o voto do Ministro Menezes Direito.

EXTRATO DA ATA

Rcl 6.352-AgR/RS — Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Menezes Direito. Agravante: União (Advogado: Advogado-Geral da União). Agravada: Juíza do Trabalho da 24ª Vara do Trabalho de Porto Alegre (Processo 01099.024/94-3). Interessada: Sucessão de Paulo Roberto da Silva (Advogado: Nivaldo José Messinger).

Decisão: O Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso de agravo, vencido o Relator. Redigirá o acórdão o Ministro Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, porque em representação do Tribunal no exterior, o Ministro Ricardo Lewandowski e, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 8 de outubro de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA 25.588 — DF

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Agravante: Gildson Gomes dos Santos — Agravado: Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados — Litisconsorte passivo: Presidente da República

Agravo regimental. Mandado de segurança. Questão *interna corporis*. Atos do Poder Legislativo. Controle judicial. Precedente da Suprema Corte.

1. A sistemática interna dos procedimentos da Presidência da Câmara dos Deputados para processar os recursos dirigidos ao Plenário daquela Casa não é passível de questionamento perante o Poder Judiciário, inexistente qualquer violação da disciplina constitucional.

2. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 2 de abril de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Trata-se de agravo regimental interposto por Gildson Gomes dos Santos contra decisão que negou seguimento ao MS 25.588, que está assim fundamentada:

> Vistos.
>
> Mandado de segurança impetrado por Gildson Gomes dos Santos, advogado, contra atos do Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados, que não recebeu a denúncia por crime de responsabilidade apresentada pelo impetrante contra o Presidente da República e também indeferiu o seguimento do agravo regimental interposto contra a decisão que não acolheu a denúncia.
>
> Afirma o impetrante que os fatos denunciados não são genéricos, descabendo a afirmação de inépcia da peça acusatória, razão por que deveria ter sido recebida, lida em sessão plenária e despachada à Comissão Especial eleita.
>
> Argumenta que seria possível recorrer da decisão que indeferiu o recebimento da denúncia, mesmo que o recurso não estivesse previsto explicitamente no § 3º do art. 218 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, por força do art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Indeferido o pedido liminar em despacho da lavra do Ministro **Sepúlveda Pertence**, então Relator do feito (fls. 388/389), decisão contra a qual foi interposto agravo regimental (fls. 395 a 418), que teve seguimento negado por ser incabível, nos termos da Súmula 622 (fl. 444).

Informações prestadas pela autoridade coatora, mantido o entendimento de que inepta a inicial e de que "publicada a decisão que não recebe denúncia, qualquer Deputado pode insurgir-se contra ela, mediante recurso previsto no art. 218, § 3º, RICD, não sendo parte legítima para tanto quem não esteja no exercício do mandato de Deputado Federal, motivo pelo qual foi negado seguimento ao recurso" (fl. 439).

Parecer do Ministério Público Federal pela denegação da segurança (fls. 446 a 450).

Decido.

O Presidente da Câmara dos Deputados deixou de receber a denúncia por entender que continha "caráter genérico, baseada apenas em reproduções de matérias jornalísticas e considerações de caráter pessoal, sem que haja uma indicação precisa do fato considerado como delituoso que se pretende imputar ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República" (fl. 104). Interposto agravo regimental, teve seguimento negado ao fundamento de que o autor da denúncia, não sendo Deputado Federal, não poderia recorrer, baseada a decisão nos arts. 100, § 1º; 218, § 3º; e 226, I; todos do RICD.

As decisões foram proferidas pelo Presidente da Câmara dos Deputados, nos limites de sua competência, conforme previsão do art. 218, § 1º e § 3º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que assim dispõem:

> "Art. 218. É permitido a qualquer cidadão denunciar à Câmara dos Deputados o Presidente da República, o Vice-Presidente da República ou Ministro de Estado por crime de responsabilidade.
>
> § 1º A denúncia, assinada pelo denunciante e com firma reconhecida, deverá ser acompanhada de documentos que a comprovem ou da declaração de impossibilidade de apresentá-los com indicação do local onde possam ser encontrados, bem como, se for o caso, do rol das testemunhas, em número de cinco, no mínimo.
>
> (...)
>
> § 3º Do despacho do Presidente que indeferir o recebimento da denúncia, caberá recurso ao Plenário."

O mandado de segurança tem cabimento para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público (art. 5º, LXIX, da Constituição Federal. Os arts. 200 do RISTF e 1º da Lei 1.533/51 também preveem a impetração do mandado de segurança para a proteção de direito líquido e certo.

No caso presente, flagrantemente, a inicial do *mandamus* não demonstra a existência de direito líquido e certo supostamente ofendido.

Os atos apontados como coatores foram proferidos por autoridade competente, observadas as normas regulamentadoras de sua atuação, não cabendo a esta Corte, segundo decisões já proferidas, intervir na sistemática interna de procedimentos da Presidência da Câmara dos Deputados para processar os recursos dirigidos ao Plenário daquela Casa, desde que não seja contrária aos comandos regimentais e constitucionais expressos. Nesse sentido:

"*Constitucional. Mandado de segurança. Atos do Poder Legislativo: controle judicial. Ato interna corporis: matéria regimental*. I – Se a controvérsia é puramente regimental, resultante de interpretação de normas regimentais, trata-se de ato *interna corporis*, imune ao controle judicial, mesmo porque não há alegação de ofensa a direito sujetivo. II – Mandado de segurança não conhecido."

(MS 24.356/DF, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, *DJ* de 12-9-03.)

Também menciono, na mesma linha, as seguintes decisões monocráticas: MS 26.074, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, *DJ* de 13-9-06; e o MS 26.062, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, *DJ* de 12-4-07.

Afastada, assim, a pretensão quanto ao cabimento do agravo regimental interposto perante a Câmara dos Deputados.

Por outro lado, a denúncia deixou de ser recebida em face da ausência de comprovação, mesmo superficialmente, ou demonstração de fato concreto considerado como delituoso, não sendo admitido o caráter genérico da denunciação. Vê-se que a decisão enquadra-se na disposição do § 1º do art. 218 do RICD acima transcrito. Esta Corte já decidiu que a competência do Presidente da Câmara dos Deputados, ao examinar a idoneidade da denúncia popular contra o Presidente da República, "não se reduz à verificação das formalidades extrínsecas e da legitimidade de denunciantes e denunciados, mas se pode estender (...) à rejeição imediata da acusação patentemente inepta ou despida de justa causa, sujeitando-se ao controle do Plenário da Casa, mediante recurso (...). MS 20.941/DF, **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 31-8-92." (MS 23.885-2/DF, Pleno, Ministro **Carlos Velloso**, *DJ* de 20-9-02.)

Do exposto, nos termos do art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nego seguimento ao mandado de segurança.

Intime-se.

(Fls. 455 a 458.)

No tocante à certeza e à liquidez de seu direito nos autos sob exame, o Agravante argumenta:

(...) o que, definitivamente, extrai-se das normas sob exame é que o direito do parlamentar de oferecer proposições em geral não elimina o direito do denunciante popular de interpor recurso ao Plenário na hipótese de indeferimento do recebimento da denúncia, que nada mais é do que um requerimento, uma petição.

(...)

Essa constatação reforça a tese de que seria possível ao impetrante recorrer da decisão que indeferiu o recebimento da denúncia, mesmo que o recurso não estivesse previsto explicitamente no § 3º do art. 218, pois a regra geral é a de que contra decisão que indefere requerimento cabe recurso ao interessado. Ora, ao conferir ao cidadão o direito subjetivo de agir regimentalmente mediante denúncia/requerimento, por força do art. 5º, LV, da Constituição Federal, a norma regimental deve assegurar ao requerente/denunciante "os meios e recursos a ela inerentes".

(Fls. 519/520.)

Sustenta não ser manifestamente inepta a peça inicial da denúncia proposta perante a Câmara dos Deputados, o que desautorizaria sua rejeição liminar pelo Presidente da Câmara, nos termos:

(...)

Cuida-se, por sinal, de peça popular que pode ser lavrada por qualquer cidadão comum sem o concurso de técnico ou especialista. É evidente que se a elaboração da denúncia demandasse técnica ou especialização o próprio Regimento Interno haveria de dispor sobre a participação de advogado. Não é o caso, porém.

(...)

Efetivamente, nos casos de apuração de crime de responsabilidade, em especial quando o crime é praticado contra a probidade na Administração, parece razoável inferir que, não sendo a denúncia manifestamente inepta, inclusive por falta de justa causa (*primus ictus oculi*) e tampouco lhe falte a observância do § 1º do art. 218 do RICD, incidirá na espécie o princípio *in dubio pro societatis* (a dúvida milita em favor da sociedade). Na prática, está-se vendo que o desbarate das quadrilhas afanadoras dos cofres públicos é realmente complexo. Trata-se, por sinal, de fato notório, que, portanto, dispensa prova pré-constituída.

(Fls. 521/522.)

No mais, requer que "seja dado provimento ao presente regimental, para que o *writ* tenha seguimento com consequente exame do mérito pelo Pleno da Corte, como forma de promoção da mais lídima Justiça" (fl. 525).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Não merece prosperar o inconformismo.

O Agravante não apresentou argumentos novos suscetíveis de modificar a decisão agravada. Reitera apenas os argumentos aduzidos nas razões do mandado de segurança.

O Agravante insiste na tese de que os atos do Presidente da Câmara dos Deputados, que não recebeu a denúncia por crime de responsabilidade ofertada pelo ora Agravante contra o Presidente da República e também negou seguimento ao agravo regimental interposto contra a decisão *supra*, violaram o direito líquido e certo de ter a sua proposição apreciada pelo Plenário da Câmara dos Deputados.

Conforme destaquei na decisão agravada, a sistemática interna dos procedimentos da Presidência da Câmara dos Deputados para processar os recursos dirigidos ao Plenário daquela Casa não é passível de questionamento perante o Poder Judiciário quando não seja contrária aos comandos regimentais e constitucionais expressos.

No caso, o Presidente daquela Casa Legislativa deixou de receber a denúncia e, posteriormente, negou seguimento ao agravo regimental com base, respectivamente, no art. 218, § 1º, e nos arts. 100, § 1º; 218; § 3º; e 226, inciso I; todos do RICD. Assim, não há que se falar em afronta a direito líquido e certo do Impetrante. Nesse sentido é o julgamento do MS 26.062, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, *DJ* de 4-4-08, *in verbis*:

(...)

No caso ora em análise, a interpretação dada pelo Presidente da Câmara dos Deputados ao art. 218, § 3º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, ainda que restritiva, não afrontou direito líquido e certo do Impetrante, pois envolve norma de organização e procedimento necessária ao funcionamento administrativo daquele órgão.

Em precedente específico, o Ministro **Joaquim Barbosa** ainda ressaltou que:

(...)

(...) a não admissão do mencionado recurso interposto pelo Impetrante no âmbito da Câmara dos Deputados deve-se à interpretação sistemática do Regimento Interno daquela Casa. Isso porque não existe previsão constitucional ou legal para o mencionado recurso, que tem previsão apenas no § 3º do art. 218 do Regimento Interno da Câmara.

Observo, por outro lado, que a Lei 1.079/50 prevê apenas a possibilidade de qualquer cidadão formular denúncia contra o Presidente da República perante a Câmara dos Deputados, não prevendo, porém, qualquer recurso contra a decisão que o rechace.

(MS 26.074/DF, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, *DJ* de 13-9-06.)

Por fim, ressalte-se que a questão proposta constitui matéria *interna corporis*, sendo insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário em virtude do princípio constitucional da separação de poderes (art. 2º da Constituição Federal).

Como já assinalei, o "princípio da separação de poderes está na raiz da chamada questão *interna corporis*, com o que não pode ser ela desprezada pelo rigor com que se deve aplicar o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário" (*Manual do Mandado de Segurança*, Renovar, 4. ed., 2003, p. 43).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Este aqui é o seguinte: questiona-se ato do Presidente da Câmara, de recebimento de denúncia contra o Presidente da República.

Estou aplicando precedente específico, de que foi Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, o MS 26.074, dizendo que a sistemática interna dos procedimentos do Presidente da Câmara, nessas circunstâncias, é insusceptível de apreciação em mandado de segurança.

Então, estou negando provimento ao agravo.

EXTRATO DA ATA

MS 25.588-AgR/DF — Relator: Ministro Menezes Direito. Agravante: Gildson Gomes dos Santos (Advogado: Gildson Gomes dos Santos). Agravado:

Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados. Litisconsorte passivo: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Eros Grau. Presidiu o julgamento o Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 2 de abril de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

MANDADO DE SEGURANÇA 26.681 – DF

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Impetrante: Thales Messias Pires Cardoso — Impetrado: Procurador-Geral da República

Mandado de segurança. Art. 129, § 3º, da Constituição. Comprovação de atividade jurídica para o concurso do Ministério Público Federal. Peculiaridades do caso.

1. A interpretação do art. 129, § 3º, da Constituição foi claramente estabelecida pela Suprema Corte no julgamento da ADI nº 3.460, Relator o Ministro Carlos Britto (*DJ* 15-6-07), de acordo com o qual (i) os três anos de atividade jurídica pressupõem a conclusão do curso de bacharelado em Direito e (ii) a comprovação desse requisito deve ocorrer na data da inscrição no concurso, e não em momento posterior.

2. O ato coator tomou como termo inicial da atividade jurídica do impetrante a sua inscrição na OAB, o que é correto, porque, na hipótese, o impetrante pretendeu comprovar a sua experiência com peças processuais por ele firmadas como advogado. Faltaram-lhe, consequentemente, 45 dias para que perfizesse os necessários três anos de advocacia, muito embora fosse bacharel em Direito há mais tempo.

3. O caso é peculiar, considerando que o período de 45 dias faltante corresponde ao prazo razoável para a expedição da carteira de advogado após o seu requerimento, de tal sorte que, aprovado no exame de ordem em dezembro de 2003, deve ser tido como preenchido o requisito exigido pelo § 3º do art. 129 da Constituição Federal.

4. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, deferir o mandado de segurança, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 26 de novembro de 2008 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Mandado de segurança impetrado por Thales Messias Pires Cardoso contra ato do Procurador-Geral da República que negou a sua inscrição definitiva no 23º Concurso para Provimento de Cargos

de Procurador da República, por falta de comprovação do período de três anos de atividade jurídica, na forma como previsto no art. 129, § 3º, da Constituição Federal.

Alega o impetrante que se graduou em 5-2-04, de modo que, na data limite da inscrição definitiva (23-4-07), encontrava-se na condição de bacharel em Direito havia mais de três anos.

No entanto, o ato dito coator tomou como termo inicial da contagem de sua atividade jurídica a data de inscrição do impetrante na Ordem dos Advogados do Brasil, que somente se deu em 7-6-04 (fl. 90).

Eis os termos do ato da autoridade impetrada, *in verbis*:

> O exame do recurso e dos documentos que instruem o requerimento de inscrição definitiva revela que, embora tenha o candidato *Thales Messias Pires Cardoso* obtido o grau de bacharel em Direito há mais de três anos, não demonstrou atender à exigência de três anos de atividade jurídica no exercício da advocacia ou de cargo, emprego ou função pública, privativos de bacharel em Direito (fl. 196).

Sustenta o impetrante, entretanto, que o equívoco dos fundamentos do ato que aponta como coator se dá, basicamente, por duas razões: *a*) por interpretar indevidamente o termo final para fins de aquisição dos *três anos de atividade jurídica*; *b)* por deixar de considerar período de atividade – havido antes da colação de grau – inapelavelmente qualificável como *atividade jurídica,* por tratar de estágio realizado junto ao próprio Ministério Público Federal, na Procuradoria Regional da República da 3ª Região (...) no período de 20-1-03 a 04-2-04 (fls. 6/7).

Destaca o impetrante, ainda, que, já no momento das provas orais, realizadas entre 14 e 15 de junho de 2007, contava com três anos de atividade jurídica, contados da sua inscrição na OAB, como exigido na fundamentação do ato ora impugnado.

Às fls. 208 a 209, o Ministro **Sepúlveda Pertence** deferiu a medida liminar postulada, com os seguintes fundamentos que extraio de sua decisão, *verbis:*

> (...) [na ADI 3.460] fiquei vencido na honrosa companhia dos Ministros **Carlos Britto** – este apenas quanto ao momento da inscrição –, **Eros Grau** e **Marco Aurélio**, tendo a maioria afirmado que a expressão "atividade jurídica" corresponde ao desempenho de atividades privativas de bacharel em Direito, pelo que os três anos de seu desempenho contam-se da data da conclusão do curso, sendo constitucional exigir sua comprovação no momento da inscrição.
>
> Mas penso que a peculiar situação do impetrante – que comprova, na inscrição definitiva, completar os três anos de atividade jurídica em momento anterior à eventual posse no cargo (7-6-07) – merece análise; certo que o indeferimento da liminar torna o quadro irreversível para possível concessão do mandado de segurança (fl. 209).

Amparado pela liminar, o impetrante participou das provas orais e foi aprovado no concurso. Desde então, aguarda o julgamento do mérito deste mandado de segurança para que seja nomeado e empossado no cargo.

O Procurador-Geral da República prestou informações, às fls. 222 a 228, defendendo a legalidade do ato impugnado, que apenas seguiu as orientações firmadas na ADI 3.460, de que foi Relator o Ministro **Carlos Britto**, *DJ* de 15-6-07.

Também a União Federal, às fls. 236 a 242, não vislumbra nenhuma ilegalidade no ato apontado como coator, motivo pelo qual requer a denegação da ordem.

Na qualidade de *custos legis*, o Ministério Público Federal opinou, às fls. 245 a 255, pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Neste mandado de segurança é enfrentado ato do Procurador-Geral da República, que, na qualidade de Presidente da Comissão Examinadora do 23º Concurso para o Cargo de Procurador da República, rejeitou o pedido de inscrição definitiva do impetrante por não ter ele comprovado o requisito de três anos de atividade jurídica.

O impetrante pretendeu comprovar a sua experiência a partir de suas atividades como estagiário no Ministério Público Federal, antes da obtenção do título de bacharel em Direito, como advogado autônomo, o que fez a partir de uma série de petições por ele elaboradas, depois empregado e, finalmente, como Procurador da Fazenda Nacional.

No entanto, com base nos parâmetros estabelecidos por este Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3.460, de que foi Relator o Ministro **Carlos Britto** (*DJ* de 15-6-07), o Procurador-Geral da República desconsiderou a experiência como estagiário do impetrante, além do que tomou como termo inicial da sua atividade de advogado a data de sua inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.

Com tais premissas, somente admitiu como atividade jurídica aquela desempenhada entre 7-6-04 (data de inscrição na OAB) e 23-4-07 (data final da inscrição definitiva), com o que faltaram ao impetrante quarenta e cinco dias para que completasse os necessários três anos de atividade jurídica, de acordo com o art. 129, § 3º, da Constituição.

De fato, as balizas da aplicação do art. 129, § 3º, da Constituição foram claramente estabelecidas por este Tribunal quando do julgamento da ADI 3.460, de acordo com a qual (i) os três anos de atividade jurídica pressupõem a conclusão do curso de bacharelado em Direito e (II) a comprovação desse requisito deve ocorrer na data da inscrição no concurso, e não em momento posterior.

Irreparável, assim, a decisão do Procurador-Geral da República no que se refere à exclusão da experiência do impetrante como estagiário. Todavia, no que concerne à experiência como advogado, penso que o caso revela algumas peculiaridades. Vejamos.

Em primeiro lugar, devemos considerar que o impetrante participou das provas orais e foi aprovado com a cobertura de medida liminar deferida pelo Ministro **Sepúlveda Pertence**.

Em segundo lugar, relevante notar que, já na data daquelas provas orais, o impetrante havia completado os três anos de atividade jurídica, suprindo os quarenta e cinco dias que lhe faltavam quando da inscrição definitiva.

Em terceiro lugar, registro que o edital do concurso foi assinado em 1º-9-06, data que marca um período de transição da jurisprudência dos Tribunais, que havia se pacificado no sentido de que requisitos ligados à experiência somente poderiam ser exigidos no momento da posse do candidato, e não quando da sua inscrição no concurso público.

Neste sentido, cito, no Supremo Tribunal Federal, o RE 184.425, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, Segunda Turma, *DJ* 12-6-98; e o RE 392.976, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, Primeira Turma, *DJ* 8-10-04. No Superior Tribunal de Justiça, a matéria foi consolidada na Súmula 266, de acordo com a qual "o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público".

Esse entendimento somente se alterou com o julgamento da ADI 3.460, em 31-8-06, já mencionado, cujo acórdão foi publicado no *DJ* de 15-6-07, data em que, vale registrar, já contava o impetrante com mais de três anos de atividade jurídica.

Na minha avaliação, o peso dessa transição ficou bem evidenciado neste concurso para o Ministério Público Federal, no qual três candidatos, entre os quais o impetrante, somente puderam participar das provas orais amparados por liminares deferidas por Ministros deste Supremo Tribunal, justamente porque negados os seus pedidos de inscrição definitiva ao argumento de que eles careciam dos três anos de atividade jurídica, sendo que, quanto aos dois outros candidatos, este Plenário, reconhecendo as particularidades de cada caso, houve por bem conceder-lhes a segurança (MS 26.682, Relator o Ministro **Cezar Peluso**, *DJ* 27-6-08; e MS 26.690, Relator o Ministro **Eros Grau**, julgado em 3-9-08).

Em quarto e último lugar, anoto que, muito embora o impetrante somente tenha sido definitivamente inscrito na OAB em 7-6-04 (fl. 90), já em dezembro de 2003 havia ele obtido a sua habilitação no exame de ordem, conforme certidão expedida pela OAB/SP (fl. 91). Isso me leva a crer que, não fossem circunstâncias fáticas menores (como a demora na realização ou no processamento do pedido de inscrição na ordem), o impetrante poderia ter sido inscrito meses antes como advogado.

Assim, no caso, se isso tivesse ocorrido, obtendo o impetrante a sua inscrição na OAB com pelo menos quarenta e cinco dias de antecedência, ainda que ele se utilizasse rigorosamente dos mesmos documentos apresentados à comissão do concurso (isto é, se apresentasse exatamente as mesmas petições que, de fato, apresentou), sua inscrição definitiva no certame teria sido deferida pelo Ministério Público Federal. Isso sem desconsiderar que verdadeiramente sua

experiência comprovada como advogado, com aquelas mesmas peças processuais, não se tornasse por isso mais larga.

A meu juízo, o período de quarenta e cinco dias que faltou ao impetrante corresponde ao prazo razoável para a expedição da carteira de advogado após o seu requerimento, de tal sorte que, aprovado no exame de ordem em dezembro de 2003, considero preenchido o requisito da atividade jurídica.

Lembro, por fim, que, no precedente de que Relator o Ministro **Cezar Peluso**, o voto condutor assinalou, expressamente, que não releva a "data em que a interessada se tenha inscrito nos Quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. As atividades jurídicas necessárias à inscrição no concurso não são necessariamente as privativas da advocacia, como deixa claro o próprio art. 1º, parágrafo único, da Resolução 4/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público, que permite o cômputo de cursos de pós-graduação na área jurídica, 'desde que integralmente concluídos com aprovação".

Em vista dessas particularidades do caso, concedo a segurança, presentes os acórdãos desta Suprema Corte em casos assemelhados proferidos recentemente.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, já disse aqui uma vez, e apenas reitero, que fico muito confortável todas as vezes em que tenho de seguir o Ministro Menezes Direito. Mas, algumas vezes, como agora, pedirei vênia para discordar. Farei rapidíssimas considerações, a partir desse brilhante voto, para justificar a minha divergência.

Em primeiro lugar, parto sempre de que o cargo público haverá de ser considerado sempre segundo a conveniência e o interesse público, e não segundo a conveniência pessoal. Para isso, as normas, principalmente as regras constitucionais e as de edital, são fixadas, tal como disse o Procurador-Geral da República, a fim de dar segurança a quem faça o concurso. Isso significa não apenas para o interessado que, naquela hora, faz a inscrição, mas para todos aqueles que poderiam ter feito, e não a fizeram, seguindo exatamente uma interpretação predominante.

Parto disso para dizer que – e isso foi dito, inclusive, da tribuna, pelo nobre advogado, consta alguma coisa da petição – que o impetrante era estagiário do próprio Ministério Público, demonstrando uma paixão por esse órgão. Isso não é suficiente, até porque o Direito é razão, e paixões passam *a lattere*, não tenho de considerá-las para esses efeitos.

Em segundo lugar, além de a norma estar em vigor e exigir três anos de atividade jurídica e de o Supremo ter dito que atividade jurídica se conta a partir da condição formal de ter o diploma, de ter a condição de bacharel – não é nem a inscrição na Ordem dos Advogados, até porque já dissemos, aqui, no caso de um assessor de juiz, que alguns não poderiam e consideramos que, a partir da hora

em que fosse bacharel, que ele poderia ter –, há de se comprovar que houve um desempenho, o exercício, a atividade.

Em terceiro lugar, o edital fixou que haveria de ter essa comprovação no momento da inscrição definitiva. Isso, tal como posto pelo Procurador-Geral, quer no indeferimento, quer nesta ação, quer agora na sustentação feita pelo nobre Subprocurador, faz com que as pessoas que acreditam nas normas sequer pretendam, até por uma questão de honestidade, o concurso. Se não pode mesmo ser candidato, ele não se apresenta.

Logo, os que se afastaram, por uma questão de igualdade, não podem ter preterido – o que poderia ser um direito deles – apenas porque alguns se apresentam, aproveitando-se de uma interpretação a qual entendem possível, e pleiteiam a inscrição.

Em relação aos precedentes, tanto da relatoria do Ministro Cezar Peluso, quanto da relatoria do Ministro Eros Grau, foi mostrado, aqui, que havia peculiaridades as quais não vislumbro neste caso, com a devida vênia do Ministro Menezes Direito.

Quanto às normas de transição e ao período da norma de transição, o qual também foi chamado quer na petição inicial, quer da tribuna, tenho para mim não podem ser considerados neste caso pela singela circunstância de que a formatura, inicialmente, foi em 27-2-04, e depois, em 23-4-07, demarcou-se o período em que se exigia a comprovação do atendimento do requisito, portanto, um período de transição. Ora, o momento da formatura não pode ser considerado de transição para alguém que, eventualmente, no futuro, possa vir a fazer um concurso. Então, não tenho para mim como válido. O período de estagiário realmente não pode ser computado.

A circunstância, Ministro Relator, de realizarem provas com liminares acontece no Brasil inteiro, o tempo todo. Durante um concurso ou uma licitação, há uma tendência do Poder Judiciário, vislumbrando-se plausibilidade jurídica, de permitir que seja feito concurso, que se prossiga o certame e que a pessoa nele continue, até porque, se houver um indeferimento no caso, não haveria possibilidade de restabelecimento da situação. Esta razão não faz com que, de alguma forma, se possibilite um início de entendimento, já que a pessoa passou no concurso, da possibilidade de permitir que ele continue. Imagine isso se alastrando por outros campos. Por exemplo, uma pessoa que não fez o segundo grau e faz um concurso de vestibular e, no meio deste concurso, obtém uma liminar e, depois, quer entrar na faculdade. Então, estaríamos quebrando todas as regras.

Portanto, esse período também de provas feitas com a liminar, para mim, não conta. Inclusive, neste último concurso aqui do Supremo, várias pessoas fizeram provas orais, e, parece-me que temos, aqui, mais de uma dúzia de mandado de segurança exatamente nessas condições. Eu, por exemplo, deferi liminar porque a pessoa está no meio de um concurso, há uma plausibilidade qualquer que só será examinada a fundo posteriormente. Isso não permite que ele pense já ter a segurança para, se passar, usá-la como um argumento favorável.

De toda sorte, não me parece comprovado que, no momento da inscrição definitiva, se tenha a comprovação. E o Ministro Relator levanta que não se tem a comprovação neste momento, porque a data da inscrição, na Ordem dos Advogados, não foi feita a tempo pela OAB.

Ora, não é a OAB que tem de se adequar às circunstâncias, até porque as diversas seccionais da Ordem dos Advogados convocam concursos da OAB e permitem que pessoas ainda em curso possam se inscrever. Não significa, portanto, que há, aqui, o comprometimento da instituição que faz, nem daquele que se inscreve.

Por todas as razões, tenho para mim que o edital, tal como dizia Hely Lopes Meirelles, é lei entre as partes. O edital exigia e, no final do edital, há outro dado: as pessoas que assinam têm pleno conhecimento das regras editalícias que prevalecem para este certame e que delas concordam.

Portanto, quando a pessoa se inscreve, ela haverá de estar, primeiro, com o conhecimento pleno deste edital e, segundo, com o conhecimento, passará a ideia de que ela realmente comprovará, no momento da inscrição definitiva do concurso, e não no momento da posse, até porque – e aí digo como alguém que já trabalhou na Administração – isso é um estorvo enorme para o interesse público, para a Administração Pública, já que, aprovando alguém com a liminar e sem o cumprimento, muitas vezes, depois de aprovado, não consegue comprovar e não se possibilita o prosseguimento regular da chamada dos que devem ser nomeados.

Enfim, peço vênia, evidentemente, ao brilhante voto do Ministro Relator, mas não me convenço de que o impetrante tenha direito, menos ainda líquido e certo. Não vislumbro, portanto, nenhuma ilegalidade, menos ainda abuso de poder, requisitos constitucionais para a concessão da ordem de segurança.

Penso que insegurança jurídica é o que estaria sendo criado e não segurança, razão pela qual, mais uma vez reiterando as minhas vênias ao nobre Relator, denego a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, peço vênia à divergência para acompanhar o eminente Relator. Entendo que o caso é realmente *sui generis,* apresenta particularidades que ensejam a concessão da ordem.

Em primeiro lugar, como assentou o nobre Relator, a inscrição foi feita num momento de transição em que o Supremo Tribunal mudou de orientação. Como todos sabemos, eu mesmo, no Tribunal de Justiça, aplicava a orientação do Supremo Tribunal Federal e era exatamente no sentido de que a comprovação do tempo de Advocacia deveria ser feita no momento da nomeação do candidato ao concurso público.

Depois, houve uma evolução – acredito até que para melhor – em que se passou a considerar que o tempo deveria ser comprovado na época da inscrição

do candidato concurso público. Tanto que a inscrição foi feita num momento, vamos dizer assim, nebuloso do ponto de vista da transição jurisprudencial deste Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, entendo que a ordem deve ser concedida porque o tempo faltante de quarenta e cinco dias é um tempo mínimo, um tempo exíguo que está a atrair o princípio da razoabilidade. E, como também notou o eminente Ministro Relator, esse prazo de quarenta e cinco dias só não foi completado por motivos – podemos presumir – alheios à vontade do candidato do impetrante, por razões, aparentemente, de natureza burocrática.

Em terceiro lugar, impressiona-me, também, a questão da isonomia: três candidatos em circunstâncias, parecidas, análogas, lograram obter liminares para se inscrever no concurso, foram aprovados e, afinal, nomeados. Seria, *data venia,* injusto que outro candidato que se encontra em idêntica situação ou em situação assemelhada, não pudesse lograr o mesmo intento.

Por essas singelas razões, acompanho o Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, acompanho o Relator.

No MS 26.690, do qual fui Relator, em determinado trecho observei que a ausência de regras de transição para disciplinar situações fáticas não abrangidas pelo novo regime jurídico, instituído por emenda constitucional, demanda análise de cada caso concreto à luz do direito enquanto totalidade. Não regra a regra, mas a totalidade que o direito é.

Quero me valer, também, de votos que proferi nas ADI 1.040 e 3.460.

Peço vênia à Ministra Cármen Lúcia para acompanhar o Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, também peço vênia à dissidência, à divergência, para acompanhar o eminente Relator.

Entendo que o caso é singular, é peculiar porque, no momento da inscrição, de fato, havia – disse bem o Ministro Ricardo Lewandowski – uma nebulosidade no plano da interpretação, houve uma *viragem de jurisprudência, tanto que outros concorrentes*, outros candidatos foram beneficiados com medidas liminares sem reversão, sem revogação. Tenho defendido, aqui, o ponto de vista até um pouco mais favorável a candidatos em igual situação.

A Constituição, no § 3º do art. 129, a propósito do Ministério Público, estabelece:

> Art. 129 (...)
> (...)

§ 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.

Ora, o que é ingresso na carreira? Só pode ser a entrada, a inserção.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Qual o objetivo da exigência?

O Sr. Ministro Carlos Britto: É a experiência, é homenagear a experiência do candidato para que pessoas experientes, com pelo menos três anos de atividade jurídica, façam parte dos quadros estatais, porque dizer o contrário é discriminar o concorrente quanto a sua idade.

O objetivo da Constituição não foi recrutar pessoas mais velhas, mais idosas ou menos jovens, porque, se fosse assim, teríamos uma ofensa direta ao inciso IV do art. 3º da Constituição, o qual proíbe o preconceito de idade.

O objetivo da Constituição, com a exigência dos três anos, foi homenagear, prestigiar, valorizar a experiência profissional. E essa experiência só pode ser aferida quando, nas palavras da Constituição, do ingresso, da investidura, da entrada, da inserção nos quadros estatais. Essa tese se coaduna perfeitamente com esta agora defendida, embora, em maior extensão, eu a concederia.

De outra parte, eu também, como disse o Ministro Eros Grau, creio que devemos atentar para o direito em sua globalidade, em sua totalidade. Não devemos perder, jamais, o senso de realidade. E o fato é que, nos concursos do Ministério Público, verifica-se uma praxe: há menos candidatos aprovados do que vagas. Os concursos são tão difíceis que vagas sobejam após a realização das provas e a aferição dos resultados. E qual é o grande objetivo do concurso? Não é recrutar os melhores, do ponto de vista da capacidade, do ponto de vista técnico, do preparo intelectual?

Esse impetrante passou no concurso. Hoje, tem mais de quatro anos de experiência. Desinvesti-lo, causa-me preocupação, muita preocupação. Não posso afirmar, mas tenho quase certeza de que há vagas sobejantes, que não serão preenchidas. Quer dizer, o Ministério Público nem absorve uma mão-de-obra reconhecidamente qualificada nem preencherá estas vagas, a não ser com um novo concurso.

Parece-me que o critério do mérito, fala-se até de meritocracia, está perfeitamente atendido no caso dos autos.

Por isso, Senhor Presidente, pedindo vênia à Ministra Cármen Lúcia, concedo a segurança nos termos do voto do Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, vou pedir vênia à Ministra Cármen Lúcia e ia também fazê-lo ao eminente Relator, porque vou acompanhá-lo, mas para fazer justiça no caso concreto.

Com o devido respeito, não posso aderir à tese de que se tratava de período de transição, porque o Tribunal, em abril de 2005, na ADI 1.040, examinando o art. 187 da Lei Complementar 75/93, já tinha, desde então, fixado que o requisito, que naquele tempo era de dois anos para o concurso, se exigia na data da inscrição. Foi textual. Condicionou a inscrição em concurso para carreira do Ministério Publico à existência da comprovação de o candidato ser bacharel em direito há pelo menos dois anos, e isto na data da inscrição.

Noutras palavras, desde 2005, portanto antes do julgamento da ADI 3.460, o Plenário já tinha posto fim à incerteza sobre qual seria o momento em que, em relação pelo menos ao concurso do Ministério Público, se deveria comprovar o período de experiência profissional.

Em segundo lugar, o precedente a que me referi se baseou em prova da existência do exercício de atividade no período que antecedeu à colação de grau. Noutras palavras, o impetrante ou a impetrante – se não me falha a memória era a impetrante – já exercia, antes da data da colação de grau, atividade típica de bacharel em Direito. E, neste caso, não havia atividade anterior.

Mas, considerando a circunstância de que faltam 45 dias e alguns candidatos já foram beneficiados com igual mandado, para fazer justiça, no caso concreto, de não lhe dar tratamento desigual, e apenas por isso, estou pedindo vênia à divergência e, em certo sentido, ao eminente Relator, para conceder a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, aprendi, desde cedo, que, ante um conflito de interesses, devemos idealizar a solução mais justa para, somente após, irmos à dogmática e, num ato de vontade que é o ato interpretativo, encontrar apoio.

Presidente, um concurso público pode ser enquadrado como uma verdadeira via-crúcis. E tem como móvel a homenagem ao mérito, e não a simples títulos. Se assento que assim o é, já sei aonde chegarei em meu voto.

Confesso-me muito impressionado com o voto proferido pelo Ministro Menezes Direito, diante da riqueza de dados quanto ao caso concreto.

Entre as colocações – permita-me a estimada Ministra Cármen Lúcia – dos dois Sepúlvedas, fico com a do primeiro, de quem tenho imensa saudade intelectual. Sua Excelência, ao implementar a medida acauteladora, não deu ao impetrante uma esperança vã, uma esperança impossível de frutificar, muito embora não possa afirmar tenha Sua Excelência lido um certo romance – *O inverno da nossa desesperança*, de John Steinbeck, em que termina o conto revelando que, quando uma luz se apaga, é muito mais escuro do que se ela jamais houvesse brilhado.

E vejam os Senhores que a liminar foi implementada, por integrante do Supremo, a partir da visão de haver argumentação razoável.

Presidente, desde o início, considerado o tempo necessário de atividade jurídica – e a norma de regência não cola a especificidade, presente a qualificação, não exigindo a capacidade postulatória que decorre da inscrição na Ordem dos Advogados –, era o impetrante bacharel em Direito.

E acredito que o Ministério Público Federal – grande escola – o tenha arregimentado como estagiário por ser bacharel em Direito. Logo, não posso dizer que o foi para atividade estranha à jurídica, porque, então, não o seria como estagiário. Conheço a forma de arregimentação. Mostra-se rigorosa e visa justamente ao apoio, na elaboração de pareceres, aos integrantes do Ministério Público. Repito que não é dado ao intérprete distinguir onde a lei, a impor exigência, não distingue, criando dificuldades outras não abrangidas pela expressão "atividade jurídica".

Concordo plenamente – porquanto nada surge sem uma causa, já diziam os filósofos materialistas gregos – com a colocação do ministro Carlos Ayres Britto. Qual é o objetivo da exigência dos três anos de atividade jurídica? O objetivo é simplesmente formal? Se for, concluiremos que deve estar atendido, sem perquirir-se o significado, quando da inscrição definitiva.

Exigem-se três anos de atividade jurídica para contar-se com mão de obra minimamente experimentada. Vejam que o impetrante, após o estágio no Ministério Público Federal, mostrou-se advogado militante e logrou, à mercê de outro concurso público, o cargo de Procurador da Fazenda Nacional. Pobre do Ministério Público Federal se vier a prescindir dessa mão de obra! E o que suscitado quanto ao não preenchimento de todas as vagas, de todos os cargos existentes criados por lei, procede às inteiras. Agora mesmo, quem sabe, após a posse desses últimos concursados, haverá novo concurso para tentar preencher os cargos ainda vagos.

Presidente, subscrevo o Enunciado 266 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, porque é harmônico com o objetivo da exigência. O requisito deve estar presente não quando da inscrição, seja ela provisória ou definitiva, mas quando da posse. Nesses dezoito anos no Supremo, tenho sustentado essa visão quanto ao direito posto.

Peço vênia à ministra Cármen Lúcia para assentar que concorre, na espécie, o direito líquido e certo do impetrante à posse. Portanto, voto no sentido de conceder a ordem, como o fez o relator, já acompanhado pelos ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Carlos Ayres Britto e Cezar Peluso.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Também vou pedir vênia à eminente Ministra Cármen Lúcia. Saudei a posição de Sua Excelência porque entendi que, de fato, era preciso criar segurança jurídica, evitando idas e vindas, todos os desencontros que tínhamos com a indefinição do tema.

Vou pedir vênia ao Ministro Cezar Peluso porque entendo que todas as ressalvas que Sua Excelência fez já estão explícita e implicitamente contempladas no voto do eminente Ministro Relator, que exatamente quis fazer a aplicação ao caso concreto tal como, de alguma forma, fizemos em uma situação anterior, mas, ali, com um integrante do Ministério Público estadual.

Gostaria também de subscrever, com grande ênfase, a manifestação do Ministro Menezes Direito no que concerne à mudança de jurisprudência.

Em algum outro momento, em algum outro voto, já transcrevi uma passagem de Larenz sobre a necessidade de que haja um tipo de cláusula de transição quando há mudança de jurisprudência, de modo a fazer esse tipo de advertência. E Sua Excelência fez bem quando me chamou atenção para a necessidade de fazermos a adaptação.

Até a observação do Ministro Cezar Peluso quanto à ação direta de inconstitucionalidade e à fixação de uma orientação me chamou atenção para aquilo que chamamos de proporcionalidade *in abstracto* e proporcionalidade *in concreto*. Afirmar que uma lei é constitucional, por si só, não significa que estamos a afirmar que todas as suas aplicações são *ipso iure* constitucionais. É possível que tenhamos um quadro de distorção, e é isso que estamos tentando corrigir neste caso.

Também adiro à maioria já formada, pedindo sempre todas as vênias à eminente Ministra Cármen Lúcia, que – conforme disse – nos ensinou muito já naquele precedente e contribuiu para que, de fato, houvesse uma diretriz segura nessa matéria, bastante vacilante a partir da jurisprudência que restou superada.

EXTRATO DA ATA

MS 26.681/DF — Relator: Ministro Menezes Direito. Impetrante: Thales Messias Pires Cardoso (Advogados: Rafael de Cãs Maffini e outros). Impetrado: Procurador-Geral da República.

Decisão: O Tribunal, por maioria, deferiu o mandado de segurança, nos termos do voto do Relator, vencida a Ministra Cármen Lúcia. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pelo impetrante, o Dr. Rafael da Cãs Maffini e, pelo Ministério Público Federal, o Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Ausentes, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 26 de novembro de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 26.959 — DF

Relator: O Sr. Ministro Eros Grau

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Menezes Direito

Recorrente: Maria Anunciada Cordeiro — Recorrido: União

Recurso em mandado de segurança. Anistia política. Pensão militar. Imposto retido na fonte. Lei 10.559/02. Autoridade coatora. Legitimidade.

1. A folha de pagamento dos militares corre à conta do Ministério do Exército. O Ministro de Estado da Defesa e o Comandante do Exército, portanto, detêm o poder de determinar a interrupção dos descontos relativos ao imposto de renda feitos nos proventos da recorrente, exatamente o objeto da impetração. Legitimidade, assim, das citadas autoridades para figurar no polo passivo do mandado de segurança.

2. Recurso ordinário provido para reconhecer a legitimidade passiva das autoridades apontadas como coatoras e determinar a devolução dos autos ao Superior Tribunal de Justiça para a apreciação do mérito do mandado de segurança, inaplicável o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso tão somente para reconhecer a legitimidade do Ministro da Defesa para a matéria, anulando, portanto, o acórdão e determinando que o Superior Tribunal de Justiça julgue o tema como de direito, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 26 de março de 2009 — Menezes Direito, Relator.

PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhora Presidente, sugeriria que submetêssemos esse feito ao Plenário, porque há decisões da outra Turma também em sentido contrário. Em princípio, a tese me parece muito simpática, mas suponho que o Tribunal como um todo deva manifestar-se sobre isso para fixar um entendimento permanente – se isso se aplica ou não, *mutatis mutandis*, por recurso ordinário no mandado de segurança, porque a norma é expressa em relação à apelação. O art. 515 é em relação à apelação.

VOTO
(Sobre proposta de remessa ao Pleno)

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): Senhora Presidente, estou de pleno acordo. A única coisa que enfatizaria é que façamos isso brevemente. Porque no caso está incidindo desconto de imposto de renda.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Não havia uma liminar da Ministra Cármen Lúcia?

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): Não, a liminar foi dada num outro caso.

EXTRATO DA ATA

RMS 26.959/DF — Relator: Ministro Eros Grau. Recorrente: Maria Anunciada Cordeiro (Advogados: Fernando de Santa Rosa e outros). Recorrida: União (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: A Turma, por unanimidade, afetou ao Plenário o exame da matéria, nos termos da proposta encaminhada pelo eminente Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Brasília, 17 de março de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Eros Grau: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Maria Anunciada Cordeiro contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça.

2. A Recorrente, viúva de militar anistiado, obteve liminar para assegurar o direito à isenção do imposto de renda incidente sobre proventos recebidos a título de pensão, nos termos do disposto no art. 9º da Lei 10.559/02.

3. A Primeira Seção daquela Corte em 11-6-07 extinguiu o mandado de segurança, sem apreciação do mérito, em acórdão assim ementado:

> *Processual civil. Mandado de segurança. Anistia política. Pensão militar. Imposto de Renda retido na fonte. Lei 10.559/02. Isenção. Autoridade coatora. Ilegitimidade passiva. Extinção do processo.* 1. O Ministro de Estado da Defesa e os Comandantes das Forças Armadas não detêm legitimidade passiva nos mandados de segurança em que se discute o desconto do Imposto de Renda sobre proventos e pensões militares. Precedentes da Seção. 2. Mandado de segurança extinto sem resolução do mérito.

4. A Recorrente sustenta a legitimidade passiva dos impetrados mencionando várias decisões do próprio STJ em casos semelhantes.

5. Requer o provimento do presente recurso para anular o acórdão recorrido, concedida a ordem nos termos do pedido.

6. A União oferece contra-razões às fls. 167/170. Sustenta que o objeto do *writ* refere-se à isenção tributária, daí por que a autoridade impetrada deve ser o Ministro da Fazenda ou o Secretário da Receita Federal.

7. Afirma que o mandado de segurança pode ser impetrado, nos casos de anistia política, contra o Ministro da Justiça, que detém a competência para a concessão do benefício. Requer a manutenção do acórdão impugnado.

8. A Procuradoria Geral da República opina pelo conhecimento e provimento do recurso. Alega que a competência para o cumprimento do comando legal cabe ao órgão executor, ou seja, a quem ordena ou omite-se na prática do ato impugnado (fl. 184).

9. As autoridades apontadas – Ministro de Estado da Defesa e Comandante do Exército Brasileiro – podem ordenar a interrupção dos descontos feitos nos proventos da Recorrente, daí decorrendo a legitimidade passiva para a impetração (fl. 188). O Ministro da Justiça decide apenas quanto à concessão da anistia prevista na Lei 10.559/02. Não tem competência para determinar as deduções a serem procedidas nas folhas de pagamento dos anistiados políticos (fl. 188).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): A Recorrente é pensionista de militar do Exército Brasileiro declarado anistiado político, nos termos do disposto no art. 8º do ADCT e da Lei 10.559/02 (fls. 67/70).

2. O mandado de segurança foi impetrado contra ato do Comandante do Exército responsável pela retenção do imposto de renda na folha de pagamento de pensionista de militar anistiado nos termos do disposto no art. 717 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto 3.000/99):

> Art. 717. Compete à fonte reter o imposto de que trata este Título, salvo disposição em contrário. (Decreto-Lei 5.844, de 1943, arts. 99 e 100, e Lei 7.713, de 1988, art. 7º, § 1º.)

3. A Ministra *Cármen Lúcia* deferiu medida liminar em mandado de segurança análogo ao presente, impetrado perante esta Corte para a suspensão das retenções do imposto de renda em proventos decorrentes da anistia política disciplinada na Lei 10.559/02. Reconheceu como autoridade coatora o chefe do órgão responsável pelas deduções na folha de pagamento do impetrante (MS 26.544, *DJ* de 26-4-07). No mesmo sentido o MS 27.025, *DJ* de 1-2-08, de que sou Relator.

4. O Ministro da Defesa, por força do disposto na Portaria 657/MD/2004, também deve integrar o pólo passivo da impetração.

5. Superada a questão da ilegitimidade passiva da autoridade coatora para a impetração, passo à análise de outro aspecto processual.

6. A jurisprudência desta Corte afirmou entendimento no sentido de que o disposto no art. 515, § 3º, do CPC não é aplicável aos casos de recurso ordinário em mandado de segurança, visto tratar-se de competência originária definida no próprio texto constitucional (art. 105, I, *b*, da CB/88). Assim o RMS 24.309-ED, Rel. Min. *Marco Aurélio*, *DJ* de 30-4-04; o RMS 24.789, *DJ* de 26-11-04; e o RMS 22.180, *DJ* de 12-8-05, dos quais fui Relator.

7. O atual entendimento jurisprudencial sobre o preceito não se coaduna com a celeridade preconizada no rito do mandado de segurança.

8. A reforma processual que alterou a redação do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil imprimiu maior celeridade à análise de recursos no procedimento ordinário, introduzindo no direito brasileiro a chamada "teoria da causa madura". Prestigiou-se o princípio da instrumentalidade das formas e da economia processual ao permitir que os Tribunais pudessem avançar sobre o mérito da causa e solucionassem o litígio sem a necessidade de remessa ao órgão de jurisdição inferior.

9. De resto, é perfeitamente possível a aplicação do regime jurídico da apelação ao recurso ordinário, nos termos do disposto no art. 540 do CPC:

> Art. 540. Aos recursos mencionados no artigo anterior aplica-se, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento no juízo de origem, o disposto nos Capítulos II e III deste Título, observando-se, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o disposto nos seus regimentos internos.

10. Não há razão para que o preceito, incluído no rito processual mais extenso de nosso ordenamento, deixe de ser aplicado ao mandado de segurança, especialmente diante de feito em que a Recorrente é beneficiária da Lei 10.741/03, alterando-se o entendimento jurisprudencial deste Tribunal quanto à matéria.

11. Quanto ao mérito, o parágrafo único do art. 9º dessa mesma lei estabelece que "[o]s valores pagos a título de indenização a anistiados políticos são isentos do Imposto de Renda". O art. 1º do Decreto 4.897/03, repete o mesmo preceito. O art. 4º da portaria 657/MD/2004 do Ministério da Defesa, especifica que "[o] pagamento da reparação econômica será objeto unicamente do desconto para utilização dos benefícios indiretos disponibilizados pelas Forças Singulares".

Dou provimento ao recurso para afastar a preliminar de ilegitimidade passiva das autoridades impetradas e, aplicando o disposto no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, conceder a ordem para que a impetrante não sofra retenção de quantia referente a imposto de renda nos proventos recebidos a título de pensão, nos termos do disposto na Lei 10.559/02.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, eu não me lembro de nenhum precedente do Pleno com relação à aplicação da causa madura para o julgamento do recurso em mandado de segurança. Eu creio que não existe nenhum precedente do Pleno nessa matéria.

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): Não, não há, Ministro.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Na realidade, o que ocorreu, no caso, como disse o Ministro **Eros Grau**? O Superior Tribunal de Justiça, sendo o Relator o Ministro **Castro Meira**, pura e simplesmente extinguiu o processo de mandado de segurança, considerando que o Ministério da Defesa, o Ministro da Defesa, não é parte legítima para figurar porque não interfere no pagamento da pensão. Então eu pergunto: uma vez considerando que o Ministro de Defesa é efetivamente parte legítima, parece-me que o é, induvidosamente, a meu juízo, deveria retornar ao STJ para que ele prosseguisse no julgamento, porque a causa madura tem-se aplicado, a não ser que exista precedente do Pleno que eu desconheça, nos casos de apelação, como é próprio do regime do Código de Processo Civil? Se esta Corte quiser enfrentar o problema e avançar, eu não hesitarei em examinar o tema, mas me parece que, em princípio, o que temos orientado aqui, se bem me lembro, é que nós superamos a preliminar de extinção do processo, como fez o eminente Ministro **Eros Grau**, e devolvemos para que o Tribunal julgue o mandado de segurança como entender de direito, mesmo porque a competência para o julgamento, contra a autoridade apontada como coatora, que é o Ministro de Estado, é do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Eu, portanto, entendo que, de fato, tem razão o Ministro **Eros Grau**. São partes legítimas, sim, o Ministro de Estado da Defesa e o Comandante do Exército, porque eles têm poder de determinar a interrupção dos descontos feitos nos proventos dos recorrentes. Trata-se, aqui, de saber se cabe ou não o desconto relativo ao imposto de renda. E, daí, as autoridades diretamente vinculadas, porque a folha de pagamento dos militares corre à conta do Ministério da Defesa, são, efetivamente, o Ministro da Defesa e o Comandante do Exército. Só que eu não avançaria para aplicar o princípio da causa madura, porque desconheço precedente nessa matéria, e determinaria a devolução ao STJ para enfrentar o mandado de segurança.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): Senhor Presidente, eu pretendia trazer esse caso considerando a questão da celeridade – trata-se de mandado de segurança. Porque depois acabaremos conhecendo dessa matéria novamente aqui, possivelmente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Talvez o próprio STJ resolva a questão. Daríamos provimento ao recurso, reconhecendo a legitimidade do Ministro da Defesa, para que prossiga a ação como de direito.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Julgue o mérito.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Julgue o mérito, mesmo porque, como disse o Ministro **Eros Grau**, a lei é específica, e o comando legal é muito apropriado. O que o Superior Tribunal de Justiça decidiu foi apenas a legitimação.

Então, a meu sentir, seria preferível adotarmos esse rito.

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): Senhor Presidente, vou pedir vênia para não reajustar, para deixar a minha posição afirmada.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, vou pedir vênia ao Ministro Eros Grau, para acompanhar a divergência iniciada, porque entendo ser *per saltum* e existe o problema da competência.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, também acompanho, mas farei a seguinte ponderação ao Ministro Relator: o preceito – do art. 515, se não me falha a memória – está previsto no capítulo da apelação, porque, no âmbito desta, se examinam exaustivamente as provas produzidas em ampla instrução.

No mandado de segurança – procedimento de rito sumário, em que não há grande aprofundamento de prova –, haveria certa dificuldade para transpormos, analogicamente, a admissibilidade da exclusão de uma instância para conhecer do mérito, sobretudo porque, no caso, são as duas únicas.

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): Senhor Presidente, a prova está préconstituída.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, peço vênia ao eminente Relator para me alinhar com a divergência à jurisprudência, inclusive da Casa, nesse sentido. Refiro-me ao RMS 24.309-ED, e à AC 813, ambas da relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Portanto, acompanho a divergência.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, distingo parte passiva, no mandado de segurança, de autoridade apontada como coatora, entendendo que a primeira é aquela que suportará – e não suporta a autoridade apontada como coatora – as consequências da concessão da segurança. É a primeira premissa que estabeleço.

Segunda premissa: O que se discute na espécie? Desconto na fonte do imposto de renda, considerada a pensão que decorreu de uma anistia, mas não há

repercussão maior quanto a isso. Indago: o Ministro da Defesa é quem realmente procede ao que necessário para ter-se a documentação do desconto do imposto de renda na fonte de pensionistas do Exército e das Forças Armadas brasileiras? É o Ministro do Exército, ou melhor, o Comandante desse ramo das Forças Armadas?

Daí as informações terem consignado: não é atribuição do Comandante do Exército promover alterações em folha de pagamento de militares. A impetrante é vinculada à Seção de Inativos e Pensionistas da 1ª Região, sediada no Rio de Janeiro, a um certo segmento da administração pública militar.

Cada Região, pelo que estou a supor, tem organização própria. E a importância da definição das autoridades coatoras é maior, porque, mediante essa definição, fixa-se a competência para o julgamento do mandado de segurança. Por isso a Sessão do Superior Tribunal de Justiça acabou pacificando a matéria e apontando que não podem figurar como autoridades coatoras – isto é, autoridades que teriam praticado atos comissivos ou omissivos – o Ministro da Defesa e o Comandante do Exército.

Assim, peço vênia para desprover o recurso.

E, Presidente, vencido, nessa parte, porque diz respeito – como que a condição da ação – à autoridade coatora, peço vênia para entender que a norma extravagante – no que, a toda evidência, suprime instância –, do art. 515 do Código de Processo Civil, só é aplicável ao recurso nela mencionado, ou seja, à apelação. Não é aplicável ao recurso ordinário constitucional, queimando-se, portanto, etapas e suprimindo-se instância. Uma coisa é um Colegiado fazer as vezes do Juízo. Outra diversa é a substituição, na arte de proceder e de julgar, de um Colegiado por outro Colegiado, de um Tribunal por outro Tribunal.

Competente para julgar o mandado de segurança, no que dirigido contra a União como parte passiva e apontados como autoridades coatoras o Ministro da Defesa e o Ministro do Exército, é o Superior Tribunal de Justiça. Portanto, vencido quanto à definição das autoridades coatoras, peço vênia para filiar-me à corrente que entende inaplicável ao recurso ordinário constitucional o art. 515 do Código de Processo Civil.

EXTRATO DA ATA

RMS 26.959/DF — Relator: Ministro Eros Grau. Relator para o acórdão: Ministro Menezes Direito. Recorrente: Maria Anunciada Cordeiro (Advogados: Fernando de Santa Rosa e outros). Recorrida: União (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: O Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso tão somente para reconhecer a legitimidade do Ministro da Defesa para a matéria, anulando, portanto, o acórdão e determinando que o Superior Tribunal de Justiça julgue o tema como de direito, vencidos o Ministro Eros Grau (Relator) e, em parte, o Ministro Marco Aurélio, que não reconhecia a legitimidade do Ministro da Defesa, mas acompanhava o Ministro Menezes Direito no que concerne ao

provimento do recurso para firmar o retorno da matéria ao STJ (não aplicação do art. 515 do Código de Processo Civil). Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Redigirá o acórdão o Ministro Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 26 de março de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

MANDADO DE SEGURANÇA 27.339 — DF

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Impetrante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul — Impetrado: Conselho Nacional do Ministério Público (Processo 0.00.000. 000216/2007-50)

Mandado de segurança. Ato do Conselho Nacional do Ministério Público. Atuação de Procuradores de Justiça nos Tribunais de Contas. Ofensa à Constituição.

1. Está assente na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas possui fisionomia institucional própria, que não se confunde com a do Ministério Público comum, sejam os dos Estados, seja o da União, o que impede a atuação, ainda que transitória, de Procuradores de Justiça nos Tribunais de Contas (cf. ADI 2.884, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 20-5-05; ADI 3.192, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 18-8-06).

2. Escorreita a decisão do CNMP que determinou o imediato retorno de dois Procuradores de Justiça que oficiavam perante o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul às suas funções próprias no Ministério Público estadual, não sendo oponíveis os princípios da segurança jurídica e da eficiência, a legislação estadual ou as ditas prerrogativas do Procurador-Geral de Justiça ao modelo institucional definido na própria Constituição.

3. Não se pode desqualificar decisão do Conselho Nacional do Ministério Público que, no exercício de suas atribuições constitucionais, identifica situação irregular de atuação de Procuradores de Justiça estaduais junto ao Tribunal de Contas, o que está vedado em julgados desta Corte Suprema. O argumento de que nasceu o exame de representação anônima, considerando a realidade dos autos, não malfere a decisão do colegiado que determinou o retorno dos Procuradores de Justiça às funções próprias do Ministério Público estadual.

4. Denegação da segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em denegar a segurança, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 2 de fevereiro de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, em 20-5-08, por seu Procurador-Geral de Justiça, contra ato do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que determinou, por força de decisão proferida, em 26-2-08, nos autos do processo 0.00.000.000216/2007-50, o "imediato retorno dos Procuradores de Justiça *Mario Romera* e *Roberto Rudolfo Cardoso Eilert*", os quais atuavam junto ao Tribunal de Contas do Estado, "às funções próprias no âmbito do Ministério Público do Rio Grande do Sul" (fl. 32).

Ao apreciar a liminar requerida pelo Impetrante, que foi por mim indeferida, assim resumi a questão posta nestes autos, *verbis*:

> (...)
>
> Sustenta o Impetrante que mencionada decisão seria ilegal e inconstitucional, uma vez que: (i) proferida em processo que se instaurou com base em denúncia anônima; (ii) violada a Lei estadual (RS) 11.313/99, que autoriza, transitoriamente, a atuação de Procuradores de Justiça junto ao Tribunal de Contas; (iii) desconsiderada a prerrogativa legal do Procurador-Geral de Justiça do Estado para declarar a disponibilidade de membro do Ministério Público; (iv) ofendido o prazo para o retorno do Tribunal de Contas ao Ministério Público previsto na Resolução 22/07, do próprio CNMP; e (v) desrespeitados os "princípios da segurança das relações jurídicas entre o Estado e o agente público no regime estatutário e da eficiência" (fl. 14).
>
> Requer, com tais fundamentos, o deferimento de liminar "para o fim de determinar a desnecessidade de atendimento da decisão do Conselho Nacional do Ministério Público" e, ao final, "a concessão de segurança, para reconhecer a legitimidade do disposto no art. 1º da Lei estadual nº 11.313/99, que autoriza a atuação transitória de membros do Ministério Público estadual junto ao Tribunal de Contas, ou, sucessivamente, para reconhecer a incidência do prazo previsto no art. 1º, § 3º, da Resolução nº 22/2007-CNMP, para o retorno dos Procuradores de Justiça Mario Romera e Roberto Rudolfo Cardoso Eilert à atividade no âmbito do Ministério Público estadual, com a consequente anulação do Processo nº 0.00.000.000216/2007-50-CNMP ou, se assim não se entender, determinação para que o Conselho Nacional do Ministério Público, órgão coator, não dê cumprimento à decisão impugnada" (fl. 17).
>
> (Fls. 42/43.)

O CNMP prestou informações (fls. 51 a 110) defendendo a legitimidade da determinação de que os mencionados Procuradores de Justiça voltassem às suas funções no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com referência à jurisprudência da Corte quanto ao tema.

A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, manifestou sua ciência do feito, sem nada requerer (fls. 112/113).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): O Procurador-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul impetra mandado de segurança questionando decisão do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), proferida nos autos do processo 0.00.000.000216/2007-50, que determinou o imediato retorno de dois Procuradores de Justiça que oficiavam perante o Tribunal de Contas daquele Estado às suas funções próprias no Ministério Público estadual.

Indeferi a liminar com os seguintes fundamentos, *verbis*:

> (...)
> Com efeito, o ato ora atacado está estritamente de acordo com a jurisprudência reiterada deste Supremo Tribunal Federal, que não admite que o membro do Ministério Público estadual desempenhe as funções que são próprias do Ministério Público especial junto ao Tribunal de Contas, como ilustram os seguintes julgados, *verbis:*
>
> "*Ação direta de inconstitucionalidade – A questão pertinente ao Ministério Público especial junto ao Tribunal de Contas Estadual: uma realidade institucional que não pode ser desconhecida – consequente impossibilidade constitucional de o Ministério Público especial ser substituído, nessa condição, pelo Ministério Público comum do Estado-membro – Ação direta julgada parcialmente procedente. Os Estados-membros, na organização e composição dos respectivos tribunais de contas, devem observar o modelo normativo inscrito no art. 75 da Constituição da República.* – Os Tribunais de Contas estaduais deverão ter quatro Conselheiros eleitos pela Assembleia Legislativa e três outros nomeados pelo Chefe do Poder Executivo do Estado-membro. Dentre os três Conselheiros nomeados pelo Chefe do Poder Executivo estadual, apenas um será de livre nomeação do Governador do Estado. Os outros dois deverão ser nomeados pelo Chefe do Poder Executivo local, necessariamente, dentre ocupantes de cargos de Auditor do Tribunal de Contas (um) e de membro do Ministério Público junto à Corte de Contas local (um). Súmula 653/STF. – Uma das nomeações para os tribunais de contas estaduais, de competência privativa do Governador do Estado, acha-se constitucionalmente vinculada a membro do Ministério Público especial, com atuação perante as próprias Cortes de Contas. *O Ministério Público especial junto aos Tribunais de Contas não se confunde com os demais ramos do Ministério Público comum da União e dos Estados-membros.* – O Ministério Público especial junto aos Tribunais de Contas – que configura uma indiscutível realidade constitucional – qualifica-se como órgão estatal dotado de identidade e de fisionomia próprias que o tornam inconfundível e inassimilável à instituição do Ministério Público comum da União e dos Estados-membros. – não se reveste de legitimidade constitucional a participação do Ministério Público comum perante os Tribunais de Contas dos Estados, pois essa participação e atuação acham-se constitucionalmente reservadas aos membros integrantes do Ministério Público especial, a que se refere a própria Lei Fundamental da República (art. 130). – O preceito consubstanciado no art. 130 da Constituição reflete uma solução de compromisso adotada pelo legislador constituinte brasileiro, que preferiu não outorgar, ao Ministério Público comum, as funções

de atuação perante os Tribunais de Contas, optando, ao contrário, por atribuir esse relevante encargo a agentes estatais qualificados, deferindo-lhes um '*status*' jurídico especial e ensejando-lhes, com o reconhecimento das já mencionadas garantias de ordem subjetiva, a possibilidade de atuação funcional exclusiva e independente perante as cortes de contas. *A questão da eficácia repristinatória da declaração de inconstitucionalidade 'in abstracto'*. – A declaração final de inconstitucionalidade, quando proferida em sede de fiscalização normativa abstrata, importa – considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente – em restauração das normas estatais anteriormente revogadas pelo diploma normativo objeto do juízo de inconstitucionalidade, eis que o ato inconstitucional, por juridicamente inválido (*RTJ* 146/461-462), não se reveste de qualquer carga de eficácia derrogatória. Doutrina. Precedentes (STF)."

(ADI 2.884, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 20-5-05).

"*Ação direta de inconstitucionalidade – Impugnação do § 1º, inciso IV, e do § 2º, do art. 21; do § 2º do art. 33 e da expressão 'e ao Tribunal de Contas', constante do art. 186 e do parágrafo único do art. 192, todos da Lei complementar 95 do Estado do Espírito Santo. Ministério Público estadual. Atribuições de oficiar em todos os processos do Tribunal de Contas estadual. Violação dos arts. 75 e 130, da Constituição do Brasil.* 1. Impossibilidade de Procuradores de Justiça do Estado do Espírito Santo atuarem junto à Corte de Contas estadual, em substituição aos membros do Ministério Público especial. 2. Esta corte entende que somente o Ministério Público especial tem legitimidade para atuar junto aos Tribunais de Contas dos Estados e que a organização e composição dos Tribunais de Contas estaduais estão sujeitas ao modelo jurídico estabelecido pela Constituição do Brasil (art. 75). Precedentes. 3. É inconstitucional o texto normativo que prevê a possibilidade de Procuradores de Justiça suprirem a não existência do Ministério Público especial, de atuação específica no Tribunal de Contas estadual. 4. Pedido julgado procedente, para declarar inconstitucionais o inciso IV do § 1º do art. 21; o § 2º do art. 21; o § 2º do art. 33; a expressão 'e ao Tribunal de Contas' constante do artigo 186; e o parágrafo único do art. 192, todos da Lei complementar 95, de 28 de janeiro de 1997, do Estado do Espírito Santo."

(ADI 3.192, Rel. Min. **Eros grau**, *DJ* de 18-8-06).

Como se observa, está assente neste Supremo Tribunal Federal que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas possui fisionomia institucional própria, que não se confunde com a do Ministério Público comum, sejam os dos Estados, seja o da União, o que impede a atuação, ainda que transitória, de Procuradores de Justiça perante os Tribunais de Contas.

Tratando-se de realidade institucional que decorre diretamente da Constituição (art. 73, § 2º, I; art. 75 e art. 130), não poderia ser ela, evidentemente, alterada pela Lei estadual (RS) 11.313/99 ou pelas ditas prerrogativas legais do Procurador-Geral de Justiça.

Também carecem de plausibilidade, à primeira vista, os argumentos fundados na nulidade do processo, instaurado com base em denúncia anônima; e nos princípios da segurança jurídica e da eficiência.

No que diz respeito à denúncia anônima, sequer consta dos autos a forma como ela foi feita e o seu conteúdo. Do que se pode depreender da situação fática

descrita pelo Impetrante, o denunciante apenas comunicou ao CNMP um fato público: que Procuradores de Justiça oficiavam perante o Tribunal de Contas. E, uma vez constatado o fato, impunha-se ao CNMP a devida apuração, não havendo que se cogitar da nulidade do processo.

Os princípios da segurança jurídica e da eficiência também não justificam a atuação irregular dos Procuradores de Justiça no Tribunal de Contas, a uma, porque, já há quase duas décadas, o Supremo Tribunal Federal tem assentado a fisionomia institucional própria do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (cf. ADI 263-MC, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 22-6-90), a duas, porque não se pode opor a eficiência ao modelo institucional definido pela Constituição Federal.

Finalmente, quanto à suposta ofensa à Resolução 22, de 20 de agosto de 2007, do CNMP, verifico, conforme informação de fl. 37, que há, ainda, um Procurador, este integrante do Ministério Público especial, oficiando junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, tendo sido observado o prazo previsto em seu art. 1º, § 4º ("o Estado onde há Ministério Público de Contas com os respectivos cargos já providos, o prazo para retorno é de seis meses").

Nada foi dito nos autos que pudesse abalar essa convicção inicial, nem mesmo no que diz respeito à denúncia anônima, tema que ainda suscita controvérsias neste Tribunal, porque protegido pelo anonimato fica o denunciante imune a qualquer responsabilidade diante de eventuais abusos que possa porventura cometer.

Sobre esse tema veja-se o HC 84.827/TO, Rel. Min. **Marco Aurélio**, Primeira Turma, *DJ* de 23-11-07. O voto do Ministro **Marco Aurélio** deixou bem claro que a notícia de prática criminosa sem identificação da autoria não serve à persecução criminal, "consideradas a vedação constitucional do anonimato e a necessidade de haver parâmetros próprios à responsabilidade, nos campos cível e penal, de quem a implemente". Certo que o objetivo é evitar o "denuncismo irresponsável, maculando-se, sem seriedade maior, a vida das pessoas". No curso dos debates, lembrou o Ministro **Sepúlveda Pertence** ser "preciso distinguir bem em que a denúncia está fundada: se apenas numa delação anônima, ela é leviana; não, porém, se se funda numa investigação idônea, ainda que provocada pela delação anônima". O Ministro **Cezar Peluso** lembrou na ocasião que "não se pode dar ao anonimato, sob forma de denúncia anônima, as consequências legais de uma declaração de ciência que atenda aos requisitos de validez e de eficácia de outros casos". Mostrou, então, que "uma coisa é, diante de denúncia anônima, que pode ser veiculada até por telefone – e hoje as polícias estaduais costumam valer-se dessas informações –, permitir que, a partir dessa denúncia, a autoridade policial, antes de formalizar qualquer procedimento específico, realize uma investigação preliminar, para verificar se há base para instauração de procedimento específico. No caso, já foi iniciado, contra um ou dois magistrados, procedimento formal, que provavelmente já deve ter sido objeto de divulgação, sem nenhuma base". Depois do voto-vista do Ministro **Carlos Britto,** o qual ficou vencido, o voto-vista do Ministro **Pertence** destacou que "Em alguns casos, de outro lado, a notícia crime, além de conter uma narrativa séria e objetiva quanto a fatos determinados, vem acompanhada de base empírica substancial".

Creio que se pode extrair do debate ter prevalecido o entendimento de que se não deve admitir em princípio a denúncia anônima. Todavia, considerando circunstâncias próprias, seria possível a realização de investigações preliminares para apuração dos fatos antes de qualquer tipo de providência judicial, assim, o ajuizamento da ação penal.

Este caso, porém, como salientei na liminar, é muito mais singelo. É que a denúncia em questão estava fundada em fato público e devidamente comprovado de que os dois Procuradores de Justiça estavam atuando perante o Tribunal de Contas. O Conselho Nacional do Ministério Público instaurou procedimento de controle administrativo, garantido o contraditório e a ampla defesa, e avançou com a apuração. O Colegiado anotou não ser viável procedimento decorrente de representações anônimas, daí afirmando que se não poderia dar "sequência a este procedimento sob o manto do anonimato" (fl. 24). Mas, no caso, considerou ser de alta relevância a circunstância de atuação dos Procuradores de Justiça no Tribunal de Justiça em desacordo com a orientação do Supremo Tribunal Federal e da Resolução 22/07, do próprio Conselho. Verificou o CNMP que a situação dos autos decorria da Lei estadual 11.313/99, que transformou três cargos de Procurador de Justiça junto ao Tribunal de Contas do Estado em cargos de Procurador de Justiça Substituto, sendo a atuação dos Procuradores defendida pela Procuradoria de Justiça estadual. Mas o Conselho considerou que isso não é autorizado pela Constituição Federal, arts. 75 e 130, que dão exclusividade ao Ministério Público Especial para atuar junto aos Tribunais de Contas, como decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADI 2.884, Rel. Min. **Celso de Mello**, e na ADI 3.192, Rel. Min. **Eros Graus**. Assinalou, ainda, a decisão do Conselho Nacional do Ministério Público que no Estado do Rio Grande do Sul já existe Ministério Público do Tribunal de Contas. Daí a conclusão de retorno dos Procuradores de Justiça às funções próprias do Ministério Público estadual.

Vê-se, portanto, que o cenário não guarda pertinência com aquele objeto da decisão sobre a impossibilidade de usar-se denúncia anônima para fim de ajuizamento de ação penal. Trata-se aqui de identificação pelo Conselho Nacional do Ministério Público de atuação de Procuradores junto ao Tribunal de Contas, o que é vedado segundo decisão desta Suprema Corte.

Ante o exposto, denego a segurança.

EXTRATO DA ATA

MS 27.339/DF — Relator: Ministro Menezes Direito. Impetrante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Impetrado: Conselho Nacional do Ministério Público (Processo 0.00.000.000216/2007-50).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, denegou a segurança. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto,

Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 2 de fevereiro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

HABEAS CORPUS 89.171 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Menezes Direito

Paciente: Rômulo Gonçalves — Impetrante: Sérgio do Rego Macedo — Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Carta rogatória. Interrogatório. *Exequatur* deferido sem a prévia notificação do Paciente. Possibilidade. Risco de frustração da diligência. Diligências, providências ou medidas que sejam decorrentes do próprio ato que se está praticando. Participação das autoridades suíças sem nenhuma interferência no ato praticado. Precedentes.**

1. Há precedentes desta Suprema Corte validando a disciplina da Resolução 9, do Superior Tribunal de Justiça, em que se assentou ser legítima, em carta rogatória, a realização de diligência sem a prévia audiência e sem a presença do réu da ação penal, quando essas possam frustrar o resultado da diligência, isso sem prejuízo da possibilidade do que se chama de exercício pleno do direito de defesa diferido, através de embargos, cabendo agravo regimental da decisão desses embargos.

2. O deferimento do *exequatur* com a possibilidade da realização de medidas de investigação que se fizerem necessárias não caracteriza uma cláusula em aberto, porque pode haver diligências ou providências ou medidas que sejam decorrentes do próprio ato que se está praticando, além de estarem submetidas ao crivo do Juiz Federal brasileiro que está na direção do processo.

3. No plano da cooperação internacional, é possível a participação das autoridades estrangeiras, desde que não haja nenhuma interferência delas no curso das providências tomadas.

4. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 24 de março de 2009 — Menezes Direito, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Eis como a Assessoria retratou as balizas deste *habeas corpus*:

Do ato mediante o qual V. Exa. deferiu a medida acauteladora constou o seguinte (fls. 36 a 38):

"*Carta rogatória – Ausência de contraditório – Diligências com presença de autoridades estrangeiras – Liminar deferida*."

1. Eis o teor do ato impugnado mediante este *habeas* (fls. 17 e 18):

"Vistos, etc.

1. O Juízo de Instrução Federal da Confederação Suíça, com a finalidade de instruir processo a respeito de lavagem de dinheiro em trâmite naquele Juízo, solicita, mediante esta carta rogatória, em síntese, o seguinte (fls. 3/36):

– o interrogatório dos interessados, particularmente de Carlos Eduardo Pereira Ramos, de Rodrigo Corrêa Silveirinha e de Rômulo Golçalves, para que prestem esclarecimentos sobre a origem dos depósitos efetuados em contas na Suíça, das quais são titulares, as circunstâncias da abertura dessas contas no "Discount Bank & Trust Company – DBTC" e as relações que mantiveram com os órgãos e colaboradores do mencionado banco, principalmente com os gestores suíços de suas contas;

– informações quanto ao período de trabalho e quanto às funções que exerceram na Administração Pública Federal;

– informações sobre as disposições legais brasileiras que incriminam a corrupção de funcionário público;

– informações quanto ao processo brasileiro que incriminou os autores da corrupção ativa;

– a autorização da presença dos investigadores suíços para participação efetiva nos depoimentos solicitados;

– as medidas de investigação que se fizerem necessárias.

A autoridade rogante, o Exmo. Sr. Juiz Paul Perraudin, esclarece que há urgência em finalizar a instrução do processo, motivo pelo qual solicita autorização para deslocamento ao Brasil de um Procurador Federal, de uma secretária judiciária, de uma analista financeiro, de um intérprete, bem como dele próprio. Para tanto, propõe que o deslocamento seja marcado para o período de 12 a 16 de junho de 2006. Além disso, pede que os interrogados não possam invocar o direito constitucional brasileiro de recusar-se a responder às perguntas formuladas, caso contrário, seria inútil a vinda das autoridades suíças ao Brasil.

Diante da urgência requerida pela Justiça suíça, não houve intimação prévia (art. 8º, parágrafo único, da Resolução n. 9/2005, deste Tribunal).

O Subprocurador-Geral da República, Edson Oliveira de Almeida, opinou pela concessão da ordem, com a ressalva de que não é possível recusar aos investigados o direito de permanecerem calados, conforme assegura o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal e o art. 186 do Código Penal brasileiro (fl. 42).

2. Ante o exposto, concedo o *exequatur*, em conformidade com o parecer ministerial, haja vista que a proibição em exercer o direito ao silêncio constitui-se impossibilidade jurídica e não encontra respaldo na ordem pública.

Nestes termos, o objeto desta carta rogatória não atenta contra a soberania nacional ou a ordem pública.

Autorizo a presença das autoridades suíças, para que possam acompanhar a execução das diligências rogadas, sem que nelas interfiram.

3. Remetam-se os autos à Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro para as providências cabíveis, recomendando-se urgência no cumprimento da diligência rogada, com observância da data sugerida pela autoridade rogante (art. 13 da mencionada Resolução).

Oficie-se ao Ministério da Justiça solicitando que cientifique, com urgência, o Juízo rogante de todo o conteúdo desta decisão.

Retifique-se a autuação do processo para que conste como jus-rogante o Juízo de Instrução Federal da Confederação Suíça.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de junho de 2006."

Na inicial de fls. 2 a 7, redigida com elogiável poder de síntese, alega o Impetrante a configuração de constrangimento ilegal ante os seguintes fatos:

a) a execução da carta rogatória não foi precedida do contraditório, deixando-se de atender a norma de resolução da Presidência do Superior Tribunal de Justiça;

b) admitiu-se a presença de autoridades estrangeiras nos atos a serem praticados;

c) o processo-crime em curso no Brasil corre em segredo de justiça, não podendo pessoas a ele estranhas terem acesso ao respectivo conteúdo;

d) a carta rogatória mostra-se genérica quanto às "medidas de investigação que se fizerem necessárias".

Pleiteia o subscritor da peça a concessão de liminar que implique a suspensão da eficácia da decisão atacada, deferindo a Corte, alfim, a ordem para os autos da carta rogatória retornarem ao Superior Tribunal de Justiça, visando à observação do contraditório. Sucessivamente requer a exclusão da cláusula referente à presença de representantes estrangeiros bem como "seja a autoridade judiciária brasileira instada a submeter à apreciação das partes toda e qualquer diligência não específica e claramente estabelecida no despacho concessivo de *exequatur*, ou seja, entendendo que, na vigente situação, está claramente deferida, tão somente, a oitiva dos acusados".

(...)

Instado, o Juízo da 3ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro encaminhou cópia da Carta Rogatória 1.818 (fls. 52 a 121).

A autoridade apontada como coatora prestou informações (fls. 125 a 130), acompanhadas de documentos (fls. 131 a 139).

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de folha 141 a 145, aduz que, "por se tratar de ato de cooperação judicial, visto que em ambos os países os feitos criminais atingem patamar processual, ultrapassados que foram os momentos pré-processuais da investigação criminal, a expressão 'medidas de investigação que se fizerem necessárias' são (...) aquelas decorrentes de dados, porventura apresentados nas declarações dos inquiridos e, de todo o modo, sujeitas ao crivo de deliberação judicial do MM. Juízo Federal no Estado do Rio de Janeiro, expressamente marcado na decisão do Ministro Barros Monteiro como a autoridade executora". Ressalta que o Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se no sentido de as autoridades suíças se manterem na condição de expectadores passivos na execução dos

atos solicitados. Por isso, diz "injurídico" argumentar-se com "violação às normas constitucionais brasileiras, que garantem a investigação criminal às polícias", e também com "demasiada amplitude na concessão do *exequatur*", considerado o alcance da expressão "medidas de investigação que se fizerem necessárias". Manifesta-se, alfim, pelo indeferimento da ordem.

Lancei visto no processo em 15 de março, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 24 seguinte, isso objetivando a ciência do Impetrante.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Ao deferir a medida acauteladora, assim fundamentei o pronunciamento:

(...)

2. O quadro sinaliza o caráter indispensável da medida acauteladora, sob pena de se implementarem os atos constantes da carta rogatória, antes do julgamento final deste *habeas*. A relevância do pedido formulado é estreme de dúvidas. Atentem para o fato de ser o contraditório medula de todo e qualquer processo, principalmente daqueles com alcance penal. A garantia versada no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal não pode ser afastada, pouco importando a urgência que se empreste à tramitação. A organicidade peculiar ao Direito instrumental direciona à obediência irrestrita ao figurino legal, valendo notar que, em Direito, o meio justifica o fim, e não este, aquele. Mais do que isso, não se coaduna com as noções próprias à soberania nacional admitir o acompanhamento de autoridades estrangeiras às diligências a serem realizadas – no caso, um integrante da magistratura suíça, um procurador federal, uma secretária judiciária, um analista financeiro e um intérprete. É certo que a permissão consignada no pronunciamento impugnado fez-se seguida da cláusula de as citadas autoridades não intervirem nos procedimentos. Todavia, a previsão leva a situação ambígua e, aí, estar-se-á a um passo de interferência, muito embora de gradação menor. Também se tem a problemática dos atos investigatórios não especificados. A carta rogatória há de ser explícita a respeito.

(...)

Reitero o que consignei sobre o devido processo legal. Trata-se de carta rogatória ligada ao campo penal. A prática de atos no Brasil, a partir do *exequatur*, pressupõe, portanto, a audição dos interessados. Também permaneço convencido sobre o fato de a carta rogatória conter cláusula inespecífica quanto à medida de investigação, aludindo-se, de forma genérica, àquelas diligências que se fizerem necessárias.

Evoluo, no entanto, relativamente à presença de autoridades e servidores estrangeiros na audiência concernente ao cumprimento da carta. É que o art. 8º do Decreto Legislativo 300/06, mediante o qual foi aprovado o Tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça, celebrado em Berna em 12 de maio de 2004, prevê:

1. Se o Estado Requerente o solicitar expressamente, a Autoridade Central do Estado Requerido o informará sobre a data e o local de execução do pedido de cooperação jurídica.

2. O Estado Requerido autorizará, a pedido do Estado Requerente, que os representantes das autoridades desse último e as pessoas que participarem do procedimento, bem como seus advogados, a assistir à execução do pedido no seu território.

3. Tais pessoas poderão, conforme previsto no parágrafo 1, ser autorizadas em particular a formular perguntas e a consultar os autos processuais. Poderão também sugerir, às autoridades do Estado Requerido, a formulação de perguntas ou a tomada de medidas complementares.

4. Essa presença não pode ter como consequência que os os fatos sigilosos sejam levados ao conhecimento dessas pessoas antes que a autoridade competente tenha decidido pela concessão e extensão da cooperação.

Nesses termos, cabe o acompanhamento da carta rogatória, implementando-se a cooperação prevista no citado decreto legislativo. Vale frisar que o sigilo diz respeito a terceiros e não a órgãos oficiais, sejam nacionais, sejam estrangeiros.

Em síntese, concedo a ordem quanto à necessária abertura do contraditório, expungida, desde já, do campo de possível cumprimento da carta rogatória, a prática de medidas não especificadas. É como voto na espécie.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Senhor Presidente, apenas um minuto para ressaltar que, neste *habeas corpus*, quatro são as causas de pedir – salvo engano de minha parte: a ausência de contraditório quanto à tramitação da carta rogatória; a presença de autoridades estrangeiras nos atos a serem praticados no Brasil; o fato de o processo-crime em curso no Brasil vir correndo em segredo de justiça; e, por último, a cláusula aberta da prática de atos adequados à investigação que se pretende, sem especificação dos atos.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Senhor Presidente, este o objeto da carta rogatória:

(...)

– o interrogatório dos interessados [entre eles o paciente];

– informações quanto ao período de trabalho e quanto às funções que exerceram na Administração Pública Federal;

– informações sobre as disposições legais brasileiras que incriminam a corrupção de funcionário público;

– informações quanto ao processo brasileiro que incriminou os autores da corrupção ativa;

> – a autorização da presença dos investigadores suíços [e de um procurador federal] para participação efetiva nos depoimentos solicitados.

E, por último, a cláusula polivalente – que implica o pedido de "medidas de investigação que se fizerem necessárias", sem a definição específica.

Senhor Presidente, continuo acreditando que o contraditório é a mola-mestra, é a medula do devido processo e que resulta até mesmo de um direito natural para que se preserve, acima de tudo, a dignidade do homem. O interessado, em certo procedimento, em certo processo, deve ser ouvido, pronunciando-se como entender de direito.

A carta rogatória gera o surgimento de um processo e, portanto, atrai a garantia constitucional do inciso LV do art. 5º; atrai a necessidade de ouvir-se a parte – e diria, no âmbito do gênero –, o interessado. Enquanto a competência para o *exequatur* foi do Supremo, isso foi observado na Corte.

E refiro-me à norma do art. 226, na redação primitiva:

> Art. 226. Recebida a rogatória, o interessado residente no país será intimado, podendo, no prazo de cinco dias, impugná-la.
>
> § 1º Findo esse prazo, abrir-se-á vista ao Procurador-Geral, que também poderá impugnar o cumprimento da rogatória [envolvido o preceito de ordem pública, ligado à soberania do próprio país].
>
> § 2º A impugnação só será admitida se a rogatória atentar [admitida em termos de acolhimento, porque, claro, que não se pode rejeitar, *a priori*, a impugnação] contra a soberania nacional ou a ordem pública, ou se lhe faltar autenticidade.

O que houve na espécie? Empolgou-se a urgência no cumprimento da diligência e, então, deixou-se em segundo plano, o contraditório, evocando-se certo dispositivo, o art. 8º, parágrafo único, da Resolução 09/2005 do Superior Tribunal de Justiça.

Ainda que esse dispositivo dispense o contraditório, tem-se a necessária observância da pirâmide das normas jurídicas e, no ápice dessa pirâmide, está a Carta da República, que a todos, indistintamente, submete, inclusive ao Supremo, guarda maior dessa mesma Carta.

Não tenho dúvida em concluir, portanto, reiterando voto que proferi, que houve a quebra de organicidade inafastável no que os interessados conhecidos e nomeados não foram intimados antes de se implementar o *exequatur*.

Também permaneço convencido, Presidente – e este item está ligado diretamente ao anterior, porque, se assento a necessidade de manifestação, é preciso que haja, quanto a essa manifestação, um objeto –, de que não cabe agasalhar o que apontei como cláusula da carta rogatória polivalente por não especificar – e não viabiliza, portanto, o lídimo exercício do direito de defesa – as diligências que devem ser implementadas. Algumas vieram bem esclarecidas, mas se fechou a Carta, como se houvesse um xeque-mate, com a cláusula genérica de diligências necessárias.

Quanto a esses dois itens, reitero, portanto, a posição primária, a posição inicial quando do deferimento da medida acauteladora:

> (...)
> Evoluo, no entanto, relativamente à presença [simples presença como proclamou o próprio Superior Tribunal de Justiça] de autoridades e servidores estrangeiros na audiência concernente ao cumprimento da Carta. É que o art. 8º do Decreto Legislativo 300/06, mediante o qual foi aprovado o Tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça, celebrado em Berna, em 12 de maio de 2004, introduziu no nosso cenário dispositivos viabilizando essa presença:
>
> "1. Se o Estado Requerente o solicitar expressamente, a Autoridade Central do Estado requerido [no caso, o Brasil] o informará sobre a data e o local de execução do pedido de cooperação jurídica [a que processado mediante carta rogatória, e processado, portanto, pela via própria, já que a prática de atos no território brasileiro pressupõe o crivo do Judiciário pátrio].
>
> 2. O Estado Requerido autorizará, a pedido do Estado Requerente, que os representantes das autoridades desse último e as pessoas que participarem do procedimento, bem como seus advogados, a assistir à execução do pedido no seu território.
>
> 3. Tais pessoas poderão, conforme previsto no parágrafo 1, ser autorizadas em particular a formular perguntas e a consultar os autos processuais. Poderão também sugerir, às autoridades do Estado Requerido [simples sugestão] a formulação de perguntas ou a tomada de medidas complementares.
>
> 4. Essa presença não pode ter como consequência que os fatos sigilosos sejam levados ao conhecimento dessas pessoas antes que a autoridade competente tenha decidido pela concessão e extensão de cooperação [ou seja, o sigilo é preservado até que se tenha o *exequatur*].
>
> Nesses termos, cabe [digo em voto] o acompanhamento da carta rogatória, implementando-se a cooperação prevista no citado decreto legislativo.

E, não bastasse a cláusula final que mencionei quanto ao afastamento do sigilo, digo:

> (...)
> Vale frisar que o sigilo diz respeito a terceiros e não a órgãos investidos do ofício judicante, sejam nacionais, sejam estrangeiros.

Em síntese, Presidente, concedo a ordem quanto à necessária abertura do contraditório e não acredito que o sistema, com a transferência da competência visando ao *exequatur*, do Supremo para o Superior Tribunal de Justiça, tenha mudado tanto para dispensar-se o contraditório, que é mandamento, é ditame constitucional, e para expungir, desde já, no campo de possível cumprimento da carta rogatória, a cláusula não específica quanto a atos que possam vir a ser praticados, ou seja, a prática de medidas não especificadas porque – repito – essa previsão esvazia o contraditório, que é exigência constitucional.

É como voto na espécie.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, a Segunda Turma julgou o HC 89.555, de que foi Relator o Ministro **Cezar Peluso**, validando a disciplina da Resolução 9, do Superior Tribunal de Justiça, em que se assentou se é legítimo, em carta rogatória, a realização de diligência sem a prévia audiência e sem a presença do réu da ação penal, quando essas possam frustrar o resultado da diligência, isso sem prejuízo da possibilidade do que se chama de exercício pleno do direito de defesa diferido, através de embargos, cabendo agravo regimental da decisão desses embargos.

Vou pedir vênia ao Ministro **Marco Aurélio**, nesse ponto, para entender que, no caso, a resolução não contraria o direito de defesa, porque admite expressamente essa possibilidade.

Portanto, ao meu sentir, com todo o maior respeito, essa perspectiva que foi posta no HC 89.555 preenche, pelo menos melhor, o meu convencimento.

No tocante ao segundo ponto que S. Exa. destacou, e tão bem destacou, que é aquele relativo a medidas de investigação que se fizerem necessárias, eu não estou entendendo que aí existe uma cláusula em aberto, porque pode haver diligências ou providências ou medidas que sejam decorrentes do próprio ato que se está praticando, e nessa medida essas diligências relativas ao próprio ato que se está praticando não podem ser desconsideradas, não podem ser simplesmente deixadas ao alvedrio de uma nova carta rogatória.

Por fim, Senhor Presidente, estou entendendo que nós estamos no plano da cooperação internacional e há que haver esse tipo de operação, ainda mais considerando a realidade do mundo em que nós vivemos.

O eminente Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça, pelo menos na minha compreensão, teve o cuidado de especificar que a participação das autoridades suíças fosse uma participação sem nenhuma interferência no curso das providências que estavam sendo tomadas.

Por essas razões, estou validando integralmente a decisão do Superior Tribunal de Justiça, do eminente Ministro **Barros Monteiro**, e denego a ordem.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ministro Presidente, preocuparam-me dois pontos que foram muito bem explicados pelo eminente Relator, Ministro Marco Aurélio.

Quanto à questão da soberania, também ultrapasso, tal como dito pelo Ministro Menezes Direito. Os termos apresentados pelo eminente Presidente do Superior Tribunal deixam claro o respeito integral ao princípio da soberania das instituições brasileiras no exercício de suas tarefas. A questão do direito de defesa – creio – está devidamente resguardada nos termos da jurisprudência já citada pelo Ministro Menezes Direito.

Queria apenas fazer uma pergunta, Ministro Menezes Direito, se V. Exa. me permite, porque o Ministro Marco Aurélio levanta uma questão séria que ele denomina como uma cláusula em aberto, no final. Queria apenas compreender se V. Exa. está entendendo – e aí eu o acompanharia integralmente na divergência, com as vênias, evidentemente, do Ministro Marco Aurélio – que essas providências, tal como tinha entendido, são necessárias e consequentes, razão pela qual elas não estão em aberto, porque de toda sorte ela seguiria naturalmente a mesma sorte, até para dar integral cumprimento.

O Sr. Ministro Menezes Direito: É exatamente como estou entendendo, e me esqueci de destacar um aspecto: é que, de todos os modos, essas providências ficam submetidas ao crivo do Juiz Federal brasileiro que está na direção do processo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Sim, porque aí há a direção necessária e imprescindível dessa autoridade brasileira.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: V. Exa. me permite também um aparte? Também me preocupei muito com esse aspecto.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: O Ministro Marco Aurélio chamou a atenção. E, aí, realmente eu o acompanharia.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: E louvo também, desde logo, o voto do eminente Ministro Marco Aurélio, mas o parecer do Ministério Público destaca exatamente um trecho da manifestação do ilustre Ministro Raphael de Barros Monteiro, que diz o seguinte, *verbis*:

> c) as diligências não especificadas, que se fizerem necessárias, são – à evidência – aquelas pertinentes à investigação, a Juízo do Magistrado Federal incumbido de cumprir as diligências, em harmonia com o princípio da economia processual.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Sim. Estou frisando apenas porque são necessárias e pertinentes.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Portanto, essa é uma tese que diz respeito à investigação e decorre do interrogatório, peça-chave em torno da qual giram todas as diligências.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Então, Presidente, com base exatamente nesse ponto que eu queria focar, para efeito de seguir integralmente a divergência iniciada pelo eminente Ministro Menezes Direito, peço vênia ao Ministro Relator e acompanho a divergência iniciada pelo Ministro Menezes Direito.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): A própria Constituição, no inciso IX do art. 129, a propósito de competências, de funções institucionais do Ministério Público, usa dessa técnica: "exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (...)".

O Ministro Menezes Direito também colocou ênfase nessa compatibilidade, como diligências que sejam um corolário, uma consequência natural.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Por isso eu as chamei de consequentes. Elas são subsequentes e consequentes, porque guardariam estrita pertinência com o objeto que foi especificado de maneira restrita. Daí por que pedi ajuda.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Perfeito. V. Exa., no meu sentir, bem colocou.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, peço vênia para acompanhar a divergência, ressaltando exatamente a intervenção que fiz no sentido de entender que as diligências não especificadas são aquelas estritamente pertinentes à investigação solicitada pelas autoridades suíças no âmbito da cooperação judicial internacional.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): A digna representante do Ministério Público, ou presentante, como outros preferem dizer, cita o HC 89.555, do Ministro Peluso. E creio que o Ministro Menezes Direito também fez referência à decisão proferida pela Segunda Turma nesse mesmo *habeas corpus*. Não foi isso, Ministro Menezes Direito?

A Sra. Cláudia Sampaio Marques (Subprocuradora-Geral da República): O Senhor me permite, Presidente? Citei o HC 90.485. Todos do Ministro Cezar Peluso.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Mas há uma coincidência. A ementa fala por si:

> *Ementa: Carta rogatória. Exequatur.* Medida cautelar penal. Diligências para identificação e apreensão de bens. Proveito de infração penal. Ciência prévia do paciente. Inadmissibilidade. Risco de frustração das diligências. Caso de contraditório diferido [creio que o Ministro Menezes falou isso], retardado ou postergado, mediante embargos ou agravo. Garantia de exercício pleno do direito de defesa (...).

A posteriori, para não frustrar o rumo, a linha das investigações.

Também peço vênia ao Ministro Marco Aurélio para acompanhar a divergência inaugurada pelo Ministro Menezes Direito.

EXTRATO DA ATA

HC 89.171/RJ — Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Menezes Direito. Paciente: Rômulo Gonçalves. Impetrante: Sérgio do Rego Macedo. Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*; vencido o Ministro Marco Aurélio, nos termos do seu voto. Relator para o

acórdão o Ministro Menezes Direito. Falaram: o Dr. Sérgio do Rego Macedo, pelo paciente, e a Dra. Cláudia Sampaio Marques, Subprocuradora-Geral da República, pelo Ministério Público Federal.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, e Menezes Direito. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 24 de março de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

———

HABEAS CORPUS 94.025 — SP

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Paciente: Sheila Mariana Machado — Impetrantes: Marco Antonio Arantes de Paiva e outros — Coator: Relator do *Habeas Corpus* 97522 do Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Direito penal e processual penal. Decisão indeferitória de liminar do Superior Tribunal de Justiça. Incidência da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal. Hipótese de concessão da ordem de ofício. Crime hediondo. Possibilidade de progressão de regime prisional. Requisito temporal. Superveniência de lei mais severa nesse ponto (Lei 11.464/07). Aplicação das regras do art. 33 do Código Penal e art. 112 da Lei de Execuções Penais. Precedentes. Ordem concedida de ofício.**

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido da inadmissibilidade da impetração de *habeas corpus*, nas causas de sua competência originária, contra decisão denegatória de liminar em ação de mesma natureza impetrada ao Tribunal Superior, antes do julgamento definitivo do *writ*. Esse entendimento está representado na Súmula 691/STF, segundo a qual "não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar".

2. A declaração de inconstitucionalidade da redação original do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, havida no julgamento do HC 82.959/SP (Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 1º-9-06), impede que ele, mesmo em um plano abstrato, seja tomado como parâmetro de comparação quando se investiga se a Lei 11.464/07 é mais benéfica ou mais gravosa para o réu.

3. Relativamente aos crimes hediondos cometidos antes da vigência da Lei 11.464/07, a progressão de regime carcerário deve observar o requisito temporal previsto no art. 33 do Código Penal e no art. 112 da Lei de Execuções Penais, aplicando-se, portanto, a lei mais benéfica.

4. A via estreita do *habeas corpus* não comporta dilação probatória, exame aprofundado de matéria fática ou nova valoração dos elementos de prova, sendo estes reservados à via ordinária, competente para esse tipo de exame.

5. Concede-se a ordem de ofício para que o Juízo responsável pela execução da pena aprecie o pedido de progressão, observado, quanto ao requisito temporal, o cumprimento de 1/6 da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em não conhecer do pedido de *habeas corpus*, mas em conceder, de ofício, a ordem para que seja apreciado o regime de cumprimento da pena, considerada a lei em vigor na data que em que cometido o crime, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 3 de junho de 2008 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Marco Antonio Arantes de Paiva e José Maria Vidotto em benefício de Sheila Mariana Machado, buscando, liminarmente, garantir que a progressão de regime carcerário da Paciente, condenada pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes em data anterior ao início da vigência da Lei 11.464/07, se dê com o cumprimento de 1/6 da pena, nos termos do art. 112 da Lei de Execuções Penais, e não com o cumprimento de 2/5 da pena, como prevê a Lei 11.464/07. Pretendem, ainda, que seja aplicada a redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Apontam como autoridade coatora o Ministro **Felix Fischer**, do Superior Tribunal de Justiça, Relator do HC 97.552/SP, que, em decisão monocrática, indeferiu o pedido de liminar formulado naquele *writ*.

Relatam os Impetrantes que:

> (...)
> I.XIII – Sentenciada desde março e presa cautelarmente (flagrante) desde agosto de 2006, da pena conhecida [4 anos de reclusão], a Paciente já cumpriu 24, dos quarenta e oito meses em que apenada, sem que nenhum benefício lhe tenha sido concedido, nem celeridade de julgamento, nem aplicação da lei menos gravosa.
> (...)
> II.II. Em 23 de maio de 2007, o MM. Juiz de Direito, Dr. Mauricio Brisque Neiva, não lhe reduz a pena nos moldes da **novel** legislação, "uma vez que o caso dos autos trata de fato anteriormente à vigência desta lei", pois... "a Lei 11.343/06 é irretroativa como um todo";
> II.III – Em data de 11 de julho de 2007 o MM. Juiz de Direito Dr. Adjair de Andrade Cintra lhe aumenta o tempo de cumprimento de pena em regime fechado, em razão da **novel** legislação;
> (...)
> II.IV – Ao afastar os argumentos da defesa, expressamente o MM. Juiz declara a aplicação da *Lex gavior*, estando portanto ausente de fundamentação a motivação da não aplicação da *Lex mitior* (parágrafo 4º do art. 33) não podendo ser substituída pela interpretação do E. Tribunal nos autos do V. Acórdão;
> II.V – Ainda que pudéssemos argumentar, quantidade e qualidade da droga não pode afastar a aplicação do beneplácito previsto, pois se trata de pessoa

primária, de bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização, daí não se podendo deduzir, como o fez a R. Sentença.
(Fls. 5 a 7.)

Requerem a concessão de liminar para que "até o julgamento do HC 97.522, a Paciente '*ad cautelam*' aguarde em regime prisional intermediário". No mérito, requerem a confirmação da liminar deferida (fls. 10/11).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 113 a 115).

As informações foram prestadas às folhas 120 a 126.

O ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Edson Oliveira de Almeida** opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 129/130).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Na hipótese vertente, a decisão impugnada indeferiu o pedido de liminar no *habeas corpus* submetido à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, nos termos seguintes:

Decisão: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Sheila Mariana Machado*, contra v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Busca, em suma, a alteração do regime prisional, a substituição da pena e a aplicação da causa de diminuição da pena prevista na nova lei de drogas.

A análise dos autos, nos limites da cognição *in limine*, não permite a constatação de indícios suficientes para a configuração do *fumus boni iuris*, não restando configurado, de plano, a flagrante ilegalidade, devendo a *quaestio*, portanto, ser apreciada pelo Colegiado.

Com efeito, tais matérias não foram devidamente apreciadas pelo e. Tribunal *a quo* o que impede, ao menos em sede liminar, uma exame aprofundado dos temas veiculados no *writ* (fls. 90/91).

Denego, pois, a liminar.

Solicitem-se, com urgência e via telex, informações atualizadas e pormenorizadas à autoridade tida por coatora.

Após, vista à douta Subprocuradoria-Geral da República.
(Fl. 121.)

Inicialmente, verifico que a jurisprudência desta Corte é no sentido da inadmissibilidade da impetração de *habeas corpus*, nas causas de sua competência originária, contra decisão denegatória de liminar em ação de mesma natureza impetrada perante Tribunal Superior, antes do julgamento definitivo do *writ* (HC 94.432/SP, Segunda Turma, Rel. Min. **Cezar Peluso**, *DJ* de 16-5-08; HC 94.211/SC, Primeira Turma, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 16-5-08; HC 92.456/BA, Primeira Turma, de minha relatoria, *DJ* de 1º-2-08; HC 79.775/AP, Segunda Turma, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, *DJ* de 17-3-00; e HC 79.748/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 23-6-00).

Esse entendimento está representado na Súmula 691/STF, segundo a qual "não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado

contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar".

Por essa razão, o presente *habeas corpus* não pode ser conhecido.

No entanto, reconheço a plausibilidade jurídica do fundamento apresentado na impetração, quanto ao requisito temporal a ser observado para a progressão de regime da Paciente, de modo a configurar a hipótese, nesse ponto, de concessão da ordem de ofício, pois a orientação preconizada nesta Suprema Corte é no sentido de que, relativamente aos crimes hediondos cometidos antes da vigência da Lei 11.464/07, a progressão de regime carcerário deve observar o requisito temporal previsto no art. 33 do Código Penal e no art. 112 da Lei de Execuções Penais, aplicando-se, assim, a lei mais benéfica.

Analiso, portanto, a questão relativa ao tema.

Trata-se de Paciente condenada pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 12 da Lei 6.368/76 – fl. 64), que, visando a redução da pena (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e a progressão do regime prisional, impetrou *habeas corpus* ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual concedeu parcialmente a ordem, apenas para afastar o óbice à progressão de regime carcerário (fls. 36 a 38).

Contra essa decisão foi impetrado novo *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça (HC 97.522/SP), cujo pedido liminar fora indeferido pelo Ministro **Felix Fischer** (fl. 121).

Embora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tenha concedido parcialmente a ordem, apenas para afastar o óbice à progressão de regime carcerário da Paciente, não houve análise quanto ao requisito objetivo para a concessão desse benefício.

No tocante ao tema, assinalo que, desde o julgamento do HC 82.959/SP, esta Suprema Corte vem admitindo a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, considerando a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Possibilidade que veio a ser acolhida, ainda, pela Lei 11.464/07, que modificou a Lei 8.072/90 para permitir a referida progressão.

Por ocasião do julgamento do HC 92.410/MS, de minha relatoria, *DJ* de 1º-2-08, ao esclarecer qual requisito temporal deveria ser observado pelo Paciente para fazer jus a referido benefício, se aquele fixado na Lei 11.464/07 (2/5 ou 3/5, conforme se trate de condenado primário ou reincidente) ou aquele, de 1/6, que antes vigorava para os crimes em geral, previstos nos art. 33 do Código Penal e art. 112 da Lei de Execuções Penais, consignei que:

> (...)
> A questão se põe, sobretudo, diante do exame em curso na Rcl 4.335/AC sobre os efeitos de declaração de inconstitucionalidade considerando o disposto no art. 52, X, da Constituição Federal, ainda não concluído.
> Sem entrar no mérito dessa questão, objeto da Rcl 4.335/AC, com julgamento ainda não concluso, o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, em sua redação original, não

pode ser utilizado como parâmetro de comparação com a lei nova quando já declarado inconstitucional no julgamento do HC 82.959/SP.

Assim, entendo que se deva manter, até o julgamento definitivo da Rcl 4.335/AC pelo Plenário deste Tribunal, a orientação consolidada na jurisprudência da Corte. Em virtude disso, deve ser encaminhada a questão sob o ângulo da aplicação da lei mais benéfica. Com isso, considero que deva prevalecer, relativamente aos crimes praticados antes da vigência da Lei 11.464/07, a progressão de regime nos termos previstos nos arts. 33 do Código Penal e 112 da Lei de Execuções Penais, considerando-se, portanto, o cumprimento de 1/6 da pena.

No mesmo sentido se manifestou a Primeira Turma desta Suprema Corte no julgamento do HC 91.631/SP, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, em 16-10-07, e também o Ministro **Gilmar Mendes** na decisão monocrática concessiva de liminar proferida no HC 92.477/SP, *DJ* de 21-9-07.

Assim, considerando os precedentes desta Suprema Corte entendo que deva prevalecer, em relação aos crimes praticados antes da vigência da Lei 11.464/07, a progressão de regime nos termos previstos no art. 33 do Código Penal e no art. 112 da Lei de Execuções Penais, considerando-se, portanto, o cumprimento de 1/6 da pena.

Ressalte-se, apenas, que o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos para a progressão de regime prisional não pode ser afirmado sem exame minucioso de material fático-probatório. Nos termos da jurisprudência desta Suprema Corte, a pretensão em comento deve ser submetida, com efeito, ao crivo do Juízo da Vara de Execuções Criminais responsável pelo detento (HC 90.813/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Cármen Lúcia,** *DJ* de 25-5-07; HC 91.122/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 11-5-07; HC 89.827/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Carlos Britto**, *DJ* de 27-4-07; RHC 85.656/MS, Segunda Turma, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, *DJ* de 8-9-06; HC 88.052/DF, Segunda Turma, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 28-4-06).

Já a respeito da pretensão dos Impetrantes de que seja aplicada a redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, deixo de conceder a ordem de ofício, pois, conforme ressaltou o parecer do Ministério Público do Estado de São Paulo, acatado pelo Tribunal de Justiça estadual (fls. 37/38), no julgamento do *habeas corpus*, impetrado em favor da Paciente:

A pretensão de redução de um a dois terços da pena, no crime de tráfico de drogas, com fundamento no § 4º do art. 33 da Lei 11.343 não merece prosperar.

Ocorre que a nova legislação não exige apenas que o réu seja primário e de bons antecedentes, se assim fosse a questão seria de fácil solução. Mas, não.

O dispositivo, em questão, exige ainda que o agente "não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

Ora, a prova existente nos autos não favorece a Paciente.

Os relatos constantes da *sentença* e das alegações da Promotoria dão conta de que a Paciente guardava o entorpecente para outras pessoas, seu marido já estava preso, e a presença da droga em sua casa foi descoberta por interceptações telefônicas de outros elementos do grupo, havendo menção de que outras pessoas também teriam sido presas em razão daquelas investigações (fls. 34 e 42/43),

> portanto, a própria narrativa da situação, encontrada no processo, revela a presença de atividade criminosa organizada. A Paciente não agia sozinha, mas em auxílio a outros comparsas, e foi detida com significativa quantidade de drogas em sua casa. (Fls. 32/33.)

Conforme ressaltado pelo Ministério Público estadual, a primariedade e os bons antecedentes não seriam suficientes à concessão do benefício, pois, nos termos da redação contida no § 4º da Lei 11.343/06, a aplicação da redução da pena dependeria, ainda, de que o agente não se dedicasse a atividades criminosas nem integrasse organização criminosa, sendo certo que esta Suprema Corte, na via estreita do *habeas corpus*, não poderia apreciar o conjunto probatório dos autos para identificar eventual possibilidade de aplicação da redução da pena pleiteada.

Nesse sentido: HC 92.776/SC, Primeira Turma, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 4-4-08; HC 92.839/SP, Primeira Turma, de minha relatoria, *DJ* de 18-4-08; HC 92.870/RJ, Segunda Turma, Rel.Min. **Eros Grau**, *DJ* de 22-2-08, entre outros.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, todavia, concedo a ordem, de ofício, tão somente para que o Juízo responsável pela execução da pena da Paciente aprecie o pedido de progressão de regime carcerário, observado, quanto ao requisito temporal, não a Lei 11.464/07, mas o art. 33 do Código Penal e o art. 112 da Lei de Execuções Penais.

EXTRATO DA ATA

HC 94.025/SP — Relator: Ministro Menezes Direito. Paciente: Sheila Mariana Machado. Impetrantes: Marco Antonio Arantes de Paiva e outros. Coator: Relator do Habeas Corpus 97.522 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma não conheceu do pedido de *habeas corpus***.** Concedeu, porém, de ofício, a ordem para que seja apreciado o regime de cumprimento da pena, considerada a lei em vigor na data em que cometido o crime, nos termos do voto do Relator. Unânime.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Compareceu o Ministro Eros Grau a fim de julgar processos a ele vinculados, ocupando a cadeira do Ministro Ricardo Lewandowski. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 3 de junho de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 94.096 — SP

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Paciente: José Roberto Bravalheri ou José Roberto Bavalheri — Impetrantes: Maria Cláudia De Seixas e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Penal. Crime contra a ordem tributária (Lei 8.137/90). Trancamento da ação penal. Prescrição da pretensão punitiva. Não ocorrência. Constrangimento ilegal não configurado. Precedentes.**

1. A verificação de eventual ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, considerado o crime imputado ao Paciente, esbarra na questão decidida por esta Suprema Corte no HC 81.611/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, no sentido de que, enquanto não efetivado o lançamento definitivo do débito tributário, não há justa causa para a ação penal, ficando, porém, suspenso o curso do prazo prescricional.

2. Considera-se termo inicial, para fins de contagem do prazo prescricional, a data do julgamento definitivo sobre eventual supressão ou redução de tributo devido.

3. Não ocorrência da prescrição da pretensão punitiva no caso concreto.

4. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus.*

Brasília, 3 de fevereiro de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelas advogadas Maria Cláudia de Seixas e Mônica Santiago Oliveira Amaral Carvalho em favor de José Roberto Bravalheri, buscando o trancamento da ação penal pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Apontam como autoridade coatora a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 52.780/SP, Relatora a Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, impetrado àquela Corte com objetivo idêntico ao perseguido nesta oportunidade.

Narram as Impetrantes, na inicial, que:

> O paciente está sendo investigado porque, supostamente, teria praticado Crime contra a Ordem Tributária, conforme consta do AIIIM n.º 027600 – 'S', lavrado no dia 14 de janeiro de 1993.
>
> Em decorrência, promoveu a sua defesa na esfera administrativa, tendo o feito seguido o trâmite normal, sendo ao final, negado o Recurso de Revisão. Assim, no dia 20 de março de 2003, o fisco decidiu manter a autuação.
>
> No dia 08 de dezembro de 2004, uma manifestação da defesa foi protocolizada no Terceiro Distrito Policial de Ribeirão Preto⁄SP, requerendo a remessa dos autos ao Fórum local, para que o d. Magistrado '*a quo*' pudesse apreciar um pedido de extinção da punibilidade do paciente, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.
>
> (Fl. 3.)

Asseveram, em síntese, que a data a ser considerada, para fins de prescrição, é a data do fato – março de 1990 a agosto de 1992 –, e não a data em que se deu o "trânsito em julgado" do procedimento administrativo-fiscal no qual se discutia o débito tributário, ocorrido em 10/12/03.

Alegam:

> (...)
>
> [ainda] que tivéssemos por base a data do lançamento definitivo do tributo, ou seja, *20 de março de 2003*, também teríamos alcançado a prescrição da pretensão punitiva, em sua modalidade antecipada, daquela data até os dias atuais, tendo em vista o transcurso de mais de 04 (quatro) anos de 10 (dez) meses, aplicando-se, assim, o que dispõe o artigo 109, inciso V, do Código Penal.
>
> (Fl. 18 – Grifo no original.)

Requerem, em caráter liminar, o sobrestamento da ação penal até o julgamento definitivo deste *writ*.

No mérito, a concessão da ordem para "**ser reconhecida a prescrição que, teve a sua ocorrência, antes do lançamento do tributo, nos termos dos artigos 107, inciso IV e 109, inciso III, ambos do Código Penal e art. 61, do Código de Processo Penal**" (fl. 24 – Grifo no original.)

Alternativamente, "**requerem que seja reconhecida e declarada a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal em sua modalidade antecipada, com fundamento no artigo 109, inciso V, do Código Penal e, art. 61, do Código de Processo Penal**" (fl. 24 – Grifo no original).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 110 a 113).

As informações foram prestadas à fl. 118 e encaminhados os documentos de fls. 119 a 124.

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Mario José Gisi**, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 127 a 135).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Conforme relatado, o presente *habeas corpus* volta-se contra decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 52.780/SP, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, e tem como objetivo o trancamento da ação penal pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Têm-se nos autos os seguintes fatos.

O Paciente está sendo investigado pela prática de crime capitulado na Lei 8.137/90, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, porque a empresa por ele administrada teria sido atuada pelo Fisco, em 14-1-93, por suposto não recolhimento de ICMS nos períodos de março/90 a agosto/92, o que foi confirmado com o lançamento definitivo do débito em março de 2003.

Buscando o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, a defesa do Paciente impetrou, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sem êxito, o HC 870.586.3/04 (fls. 72 a 77). Em seguida, foi impetrado novo *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça (HC 52.780/SP), que também denegou a ordem pleiteada, nos termos da ementa seguinte:

> *Crimes tributários. Pretensão à prescrição. Exaurimento da via administrativa. Condição objetiva de punibilidade. Início da prescrição. Definição do lançamento do crédito tributário.*
>
> Uma vez considerando o lançamento definitivo do crédito tributário como sendo condição objetiva de punibilidade, é de rigor também consagrar que a prescrição na referida hipótese somente tem curso com o término do procedimento administrativo, no qual o contribuinte discutiu a imposição tributária.
>
> Segundo jurisprudência assente, o procedimento administrativo suspende o curso prescricional.
>
> Ordem denegada.
>
> (Fl. 124.)

A tese sustentada pelas Impetrantes, contudo, parece estar contrária ao posicionamento jurisprudencial desta Suprema Corte.

É que a verificação de eventual ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, considerado o crime imputado ao paciente, esbarra na questão decidida por esta Suprema Corte no HC 81.611/DF, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, no sentido de que, enquanto não efetivado o lançamento definitivo do débito tributário, não há justa causa para a ação penal, ficando, porém, suspenso o curso do prazo prescricional. Tal premissa leva à conclusão de que se considera o termo inicial para fins de contagem do prazo prescricional a data do lançamento definitivo. A dizer, com o julgamento definitivo sobre eventual supressão ou redução de tributo devido.

Veja-se a ementa desse julgado:

> *I. Crime material contra a ordem tributária (Lei 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo:*

falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADI 1.571-MC), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da Lei 8137/90 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (Lei 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo.
(*DJ* de 13-5-05.)

Aproveito, aqui, a análise feita pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Mario José Gisi**, em seu parecer, que assim expôs a questão:

(...)
Neste contexto, tem-se que entre 29-03-03, data da constituição definitiva do tributo e, via de consequência, marco inicial da prescrição, cujo curso não foi obstado porque ausente as causas interruptivas do lapso prescricional (art. 117 do CP), e a presente data, não transcorreu tempo suficiente para que o Estado perdesse o direito de punir o paciente pela prática do crime do artigo 1º da Lei 8.137/90 que, sancionado no máximo legal *in abstrato* em cinco anos, tem prazo prescricional de 12 anos, nos moldes do art. 109, inciso III.
Revela-se manifestamente insubsistente a tese dos impetrantes de que o prazo prescricional da pretensão punitiva estatal já teria sido alcançado, vez que, equivocadamente, consideraram a data da infração cometida pelo paciente como marco inicial para contagem do prazo de prescrição.
(Fl. 132.)

Ao meu sentir, não ocorre, também, a prescrição antecipada, como pretende a impetração, decorrente da aplicação do art. 109, inciso V, do Código Penal, porque a pena máxima cominada ao tipo imputado ao paciente é de 5 anos (art. 1º da Lei 8.137/90), prescrevendo, portanto, em 12 anos, nos termos do inciso III do art. 109 do Código Penal.

Destaco, por fim, as seguintes observações do Ministério Público Federal, as quais também levam à denegação da ordem:

(...)
Diferentemente do que consta da inicial, a existência de procedimento criminal em face do paciente não configura constrangimento ilegal.
Frente à nova compreensão da jurisprudência, o início da ação penal, ou até mesmo a instauração de Inquérito Policial, somente se justificam após a constituição definitiva do crédito tributário.

Nesta senda, destacam-se os seguintes precedentes:

"*Habeas corpus – Delito contra a ordem tributária – Sonegação fiscal – Procedimento administrativo-tributário ainda em curso – Ajuizamento prematuro, pelo Ministério Público, da ação penal – Impossibilidade – Ausência de justa causa para a válida instauração da persecutio criminis – Invalidação do processo penal de conhecimento, desde o oferecimento da denúncia, inclusive – Pedido deferido.*

– Tratando-se dos delitos contra a ordem tributária, tipificados no art. 1º da Lei 8.137/90, a instauração da concernente persecução penal depende da existência de decisão definitiva, proferida em sede de procedimento administrativo, na qual se haja reconhecido a exigibilidade do crédito tributário (*an debeatur*), além de definido o respectivo valor (*quantum debeatur*), sob pena de, em inocorrendo essa condição objetiva de punibilidade, não se legitimar, por ausência de tipicidade penal, a válida formulação de denúncia pelo Ministério Público. Precedentes.

– Enquanto não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, o crédito tributário, não se terá por caracterizado, no plano da tipicidade penal, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei 8.137/90. Em consequência, e por ainda não se achar configurada a própria criminalidade da conduta do agente, sequer é lícito cogitar-se da fluência da prescrição penal, que somente se iniciará com a consumação do delito (CP, art. 111, I). Precedentes."

"*Penal. Processual penal. Crime contra a ordem tributária. Lei 8.137/90, Art. 1º. Lançamento fiscal: constituição do crédito fiscal.*

I. – Falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137, de 1990, enquanto não constituído, em definitivo, o crédito fiscal pelo lançamento. É dizer, a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, a prescrição. HC 81.611/DF, Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, 10.12.2003.

II. – No caso, o crédito fiscal já está constituído, por isso que não cabe mais nenhum recurso da decisão do Tribunal Fiscal Administrativo: Lei gaúcha 6.537, de 1973, art. 63.

III. – HC indeferido."

Diversa não é a hipótese dos autos: o inquérito policial nº 1887/03 foi instaurado após 25 de março de 2004 (fl. 35), ou seja, em momento posterior à constituição definitiva do crédito tributário, ocorrida em 29/3/03, procedimento que não diverge do entendimento consagrado dessa Corte Suprema.

Por fim, descabida a alegação de que às inovações trazidas pelo *habeas corpus* nº 81.611, seriam inaplicáveis ao caso em comento, que já estava prescrito à época do julgamento do *writ*.

Ora, se não há que se falar em crime antes do exaurimento da esfera administrativa, também não se pode cogitar da fluência de prazo prescricional preteritamente.

Em outras palavras, não tem curso o prazo de prescrição da ação penal entre a data do crime e a do julgamento do *mandamus* nº 81.611/DF. Confira-se:

"Concluído o julgamento de *habeas corpus* no qual se questionava a possibilidade do oferecimento e recebimento de denúncia pela suposta prática de crime contra a ordem tributária, enquanto pendente de

apreciação a impugnação do lançamento apresentada em sede administrativa (v. Informativos 286 e 326). O Tribunal, por maioria, acompanhou o voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence, relator, no sentido do deferimento do *habeas corpus*, por entender que nos crimes do art. 1º da Lei 8.137/90, que são materiais ou de resultado, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma condição objetiva de punibilidade, configurando-se como elemento essencial à exigibilidade da obrigação tributária, cuja existência ou montante não se pode afirmar até que haja o efeito preclusivo da decisão final em sede administrativa. Considerou-se, ainda, o fato de que, consumando-se o crime apenas com a constituição definitiva do lançamento, fica sem curso o prazo prescricional. Vencidos os Ministros Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Carlos Britto, que indeferiam a ordem. Precedente citado: HC 77002/RJ (DJU de 2.8.2002). HC 81611/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 10.12.2003. (HC-81611) (Informativo STF nº 333)."

(Fls. 133 a 135.)

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC 94.096/SP — Relator: Ministro Menezes Direito. Paciente: José Roberto Bravalheri ou José Roberto Bavalheri. Impetrantes: Maria Cláudia de Seixas e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime.

Presidência do Ministro Carlos Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e o Ministro Menezes Direito. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 3 de fevereiro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 94.213 — MG

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Paciente: Sanderson Cristian Morais Del Duca — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Relator do Habeas Corpus 92.849 do Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Porte de arma de fogo sem autorização e em oposição à determinação legal (art. 14 da Lei 10.826/03 – Estatuto do Desarmamento). *Vacatio legis* especial. Atipicidade temporária apenas para o crime de posse. Inexistência de *abolitio criminis* para o crime de porte. Precedentes.**

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que as condutas "possuir" e "ser proprietário" foram abolidas, temporariamente, pelos arts. 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento, mas não a conduta de portar arma de fogo (fora da residência ou do local de trabalho). Ausente, portanto, o pressuposto fundamental para que se tenha por caracterizada a *abolitio criminis*.

2. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 18 de novembro de 2008 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Sanderson Cristian Morais Del Duca, buscando a extinção da punibilidade do Paciente, sob a alegação de que teria havido *abolitio criminis,* em virtude do disposto no art. 36 da Lei 10.826/03, que revogou a Lei 9.437/97.

Aponta como autoridade coatora o Ministro **Paulo Gallotti**, do Superior Tribunal de Justiça, que negou monocraticamente seguimento ao HC 92.849/MG, impetrado naquela Corte com o mesmo objetivo aqui pretendido.

Sustenta a Impetrante, basicamente, que:

> O fato ocorreu no dia 02 de junho de 1998. Mesmo que se considerando o Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03), houve período de *vacatio legis* indireta que criou a *abolitio criminis* para os possuidores de armas, uma vez que, o prazo para entrega destas, criou uma atipicidade na conduta de possuir.
>
> (...)

> Tendo em vista que a *vacatio legis* indireta abrange todos os fatos ocorridos antes do término do período, o caso em tela deve ter, da mesma maneira, seus efeitos absorvidos pela *abolitio criminis.*
> (Fl. 6.)

Ao final, requer, em caráter liminar, a "decretação da *abolitio criminis* prevista nos art. 5º, XL, da Constituição da República e art. 2º, do Código de Processo Penal, bem como, da extinção da punibilidade prevista nos art. 107, inc. III do Código Penal e art. 386, inc. III do Código de Processo Penal em relação ao Paciente (...) determinando-lhe a imediata liberação, devendo a ordem ser concedida" (fl. 20).

Às fls. 25 a 29, indeferi o pedido de liminar e solicitei informações ao Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora/MG. As informações foram prestadas às fls. 41/42.

O Ministério Público Federal, pelo parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. **Cláudia Sampaio Marques**, manifestou-se pela denegação do *writ* (fls. 45 a 50).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Tem-se nos autos que o Ministério Público de Minas Gerais, em 13-4-98, ofereceu denúncia (fls. 8/9 do apenso) contra o Paciente – preso em flagrante e posto em liberdade mediante pagamento de fiança (fls. 11 a 18 do apenso) –, visando sua condenação, à época dos fatos, nas sanções penais do art. 10 da Lei 9.437/97, revogada pela Lei 10.826/03.

O Juízo da Comarca de Juiz de Fora/MG julgou a ação penal procedente e condenou o Paciente à pena de 1 ano de detenção, em regime aberto, e 12 dias-multa no valor mínimo legal, pena que foi convertida, com base no art. 44 do Código de Processo Penal, em restritiva de direitos (fls. 115 a 118 do apenso).

Contra essa decisão o Paciente interpôs a Apelação Criminal 1.045.98.012.444-3/001, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, pugnando pela sua absolvição em virtude da negativa de autoria, e, alternativamente, que fosse a pena restritiva de direito modificada para "proibição de frequentar determinados lugares, nos termos do art. 43 do CPB" (fl. 145 do apenso).

Em 14 de agosto de 2007, aquele Tribunal estadual negou provimento ao recurso, nos termos seguintes:

> *Apelação – Porte ilegal de arma – Absolvição – Impossibilidade – Firme conjunto probatório.* Impossível acolher o pleito absolutório formulado em relação ao crime previsto no art. 10, *caput*, da Lei 9.437/97, se verificando que restaram sobejadamente comprovadas nos autos a sua autoria e materialidade, bem como a potencialidade lesiva do revólver encontrado em poder do apelante.
> (Fl. 147 do apenso.)

Daí a impetração de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça pleiteando-se a extinção da punibilidade do Paciente (art. 107, inciso III, do Código Penal e art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal) sob a alegação de que teria havido *abolitio criminis*, em razão de o Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03), em seu art. 36, ter revogado expressamente a Lei 9.437/97, na qual foi capitulada a sua condenação (fls. 2 a 4 do apenso).

Em 6 de fevereiro de 2008, o eminente Relator negou seguimento à impetração com os fundamentos seguintes:

> Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Sanderson Cristian Morais Del Luca, condenado a um ano de detenção, como incurso no art. 10, *caput*, da Lei 9.437/1997, substituída a sanção corporal por medidas restritivas de direitos, apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.
>
> Busca-se que se reconheça extinta a punibilidade pela *abolitio criminis*, afirmando que, em razão do disposto no artigo 36 da Lei 10.826/03, a Lei 9.437/97 foi totalmente revogada, e, assim, "toda e qualquer disposição, típica ou não, prevista em tal legislação já não se encontra mais em vigência dentro do país".
>
> Indeferida a liminar, fls. 163/164, o Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem.
>
> Realmente, tenho que o pedido não merece seguimento.
>
> De registrar, desde logo, que este Superior Tribunal de Justiça tem proclamado ser possível, em sede de *habeas corpus*, o conhecimento de matéria não enfrentada no acórdão que julgou a apelação da defesa, dado o efeito devolutivo amplo desse recurso.
>
> Confira-se:
>
> "*Habeas corpus*. Ato infracional. Porte ilegal de arma. Medida socioeducativa aplicada na vigência da Lei 9.437/1997. Descriminalização. Alegação de *abolitio criminis* em razão do advento do Estatuto do Desarmamento. Inocorrência. Tipo penal mantido, em sua essência, na novel legislação."
>
> (HC 38.497/MG, Rel. Min. **Laurita Vaz**, *DJU* de 13-12-04.)
>
> Assim, conheço do pedido, e passo à análise do mérito.
>
> Esta Corte firmou compreensão no sentido de ser atípica a conduta de posse irregular de arma de fogo, tanto de uso permitido (art. 12) quanto de uso restrito (art. 16), no período referido nos arts. 30 e 32 da Lei 10.826/2003, em razão da descriminalização temporária.
>
> De outra parte, caracteriza-se o delito de posse irregular de arma de fogo quando esta estiver guardada no interior da residência (ou dependência desta) ou no trabalho do acusado, evidenciado o porte ilegal se a apreensão ocorrer em local diverso.
>
> Vejam-se:
>
> "*A – Habeas corpus. Penal. Estatuto do desarmamento. Posse ilegal de arma (artigo 16 da Lei nº 10.826/2003). Abolitio criminis temporária. Extinção da punibilidade. Trancamento da ação penal.*
>
> (HC 48.710/RJ, Rel. Min. **Laurita Vaz**, *DJU* de 19-6-06.)
>
> "*B – Penal. Habeas corpus. Descaminho. Débito fiscal. Artigo 20, caput, da Lei nº 10.522/2002. Patamar estabelecido para o ajuizamento da ação de execução da dívida ativa ou arquivamento sem baixa na distribuição. Art. 18, § 1º, da Lei nº 10.522/2002. Cancelamento do crédito fiscal.*

Matéria penalmente irrelevante. Posse de arma de fogo. Fato anterior à Lei nº 10.826/2003. Abolitio criminis."

(HC 53.144/PR, Rel. Min. **Felix Fischer**, *DJU* de 7-8-06.)

No caso, a denúncia de fls. 8/9 narra que o Paciente, "com a finalidade de cobrar uma dívida da vítima, Abel Dias Marques, ameaçou-a utilizando-se, consciente e voluntariamente de uma arma de fogo sem permissão legal ou regulamentar, a qual portava devidamente municiada", não sendo de falar, portanto, em posse irregular de arma, mas em porte ilegal, não abrangido pela descriminalização temporária.

Pelo exposto, com fundamento no artigo 34, XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, nego seguimento ao presente *habeas corpus* (fls. 178 a 181 do apenso).

Esse é o motivo pelo qual se insurge a Impetrante neste *writ*.

Pelo que se tem na decisão proferida pelo eminente Relator, não se vislumbra nenhuma ilegalidade, abuso de poder ou teratologia que justifique a concessão da ordem. Com efeito, a decisão proferida encontra-se suficientemente motivada a justificar a formação de seu convencimento.

Ademais, conforme bem ressaltou o Ministro **Paulo Gallotti** naquela decisão, "a denúncia de fls. 8/9 narra que o paciente 'com a finalidade de cobrar uma dívida da vítima, Abel Dias Marques, ameaçou-a utilizando-se, consciente e voluntariamente de uma arma de fogo sem permissão legal ou regulamentar, a qual portava devidamente municiada', não sendo de falar, portanto, em posse irregular de arma, mas em porte ilegal, não abrangido pela descriminalização temporária" (fl. 181 do apenso).

Assim, entendo que a hipótese de *abolitio criminis* temporária, deferida nos arts. 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento, não alcança a conduta praticada pelo Paciente, razão pela qual não vislumbro a possibilidade de conceder a ordem nos termos em que formulado.

Anote-se, ainda, que a jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que as condutas "possuir" e "ser proprietário" foram temporariamente abolidas pelos arts. 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento, mas não a conduta de portar sem permissão legal arma de fogo, ainda mais quando o porte se dá em lugar público e com a finalidade de cobrar uma dívida, como na espécie.

Perfilhando esse entendimento destaco os seguintes precedentes:

Habeas corpus. Posse ilegal de arma de fogo de uso restrito cometida na vigência da Lei 9.437/97. Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento). *Vacatio legis* especial. Atipicidade temporária. *Abolitio criminis*. 1. A *vacatio legis* especial prevista nos arts. 30 a 32 da Lei 10.826/03, conquanto tenha tornado atípica a posse ilegal de arma de fogo havida no curso do prazo assinalado, não subtraiu a ilicitude penal da conduta que já era prevista no art. 10, § 2º, da Lei 9.437/97 e continuou incriminada, até com maior rigor, no art. 16 da Lei 10.826/03. Ausente, portanto, o pressuposto fundamental para que se tenha por caracterizada a *abolitio criminis*. 2. Além disso, o prazo estabelecido nos referidos dispositivos expressa, por si próprio, o caráter transitório da atipicidade por ele criada indiretamente. Trata-se de

norma que, por não ter ânimo definitivo, não tem, igualmente, força retroativa. Não pode, por isso, configurar *abolitio criminis* em relação aos ilícitos cometidos em data anterior. Inteligência do art. 3º do Código Penal. 3. *Habeas corpus* denegado. (HC 90.995/SP, Primeira Turma, de minha relatoria, *DJ* de 7-3-08.)

Habeas corpus. Porte ilegal de arma de fogo. *Abolitio criminis.* Não ocorrência. O prazo de cento e oitenta dias previsto nos arts. 30 e 32 da Lei 10.826/03 é para que os possuidores e proprietários armas de fogo as regularizem ou as entreguem às autoridades. Somente as condutas típicas "possuir ou ser proprietário" foram abolidas temporariamente. A vingar a tese de *abolitio criminis* temporária quanto ao porte ilegal, chegar-se-á ao absurdo de admitir que qualquer pessoa pode transitar livremente em público portando arma de fogo. Ordem denegada. (HC 88.594/SP, Segunda Turma, Rel. Min. **Eros Grau**, *DJ* de 2-6-06.)

No mesmo sentido: HC 89.287/SP, Segunda Turma, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 13-6-08; HC 94.158/MG, Primeira Turma, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 23-5-08; RHC 92.296/AL, Segunda Turma, Rel. Min. **Eros Grau**, *DJ* de 22-2-08; RHC 86.886/DF, Segunda Turma, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, *DJ* de 29-6-07; RHC 86.723/GO, Segunda Turma, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, *DJ* de 6-11-06; RHC 86.681/DF, Primeira Turma, Rel. Min. **Eros Grau**, *DJ* de 24-2-06.

Por fim, ressalto que, na hipótese dos autos, a lei nova, malgrado a mencionada atipicidade temporária, não deixou de considerar crime a posse ilegal de arma de fogo (de uso permitido ou restrito). Não existe lei posterior que tenha deixado de considerar o fato como criminoso, nem explícita nem implicitamente. Pelo contrário, o novo Estatuto do Desarmamento aumentou a pena correspondente à posse ilegal de arma de fogo. Não há, dessa forma, possibilidade de aplicar os arts. 2º ou 107, inciso III, do Código Penal para afirmar a existência de uma *abolitio criminis.*

Ante o exposto, denego a ordem a ordem de *habeas corpus.*

EXTRATO DA ATA

HC 94.213/MG — Relator: Ministro Menezes Direito. Paciente: Sanderson Cristian Morais Del Duca. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Relator do Habeas Corpus 92.849 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus.* Unânime. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Britto.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Britto. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 18 de novembro de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 94.272 — SP

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Paciente: Natalício Ferreira Alves — Impetrantes: Theodomiro Dias Neto e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Penal e processual penal. Homicídio duplamente qualificado. Ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal não configurada. Materialidade comprovada e indícios de autoria. Reexame de provas. Inviabilidade. Precedentes.**

1. A denúncia que contém condição efetiva que autorize o denunciado a proferir adequadamente a defesa não configura indicação genérica capaz de manchá-la com a inépcia. No caso, a denúncia demonstrou claramente o crime na sua totalidade e especificou a conduta ilícita supostamente praticada pelo paciente.

2. O trancamento de ação penal em *habeas corpus* impetrado com fundamento na ausência de justa causa é medida excepcional que, em princípio, não tem cabimento quando a denúncia ofertada narra suficientemente fatos que constituem o crime.

3. A via estreita do *habeas corpus* não comporta dilação probatória, exame aprofundado de matéria fática ou nova valoração dos elementos de prova, sendo estes reservados à via ordinária da ação penal.

4. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 17 de fevereiro de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Theodomiro Dias Neto, Francisco Pereira de Queiroz e Aldo de Campos Costa em favor de Natalício Ferreira Alves, buscando o trancamento da ação penal sob a alegação de absoluta falta de justa causa.

Apontam como órgão coator a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 41.958/SP, Rel. Min. **Nilson Naves**, impetrado àquela Corte com objetivo idêntico ao perseguido nesta oportunidade.

Informam, inicialmente, que o presente *habeas corpus* foi impetrado antes da publicação do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em virtude da proximidade do interrogatório do Paciente, designado para o dia 9-4-08 (fl. 3).

Alegam que:

> (...)
> Os impetrantes ponderam ser este um daqueles casos excepcionais que autorizam o trancamento por *habeas corpus* de ação penal pela absoluta falta de justa causa.
> O paciente está a suportar patente constrangimento ilegal, submetido a acusação que não faz sentido.
> Em 1996, após mais de três anos de rigorosa investigação sobre a morte de Josemir Gonçalves, foi arquivado o inquérito sem nenhum elemento que pudesse ensejar suspeita de envolvimento do paciente. Não há no relatório final do inquérito ou no pedido de arquivamento do MP sequer alusão a tal possibilidade. Em 2003, com o advento de um único depoimento, prestado onze anos após a morte da vítima, conflitante com o outro prestado pela mesma pessoa sete dias após o crime, retomaram-se as investigações e mais uma vez nada surgiu contra o paciente.
> A denúncia, além de não descrever minimamente a conduta delituosa, confere ao crime motivo objetivo – uma disputa eleitoral entre pacientes e vítima – que jamais existiu. Não há necessidade de análise aprofundada das provas para se chegar à conclusão de que a acusação é absurda, despida de lógica.
> Depoimento isolado, onze anos após o crime de testemunha que supostamente teria ouvido conversa entre os acusados, não é indício de autoria suficiente para legitimar um processo criminal. O devido processo legal não permite que pessoas sejam submetidas ao poder coercitivo do Estado sem um mínimo de indícios de autoria da prática de ato criminoso. A condição de réu em ação penal despida de justa causa, por si só, configura imenso constrangimento ilegal, principalmente se tratando de um dos crimes mais graves como o crime doloso contra a vida. O processo já é uma pena em si para este pai de família que vê a sua honra denegrida por acusação sem fundamento.
> Tendo em vista a absoluta falta de justa causa, requer-se a concessão da ordem de *habeas corpus* para que seja trancada a ação penal instaurada contra o paciente perante o 1º Tribunal do Júri de São Paulo.
> Caso seja reconhecida a inépcia da denúncia, com base no artigo 41 do Código de Processo Penal, e anulado o despacho que a acolheu, outra não poderá ser oferecida, uma vez que não há sequer indício que possa relacionar o paciente à prática do crime a ele imputado. O resultado prático vem a ser o mesmo. Se anulado o feito *ab initio*, outro não poderá ser iniciado.
> (Fls. 12/13.)

Ao final, requerem o deferimento de liminar "para que seja suspenso o curso do processo enquanto não for julgado o presente *habeas corpus*". No mérito, pedem a concessão da ordem, "para que seja reconhecida a falta de justa causa e determinado o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente" (fl. 14).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 103 a 107).

As informações foram prestadas às fls. 117 a 127.

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. **Edson Oliveira de Almeida**, manifestou-se pela denegação do *writ* (fls. 130 a 133).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Conforme relatado, o presente *habeas corpus* volta-se contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 41.958/SP, Rel. Min. **Nilson Naves**, e tem como objetivo o trancamento da ação penal sob a alegação de absoluta falta de justa causa.

Tem-se, nos autos, que, após insistente investigação, o relatório da Polícia Civil do Estado de São Paulo concluiu pela impossibilidade de se afirmar a autoria do crime (fls. 414 a 417 do apenso 2). O Ministério Público estadual requereu, então, o arquivamento do inquérito (fls. 422/423 do apenso 2), o que foi determinado pelo Juiz de Direito do 1º Tribunal do Júri da Comarca de São Paulo/SP, em 25-6-96 (fl. 424 do apenso 2).

Em 3-2-99, aquele Juízo de 1º grau determinou o desarquivamento do feito para que fosse apensado a ele o Inquérito 3.258/98, instaurado para apurar os mesmos fatos nele investigados (fls. 491 e 492 do apenso 2). Após, os autos foram novamente arquivados a pedido do Ministério Público (fl. 495).

Em razão do depoimento prestado por José Raimundo Sobral, perante a autoridade policial de Sobradinho/BA (fls. 502/503 do apenso 2), em 18-6-03, o Ministério Público do Estado de São Paulo requereu o desarquivamento do inquérito (fl. 497 do apenso 2).

Pelo parecer da lavra do ilustre Promotor de Justiça **Marcelo Camargo Milani**, o Ministério Público requereu a reabertura das investigações, tendo, neste momento, requerido várias diligências, fixando o prazo de sessenta dias para concluí-las (fls. 505/506 do apenso 2).

O Paciente foi, então, denunciado, juntamente com outra pessoa (falecido), pela prática do crime de homicídio duplamente qualificado (art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal – fls. 2/3 do apenso 1).

A denúncia (fls. 557/558 do apenso 3) foi recebida, em 24-3-04, tendo sido designada audiência de interrogatório dos acusados para o dia 27 de maio de 2004 (fl. 559 do apenso 3).

Após várias remarcações dessa audiência, o processo foi paralisado em razão da liminar deferida pelo Ministro **Nilson Naves**, do Superior Tribunal de Justiça (fl. 630 do apenso 3), no HC 41.958/SP (fl. 631 do apenso 3). Contudo, no julgamento do *habeas corpus*, em 28-8-07, pela Sexta Turma, o Ministro Relator concedia parcialmente a ordem, no que ficou vencido em virtude do voto-vista proferido pelo Ministro **Hamilton Carvalhido**, tendo a ordem sido denegada, por maioria.

Eis a ementa desse julgado:

Habeas corpus. Direito processual penal. Homicídio qualificado. Mandato criminoso. Inépcia da denúncia e ausência de justiça causa para a ação penal. Inocorrência. Ordem denegada.

1. Em se mostrando objetiva e subjetivamente típicos os fatos descritos na denúncia, que enseja o pleno exercício do direito de defesa, e bastantes ao juízo de viabilidade da ação penal os elementos de prova que a instruem, revigorados e complementados pela prova nova autorizativa do desarquivamento do inquérito policial, não há falar nem em inépcia formal da acusatória inicial, nem em falta de justa causa para a *actio poenalis.*

2. Ordem denegada.

(Fls. 126/127.)

Por essa razão, o interrogatório do Paciente foi remarcado para o dia 9-4-08 (fl. 709 do apenso 3).

Na hipótese dos autos, não há elementos aptos a sustentar a conclusão de que a ordem deva ser concedida, porquanto, pelo que se tem na decisão proferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, não se vislumbra nenhuma ilegalidade ou abuso de poder.

Daí por que mantenho os fundamentos lançados para indeferir o pedido de liminar, já agora confirmados pela análise mais aprofundada do caso.

Os Impetrantes sustentam a inépcia da peça acusatória ao fundamento de que não teria havido a narrativa minuciosa da conduta criminosa e porque não traz nenhum dado concreto sobre a participação do Paciente como mandante do crime e, daí, seria susceptível de se decretar a inépcia da inicial.

A peça acusatória apresenta-se nos seguintes termos:

(...)

Consta do incluso inquérito policial que no dia 23 de outubro de 1992, por volta das 7,00 horas na rua Hum, altura do numeral 61, no conjunto habitacional Oscar Cintra Gordinho, vila Prudente, nesta cidade e comarca, terceira pessoa não identificada, agindo a mando de *José Carlos de Sena*, identificado a fls. 542 e *Natalício Ferreira Alves*, identificado a fls. 539, estes com prévio ajuste e identidade de propósitos, agindo com *animus necandi* e mediante disparos de arma de fogo, *matou Josemir Gonçalves*, vulgo *'Bruce Lee'*, consoante demonstra o laudo de exame necroscópico de fls. 43/45.

Como se apurou, os denunciados nutriam profundo ódio da vítima.

Apurou-se que o ódio decorria de atividades sindicais dos denunciados e da vítima.

Assim é que durante meados de 1992 a vítima concorreu numa chapa para a diretoria do Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Transporte Rodoviários de Cargas Secos e Molhados de São Paulo e Itapecerica da Serra.

Apurou-se que a vítima concorria contra os denunciados que já eram diretores e desejavam recondução. É certo ainda que a vítima passou a realizar uma série de acusações de desvios de verbas por parte dos diretores; fatos que geraram investigações policiais, sendo que um depoimento seria prestado pela vítima no dia em que foi morta.

> Apurou-se outrossim que as atitudes da vítima acabaram por gerar a revolta dos denunciados que resolveram então determinar a morte da mesma.
>
> Apurou-se finalmente que no dia dos fatos, terceira pessoa não identificada agindo a mando dos denunciados esperou que a vítima entrasse em seu veículo e de surpresa disparou diversas vezes, matando-a.
>
> (Fls. 2/3 do apenso.)

Entendo que a melhor orientação doutrinária é a que exige que esteja na denúncia condição efetiva que autorize o denunciado a proferir adequadamente sua defesa. E é o que me parece ocorrer neste caso. Não se tratou, como alega a impetração, de indicação genérica. A peça de denúncia demonstrou neste *habeas corpus* claramente o crime na sua totalidade e especificou a conduta ilícita supostamente praticada pelo Paciente, que teria mandado matar a vítima devido a disputas para a diretoria do Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Transporte Rodoviários de Cargas Secos e Molhados de São Paulo e Itapecerica da Serra.

Pelos mesmos motivos, não procede, também, a alegada ausência de elementos concretos sobre a participação do Paciente no evento delituoso. A denúncia narra o contexto em que se deu o crime, indicando que "a vítima concorria contra os denunciados [para a diretoria do Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Transporte Rodoviários de Cargas Secos e Molhados de São Paulo e Itapecerica da Serra], que já eram diretores e desejavam recondução. É certo ainda que a vítima passou a realizar uma série de acusações de desvios de verbas por parte dos diretores; fatos que geraram investigações policiais, sendo que um depoimento seria prestado pela vítima no dia em que foi morta". Na sequência, concluiu a peça acusatória que, "no dia dos fatos, terceira pessoa não identificada agindo a mando dos denunciados esperou que a vítima entrasse em seu veículo e de surpresa disparou diversas vezes, matando-a" (fls. 2/3 do apenso). Não há, portanto, se falar em denúncia inepta.

De todos os modos, é firme a jurisprudência consagrada por esta Corte Suprema no sentido de que a concessão de *habeas corpus* com a finalidade de trancamento de ação penal em curso só é possível em situações excepcionais, quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria.

Nesse sentido:

> ***Habeas corpus*. Penal e processual penal. Crime do art. 20 da Lei 7.716/89. Alegação de que a conduta configuraria o crime previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal. A ilegitimidade *ad causam* do Ministério Público Federal não pode ser afirmada na fase em que se encontra a ação penal. Justa causa. Existência. Precedentes.**
>
> 1. A afirmação da legitimidade *ad causam* do *Parquet*, no caso, se confunde com a própria necessidade de se instruir a ação penal, pois é no momento da sentença que poderá o Juiz confirmar o tipo penal apontado na inicial acusatória. Qualquer capitulação jurídica feita sobre um fato na denúncia é sempre provisória até a sentença, tornando-se definitiva apenas no instante decisório final.

2. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal, em *habeas corpus*, antecipar-se ao Magistrado de 1º grau e, antes mesmo de iniciada a instrução criminal, firmar juízo de valor sobre as provas trazidas aos autos para tipificar a conduta criminosa narrada.

3. A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que o trancamento da ação penal, em sede de *habeas corpus,* por ausência de justa causa, constitui medida excepcional que, em princípio, não tem lugar quando os fatos narrados na denúncia configuram crime em tese.

4. É na ação penal que deverá se desenvolver o contraditório, na qual serão produzidos todos os elementos de convicção do julgador e garantido ao paciente todos os meios de defesa constitucionalmente previstos. Não é o *habeas corpus* o instrumento adequado para o exame de questões controvertidas, inerentes ao processo de conhecimento.

5. *Habeas corpus* denegado.

(HC 90.187/RJ, Primeira Turma, de minha relatoria, *DJ* de 25-4-08.)

Ação penal – Falta de justa causa – Trancamento.

O trancamento da ação penal por falta de justa causa situa-se no campo da excepcionalidade, sendo indispensável que, da narração dos fatos na denúncia, surja a atipicidade.

(HC 90.320/MG, Primeira Turma, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 25-5-07.)

Habeas corpus. Crime de apropriação indébita. Impossibilidade de modificação da capitulação no recebimento da denúncia. Concessão de sursis processual: impossibilidade. Não aplicação analógica do art. 168-A, § 2º, do Código Penal. Arrependimento posterior. Pedido de trancamento da ação penal. Habeas corpus denegado.

(...)

3. O trancamento da ação penal, em *habeas corpus*, apresenta-se como medida excepcional, que só deve ser aplicada quando evidente a ausência de justa causa, o que não ocorre quando a denúncia descreve conduta que configura crime em tese.

(...)

(HC 87.324/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 18-5-07.)

Penal. Processual penal. Habeas corpus. Inépcia da denúncia. Inexistência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Trancamento da ação penal. Possibilidade de substituição do enquadramento legal descrito na inicial. Súmula 524 do STF. Questões não apreciadas pelo tribunal a quo. Supressão de instância.

I – Denúncia que bem individualiza as condutas, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do CPP. Ademais, não se declara inepta a denúncia se o seu teor permitir o exercício do direito de defesa.

II – O trancamento da ação penal, em *habeas corpus*, se apresenta como medida excepcional que só deve ser aplicada quando evidente a ausência de justa causa, o que não ocorre quando a denúncia descreve conduta que configura crime em tese.

(...)

(HC 85.496/SC, Primeira Turma, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 8-9-06.)

Ainda: HC 93.853/PA, *DJ* de 30-5-08; HC 93.291/RJ, *DJ* de 23-5-08; e HC 93.801/SP, *DJ* de 2-5-08, todos da minha relatoria; HC 86.583/SP, Segunda Turma, Rel. Min. **Eros Grau**, *DJ* de 27-4-07; HC 85.066/GO, Segunda Turma, Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 20-5-05; entre outros.

Parece-me, portanto, que a denúncia, além de preencher todos os requisitos formais estatuídos no art. 41 do Código de Processo Penal, não incide nas hipóteses do art. 395 do mesmo diploma que determinariam a sua rejeição.

Foi nesse sentido, também, a manifestação do Ministério Público Federal, pelo parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. **Edson Oliveira de Almeida**:

> (...)
> 8. Conforme se vê, a denúncia, munida de indícios suficientes de autoria – desavenças entre a vítima e o paciente – e de prova da materialidade delitiva, descreve/expõe fato que, em tese, configura o crime de homicídio, proporcionando ao paciente o pleno exercício do direito de defesa, em atendimento aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Assim, "não se afigura inepta a denúncia que indica minuciosamente as condutas criminosas que imputa ao paciente, sem apresentar nenhuma omissão capaz de obstar o exercício do direito de ampla defesa do denunciado. O trancamento da ação penal, em sede de *habeas corpus*, por ausência de justa causa, constitui medida excepcional que, em princípio, não tem lugar quando os fatos narrados na denúncia constituem crime em tese." (HC 89.307/SP, Rel. Min. Menezes Direito, *DJ* de 14.12.2007).
> 9. Ademais, de acordo com entendimento dessa Suprema Corte, "não se pode exigir da denúncia prova cabal e definitiva da prática do crime, uma vez que tal exigência não é compatível com o disposto no art. 41 do CPP e com a existência de uma fase probatória no processo penal." (HC 83.266/MT, Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 4.6.2004). Por outro lado, o exame da ausência da materialidade e da falta de indícios de autoria, por exigir apreciação de fatos e provas, é inviável no âmbito do *habeas corpus*. Destaca-se da jurisprudência do STF: "O exame da alegada inocência do Paciente não se coaduna com a via processual eleita, sendo essa análise reservada aos processos de conhecimento, nos quais a dilação probatória tem espaço garantido, na forma constitucionalmente assegurada." (HC 91.158/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ* de 31.10.2007).
> 10. Portanto, não há constrangimento ilegal a ser reparado na presente ordem, devendo prevalecer o entendimento delineado pelo Superior Tribunal de Justiça, eis que convincentes os argumentos esposados no acórdão impugnado, ao reconhecer que a peça inicial não é inepta, já que contém todos os elementos necessários à defesa do paciente. Conforme consignado na ementa: "Em se mostrando objetiva e subjetivamente típicos os fatos descritos na denúncia, que enseja o pleno exercício do direito de defesa, e bastantes ao juízo de viabilidade da ação penal os elementos de prova que a instruem, revigorados e complementados pela prova nova autorizativa do desarquivamento do inquérito policial, não há falar nem em inépcia formal da acusatória inicial, nem em falta de justa causa para a *actio poenalis*."
> (Fls. 132/133.)

Frise-se, por fim, que é na ação penal que deverá se desenvolver o contraditório, sendo, então, produzidos todos os elementos de convicção do julgador e garantido ao Paciente todos os meios de defesa constitucionalmente previstos.

Não é o *habeas corpus* o instrumento adequado para o exame de questões controvertidas, inerentes ao processo de conhecimento.

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus.*

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Senhor Presidente, como disse o eminente advogado, esse caso até me lembra aquele seriado de televisão *Cold Case*. Porque, na realidade, houve uma investigação criminal em 1996, e, por ausência de prova quanto à autoria do crime, houve o pedido do Ministério Público: arquivamento do inquérito. Então o inquérito foi arquivado.

Quando foi em 1999, para ser exato, foi isso em 3 de fevereiro de 1999, apareceu uma testemunha que prestou depoimento, dando indicações suficientes sobre a materialidade do crime. E, então, o Ministério Público, nesta data, requereu o desarquivamento do feito e determinou que fosse apensado a um outro inquérito, o de número 3.258, datado de 1998. E o inquérito, então, foi instaurado, também para a apuração dos mesmos fatos, tendo sido novamente arquivado pelo Ministério Público.

Apareceu o Sr. José Raimundo Sobral. O Sr. José Raimundo Sobral então prestou um depoimento perante a autoridade policial de Sobradinho, na Bahia, em 18 de junho de 2003, e, nessa data, o Ministério Público então requereu o novo desarquivamento do processo e deu então a tramitação regular nesse processo.

Há um parecer da lavra de um Promotor de Justiça, Dr. Marcelo Camargo Milani, no qual ele requereu a reabertura das investigações, e também, nesse momento, várias diligências com a atribuição do prazo de sessenta dias para a conclusão.

O Paciente foi, então, depois de executadas essas diligências, denunciado com outra pessoa, já falecida nesta data, pelo crime de homicídio duplamente qualificado (art. 121, § 2º, incisos de I a IV, do Código Penal).

A denúncia foi recebida em 24 de março de 2004, tendo sido designada a audiência para o interrogatório dos Réus no dia 27 de maio de 2004. Houve, então, após várias remarcações de data dessas audiências, a paralisação do feito em virtude de uma medida liminar que foi deferida pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo Relator o eminente Ministro **Nilson Naves**, no HC 41.958.

Contudo, no julgamento desse *habeas corpus*, a Sexta Turma, vencido o Ministro **Nilson Naves**, denegou a ordem de segurança, prevalecendo, então, o voto do eminente Ministro **Hamilton Carvalhido**.

O acórdão do Ministro **Carvalhido** tem a seguinte redação da ementa:

> (...)
> 1. Em se mostrando objetiva e subjetivamente típicos os fatos descritos na denúncia, que enseja o pleno exercício do direito de defesa; e bastantes ao juízo

de viabilidade da ação penal os elementos de prova que a instruem, revigorados e complementados pela prova nova autorizativa do desarquivamento do inquérito policial, não há falar nem em inépcia formal da acusatória inicial, nem em falta de justa causa para a *actio poenalis* – ação penal.

Essa foi a decisão da Sexta Turma do STJ.

Por essa razão, o interrogatório do Paciente foi remarcado para nova data. Desta feita, no dia 9 de abril do ano passado, 2008.

Pedindo vênia ao eminente advogado, estou denegando a ordem de segurança. Entendo que não há elementos aptos a sustentar a conclusão de que a ação penal deva ser trancada. O fato é que há prova nova, foram realizadas várias diligências, essas diligências chegaram a uma solução de recebimento da denúncia pelo juiz, com o parecer da lavra do promotor de justiça, e eu não estou conseguindo visualizar razão excepcional, sabido que o trancamento da ação penal pelo *habeas corpus* é uma medida excepcional para ter a ordem nesse *habeas corpus.*

A peça acusatória tem os seguintes termos que eu acho que é necessário ler diante das circunstâncias, de fato, específicas, lembrando que, por duas vezes, houve o arquivamento do procedimento investigatório.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: V. Exa. me prestaria um esclarecimento?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Se eu puder.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A fala que foi percebida e que resultou no depoimento em juízo seria do próprio Paciente? Foi ele quem veiculou que a vítima sabia demais, estava exigindo muito dinheiro e deveria sumir?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): O depoimento que serviu de base para a reabertura do processo foi dessa figura, José Raimundo Sobral.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Que teria ouvido a conversa. Mas, quanto à possibilidade de eliminação, ela teria sido cogitada pelo próprio Paciente ou pelo interlocutor do Paciente?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Eu não tenho pelo menos esse dado. Se o advogado tiver! Deixe-me só concluir. Vou ouvir com muito prazer V. Exa.

Aqui, o que houve foi o seguinte: essa figura, José Raimundo Sobral, o depoimento dela é que ensejou a reabertura depois de dois arquivamentos e, com esse depoimento, houve o deferimento de diversas outras diligências.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim, mas, nesse depoimento, veiculou-se que teria havido uma conversa na qual se falara que a vítima deveria ser eliminada. Indago se a afirmação partiu do Paciente ou do interlocutor.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ah, bom! Isso eu não tenho, isso eu não examinei nos autos, mas, se o eminente Advogado puder esclarecer a V. Exa., seria ótimo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É muito importante para mim a informação, porque, se partiu do Paciente, não tenho a menor dúvida de que surgiu fato novo a respaldar o desarquivamento.

O Sr. Francisco Carvalho (Advogado): Se V. Exa. me permitir, o desarquivamento foi reproduzido na íntegra pelo Ministro Nilson Naves, à fl. 17 – o Senhor pode eliminar, a última linha começa:

> (...)
> Que o depoente deixou a sua bolsa na sala do presidente da época, qual seja *José Carlos de Senna* [já falecido], quando voltou para buscá-la ouviu através da porta (...).

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Só um parêntese, Dr. Advogado, só para esclarecer. Ministro **Marco Aurélio**, esse José é o Corréu.

O Sr. Francisco Carvalho (Advogado): É. Em seguida, esclarece. É o Corréu já falecido.

> (...) uma conversa entre *José Carlos de Senna* e *Natalício Ferreira Alves* [o paciente] à época secretário geral, que tinha o seguinte teor: *José Carlos de Sena para Natalício Ferreira Alves*: "*que Bruce Lee sabia demais e estava querendo muito dinheiro e que por isso tinha que ser eliminado*".

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Vou ler, Ministro **Marco Aurélio**.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): É a conversa referida ao Paciente.

O Sr. Francisco Carvalho (Advogado): A conversa se referia ao Paciente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas não teria sido ele o autor da frase?

O Sr. Francisco Carvalho (Advogado): Não.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): O que me parece importante, e por isso fiz questão de ler, é a denúncia como foi formulada, porque ela também faz referência aos diálogos existentes e à natureza da prova que motivou a reabertura do inquérito. Porque o que me chamou atenção, neste caso, foi que nós tivemos...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Os novos elementos surgiram a partir desse depoimento. O que resta a perquirir é se, no caso, esse depoimento seria suficiente ao desarquivamento do inquérito em relação ao Paciente.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Mas acontece que não foi só esse depoimento. A partir desse depoimento, outras diligências foram feitas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Eu sei, Ministro, mas veja que, se entendermos que há vício no desarquivamento, evidentemente ficarão contaminados esses novos elementos, porque se voltará ao *statu quo ante*. E sabemos que, quando se trata de cadeia de atos, o vício do anterior contamina o subsequente.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Só que eu estou entendendo que não existe vício. Por isso eu queria pedir licença a V. Exa. para ler a peça acusatória, que diz o seguinte:

(...)

Consta do incluso inquérito policial que no dia 23 de outubro de 1992, por volta das 7,00 horas na rua Hum, altura do numeral 61, no conjunto habitacional Oscar Cintra Gordinho, vila Prudente, nesta cidade e comarca, terceira pessoa não identificada, agindo a mando de *José Carlos de Sena*, identificado a fls. 542 e *Natalício Ferreira Alves*, identificado a fls. 539, estes com prévio ajuste e identidade de propósitos, agindo com "*animus necandi*" e mediante disparos de arma de fogo, **matou Josemir Gonçalves**, vulgo "**Bruce Lee**", consoante demonstra o laudo de exame necroscópico de fls. 43/45.

Como se apurou, os denunciados nutriam profundo ódio da vítima.

Apurou-se que o ódio decorria de atividades sindicais dos denunciados e da vítima.

Assim é que durante meados de 1992 a vítima concorreu numa chapa para a diretoria do Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Transporte Rodoviários de Cargas Secos e Molhados de São Paulo e Itapecerica da Serra.

Apurou-se que a vítima concorria contra os denunciados que já eram diretores e desejavam recondução. É certo ainda que a vítima passou a realizar uma série de acusações de desvios de verbas por parte dos diretores; fatos que geraram investigações policiais, sendo que um depoimento seria prestado pela vítima no dia em que foi morta (...).

Ou seja, ele insiste nesse aspecto.

(...)

Apurou-se outrossim que as atitudes da vítima acabaram por gerar a revolta dos denunciados que resolveram então determinar a morte da mesma.

Apurou-se finalmente que no dia dos fatos, terceira pessoa não identificada agindo a mando dos denunciados esperou que a vítima entrasse em seu veículo e de surpresa disparou diversas vezes, matando-a.

Esse é o texto da peça acusatória.

Estou dizendo o seguinte:

Entendo que a melhor orientação doutrinária é a que exige que esteja na denúncia condição efetiva que autorize o denunciado a proferir adequadamente sua defesa. E é o que me parece ocorrer neste caso. Não se tratou, como alega a impetração, de indicação genérica. A peça de denúncia demonstrou neste *habeas corpus* claramente o crime na sua totalidade e especificou a conduta ilícita supostamente praticada pelo paciente, que teria mandado matar a vítima em razão de disputas para a diretoria do Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Transporte Rodoviários de Cargas Secos e Molhados de São Paulo e Itapecerica da Serra.

Pelos mesmos motivos, não procede, também, a alegada ausência de elementos concretos sobre a participação do paciente no evento delituoso. A denúncia narra o contexto em que se deu o crime, indicando que 'a vítima concorria contra os denunciados [para a diretoria do Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Transporte Rodoviários de Cargas Secos e Molhados de São Paulo e Itapecerica da Serra], que já eram diretores e desejavam recondução. É certo ainda que a vítima passou a realizar uma série de acusações de desvios de verbas por parte dos diretores; fatos que geraram investigações policiais, sendo que um depoimento seria prestado pela vítima no dia em que foi morta'. Na sequência, concluiu a peça acusatória que, 'no dia dos fatos, terceira pessoa não identificada agindo a mando

dos denunciados esperou que a vítima entrasse em seu veículo e de surpresa disparou diversas vezes, matando-a' (fls. 2/3 do apenso). Não há, portanto, se falar em denúncia inepta.

De todos os modos, é firme a jurisprudência consagrada por esta Corte Suprema no sentido de que a concessão de *habeas corpus* com a finalidade de trancamento de ação penal em curso só é possível em situações excepcionais (...).

Essas são as razões pelas quais estou mantendo o meu voto e denegando a ordem de segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, pela leitura que o eminente Relator fez da denúncia e que se encontra parcialmente transcrita no parecer da Procuradoria-Geral da República, vejo que essa peça exordial atende integralmente os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

O trancamento da denúncia, como já foi dito aqui, é ato ou medida excepcional, a menos quando os fatos narrados na denúncia não constituem crime, nem em tese, ou se há algum outro fato que enseja...

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Eminente Relator, o objeto é só o trancamento da ação penal por falta de justa causa

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sim. Ou se houver prescrição ou outro fato qualquer que seja a extinção da punibilidade. Não encontro nada disso nos autos.

Data venia, acompanho o Relator e indefiro a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, situo a matéria no que penso ser a causa de pedir de maior robustez deste *habeas* o desarquivamento do inquérito arquivado duas vezes.

E o que surgiu de novo – não me impressiono com as tintas fortes da denúncia, pois quase todas elas vêm à balha com tintas fortes? O que houve, como fato novo, capaz de ensejar a reabertura, então, das investigações e, posteriormente, a oferta da denúncia? Um diálogo. Por esse motivo indaguei quem afirmara que a vítima teria que ser "apagada" por estar a exigir muito dinheiro, a causar muitas dificuldades. Foi o Paciente? De acordo com o que lido da tribuna, a resposta é negativa. Quem realmente veiculou que a solução seria sumir com a vítima não foi o Paciente. O Paciente ouviu. E, é claro, não lidamos com pessoas que possam assacar o que o falecido autor, que seria coautor, assacou, mas devemos perguntar: alguém, ainda que detenha qualificação maior, que ouve outrem dizer que, no caso, a única solução é a prática de um crime, é corréu? A meu ver, não, Presidente. A meu ver, está no âmbito da exceção – e a interpretação tem que ser estrita, tem que ser rigorosa – o desarquivamento de inquérito. E, consoante o Código de Processo Penal, para que isso ocorra, para que se retome a trilha das investigações, faz-se indispensável o surgimento de fato novo.

Não teria a menor dúvida em acompanhar o Relator, caso o que veiculado quanto à morte da vítima tivesse partido do Paciente, mas partiu de outrem que, a esta altura, já não está mais entre nós.

Peço vênia ao Relator para entender que não surgiu, quanto ao Paciente – repito, porque não é bastante que se ouça alguma coisa –, fato novo capaz de respaldar o desarquivamento de inquérito – reafirmo – arquivado duas vezes. E como esse defeito originário contamina todos os demais elementos que foram obtidos posteriormente – o vício de um ato originário tem esse efeito –, concedo a ordem para trancar a ação penal movida contra o Paciente – não sei se o autor material já foi apenado, já foi julgado ou, ao menos, já foi descoberto.

O Sr. Francisco Carvalho (Advogado): Não foi identificado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ele, o Paciente, seria o autor intelectual?

O Sr. Francisco Carvalho (Advogado): Ele seria o mandante.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Pedirei vênia ao Ministro Marco Aurélio para acompanhar o eminente Relator.

Estou identificando como fato novo essa conversa travada entre corréus.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas não foi um diálogo.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): É. Um dos protagonistas já faleceu.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ele ouviu.

O Sr. Francisco Carvalho (Advogado): O que falou morreu; o que ouviu virou Réu.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Sim, mas foi uma conversa referida, dirigida ao Paciente e captada pela testemunha. Além do que, o Ministério Público deu prova de cautela ou de prudência quando ele mesmo pediu o arquivamento por duas oportunidades. E, se numa terceira oportunidade pediu o desarquivamento, há de se pressupor que o fez com o mesmo cuidado, com a mesma cautela com que antes pedira o arquivamento.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, V. Exa. me permite? Um fato que me impressionou sobremaneira foi que essa conversa, que seria um fato novo, foi seguida de diligências que aperfeiçoaram, aprofundaram essa notícia.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): O eminente Relator acrescentou.

EXTRATO DA ATA

HC 94.272/SP — Relator: Ministro Menezes Direito. Paciente: Natalício Ferreira Alves. Impetrantes: Theodomiro Dias Neto e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*; vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. Falou o Dr. Francisco Carvalho Filho, pelo Paciente.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

Brasília, 17 de fevereiro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

———

HABEAS CORPUS 94.391 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Paciente: Helder Marques da Cruz — Impetrante: Claudia Dantas — Coator: Superior Tribunal Militar

***Habeas corpus*. Processual penal. Demora no julgamento de revisão criminal pelo Superior Tribunal Militar. Processo julgado. Prejudicialidade. Nulidades da ação penal. Atos provenientes das instâncias ordinárias. Impossibilidade de apreciação por esta Suprema Corte. Precedentes.**

1. Sobrevindo o julgamento do mérito da revisão criminal, pelo órgão colegiado do Superior Tribunal Militar, não pode subsistir o fundamento de constrangimento ilegal decorrente da demora para esse julgamento, o que enseja a prejudicialidade do *habeas corpus*, nessa parte.

2. A Impetrante ataca eventuais nulidades ocorridas na tramitação da ação penal, questões que só foram apreciadas definitivamente pelo Superior Tribunal Militar no julgamento da revisão criminal. Essa decisão não foi questionada nesta impetração por ser posterior. Não pode o *habeas corpus* ser conhecido, também nessa parte, pois até então os atos atacados eram provenientes das instâncias ordinárias.

3. O Supremo Tribunal Federal só é competente para processar e julgar *habeas corpus* impetrado contra atos de Tribunais Superiores, não tendo o Paciente, no caso presente, foro privilegiado nesta Corte para efeito de ações penais por crimes comuns ou de responsabilidade (art. 102, inciso I, alíneas *d* e *i*, da Constituição Federal).

4. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em não conhecer do pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 3 de fevereiro de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela advogada Claudia Dantas em favor de Helder Marques da Cruz, buscando a liberdade do Paciente.

Aponta como autoridade coatora o Ministro Presidente do Superior Tribunal Militar, porque a Revisão Criminal ajuizada pelo Paciente naquela Corte, em setembro de 2007, ainda não foi julgada.

Narra a Impetrante, na inicial, que:

> O ora Paciente é ex-policial militar e encontra-se cumprindo pena no *Complexo Penitenciário de Bangu – Penitenciária Plácido de Sá Carvalho – em Bangu – RJ*, tendo em vista o Processo *014/05-9/2004*, 3ª Auditoria Militar da 1ª CJM-JMF, e Apelação *2006.01.050267-0*, que resultou na condenação de 05 anos pelo artigo 254 do Código Penal Militar.
>
> Urge ressaltar que a condenação na esfera militar foi toda fundamentada nos autos da investigação da polícia judiciária estadual e no *Processo 2004.204008846-1 da 2ª Vara Criminal de Bangu*, que o condenou a pena de 5 anos e três meses de reclusão, 16 par. Único, III da Lei 10.826/2003.
>
> Em 18/01/2007 foi interposta a Apelação nº *2007.050.00311– na 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que deu provimento aos apelos Defensivos absolvendo-o por unanimidade* em 17/07/2007.
>
> (...)
>
> *A denúncia do crime da esfera estadual foi datada de 11/08/2004, e a da Justiça Militar em 02/12/2004*, que após a oitiva de várias testemunhas arroladas nos Inquéritos Policiais das delegacias responsáveis pela Investigação, foi decretada a sentença condenatória com a pena de cinco anos de reclusão.
>
> Destarte ressaltar que apesar da denúncia Estadual ser anterior a da Justiça Militar, devido ao acúmulo de processos da justiça comum o decreto condenatório foi posterior a condenação Militar, razão pela qual quando a 3ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro absolveu os denunciados, a Justiça Militar já havia condenado, mantendo a decisão em sede de recurso.

(Fls. 3 a 6 – Grifos no original.)

Sustenta haver diversas nulidades processuais nas ações penais em curso contra o Paciente, assim resumidas:

a) Inépcia da denúncia, porque "a peça exordial que originou as duas ações penais distintas, **em nenhum momento narra a conduta objetiva, de forma individualizada e pormenorizada imputada a cada réu, não existe a descrição da medida da participação de cada denunciado, o que é pacífico prejudicou o exercício constitucional do contraditório**" (fl. 6 – Grifo no original);

b) Conflito de competência, pois "o farto material bélico encontrado no local narrado nos dois processos (comum e militar) era parte pertencente ao arsenal da Aeronáutica, (...), porém, existiam também armamentos e munições de uso restrito, mas que não tiveram detectadas sua procedência, razão pela qual instaurou-se processo nos dois âmbitos da justiça" (fl. 6);

c) Ocorrência de *bis in idem*, porque "**as duas peças** [as denúncias] **narram de maneira idêntica à conduta dos denunciados, fazendo apenas a imputação criminal em artigos diferenciados**, ou seja, a esfera estadual imputa conduta descrita no artigo 16 da Lei especial 10.826 de 2003, que abrange de forma bem mais detalhada o crime de receptação ou de possuir, portar, fazer a guarda dos artefatos, mister a imputação criminosa, **é latente a conexão entre os sujeitos e os fatos**" (fl. 7 – Grifos no original);

d) Conflitos de decisões e incerteza processual, pois a Justiça comum condenou os três réus pelos crimes do art. 288, parágrafo único, do Código Penal (formação de quadrilha), do art. 2º da Lei 10.300/01 (é crime o emprego, o desenvolvimento, a fabricação, a comercialização, a importação, a exportação, a aquisição, a estocagem, a retenção ou a transferência, direta ou indiretamente, de minas terrestres antipessoal no território nacional) e do art. 16, parágrafo único, inciso III, da Lei 10.826/03 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), e a Justiça Militar condenou apenas dois dos três denunciados pelo crime do art. 254 do Código Penal Militar (receptação).

No mais, sustenta a necessidade de o Paciente ser colocado em liberdade para ser submetido, com urgência, a uma cirurgia reparadora do trato intestinal, pois o seu quadro de saúde precário poderá ser agravado com a demora no julgamento da Revisão Criminal em trâmite no Superior Tribunal Militar.

Em pedido não muito objetivo, requer que "seja apreciada a matéria meritória **de forma definitiva, devolvendo-se a liberdade plena do Paciente, tendo em vista o conflito das decisões**" (fl. 17 – Grifo no original). Alternativamente, pede "que seja julgado procedente o presente remédio constitucional, a fim de que o [Paciente] aguarde em liberdade o julgamento revisional" (fls. 17/18).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 97 a 100).

A autoridade apontada como coatora prestou as informações às fls. 105/106 118 e encaminhou os documentos de fls. 107 a 132.

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. **Mario José Gisi**, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 135 a 145).

Em 21-7-08, a Impetrante faz esclarecimentos e junta documentos, reiterando os termos da impetração (fls. 148 a 218).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Conforme relatado, além de suscitar possíveis nulidades das ações penais em curso nas Justiças estadual e Militar, a Impetrante alega estar o Paciente sofrendo constrangimento ilegal decorrente da demora para julgamento da Revisão Criminal em trâmite no Superior Tribunal Militar, tendo apontado como autoridade coatora o Ministro Presidente daquela Corte.

Quanto ao alegado excesso de prazo para julgamento do pedido revisional criminal, verifico que a impetração está prejudicada. Em consulta ao sítio do Superior Tribunal Militar na *internet* (www.stm.jus.br), constata-se que, em 29-10-08, o Plenário daquele Superior Tribunal julgou o mérito da Revisão Criminal 2007.01.001324-1/RJ, tendo, por unanimidade, conhecido e indeferido o pedido revisional. Com efeito, sobrevindo o julgamento do mérito da referida

ação pelo órgão colegiado no Superior Tribunal Militar, não pode subsistir o fundamento de constrangimento ilegal decorrente da demora.

Julgo prejudicado o *habeas*, nessa parte.

No que concerne às nulidades apontadas, tenho que não se sustentam os fundamentos da Impetrante.

Deve ser ressaltado que, no presente *writ*, a Impetrante ataca eventuais nulidades ocorridas na tramitação da ação penal, questões que só foram apreciadas definitivamente pelo Superior Tribunal Militar no julgamento da revisão criminal. Essa decisão não foi questionada nesta impetração por ser posterior. Assim, não pode o *habeas corpus* ser conhecido, também, nessa parte, pois até então os atos atacados eram provenientes das instâncias ordinárias.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal só é competente para processar e julgar *habeas corpus* impetrado contra atos de tribunais superiores, não tendo o Paciente, no caso presente, foro privilegiado nesta Corte para efeito de ações penais por crimes comuns ou de responsabilidade (art. 102, inciso I, alíneas *d* e *i*, da Constituição Federal).

Nesse sentido:

> *Agravo regimental no habeas corpus. Constitucional. Impetração contra ato de Tribunal de Justiça estadual. Incompetência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar habeas corpus. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento.* 1. A competência do Supremo Tribunal para julgar *habeas corpus* é determinada constitucionalmente em razão do Paciente ou da autoridade coatora (art. 102, inciso I, alínea *i*, da Constituição da República). Nesse rol constitucionalmente afirmado, não se inclui a atribuição deste Supremo Tribunal para processar e julgar, originariamente, ação de *habeas corpus* na qual figure como autoridade coatora Tribunal de Justiça estadual. Precedentes. 2. Agravo regimental ao qual se nega provimento.
> (HC 93.121-AgR/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 2-5-08.)

Anoto, por fim, que não se demonstra, efetivamente, eventual constrangimento ilegal na privação da liberdade do ora Paciente. A verificação das irregularidades apontadas na inicial demanda exame aprofundado do contexto em que ocorreram os fatos tidos como criminosos.

A jurisprudência desta Suprema Corte firmou-se no sentido de que "a via estreita do *habeas corpus* não comporta dilação probatória, exame aprofundado de matéria fática ou nova valoração dos elementos de prova" (HC 93.291/RJ, Primeira Turma, de minha relatoria, *DJ* de 23-5-08).

Nesse sentido: HC 94.048/SP, Segunda Turma, Rel. Min. **Eros Grau**, *DJ* de 15-8-08; HC 93.589/BA, Primeira Turma, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 1º-8-08; e HC 90.947/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 27-6-08, entre outros.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC 94.391/RJ — Relator: Ministro Menezes Direito. Paciente: Helder Marques da Cruz. Impetrante: Claudia Dantas. Coator: Superior Tribunal Militar.

Decisão: A Turma não conheceu do pedido de *habeas corpus*. Unânime.

Presidência do Ministro Carlos Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 3 de fevereiro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 94.439 — RS

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Paciente: Gelson Bonet Machado — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Penal. Crime de furto (art. 155, *caput*, do CP). Princípio da insignificância. Hipótese de não aplicação. Precedentes.**

1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal assentou algumas circunstâncias que devem orientar a aferição do relevo material da tipicidade penal, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. No presente caso, a pretensão deduzida no sentido de que seria possível a aplicação do princípio da insignificância ou do princípio da "irrelevância penal do fato" à espécie não encontra respaldo suficiente para suspender os efeitos do acórdão ora questionado e obstar o andamento da ação penal.

3. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 3 de março de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Gelson Bonet Machado, buscando o restabelecimento do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que reconheceu a legitimidade da aplicação do princípio da insignificância pela Juíza de 1º grau.

Aponta como órgão coator a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento ao Recurso Especial 746.854/RS, interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Assevera a Impetrante, na inicial, que:

A insignificância bem aplicada pelo julgado singular e confirmada pelo Tribunal de Justiça Estadual, surge em princípio, isto é, como disposição fundamental do sistema, assentada principalmente nos conceitos da legalidade, equidade e razoabilidade.

Os fatos são claros – R$ 60,00 (sessenta reais) em dinheiro e um talonário de cheques (todas as folhas em branco) –, e o suposto delito de que é acusado o Assistido Gelson funda-se na ideia de "insignificância", tendo em vista que a tipicidade não atingiu o bem jurídico de maneira ofensiva ou concretamente perigosa para que se justifique a utilização de toda a estrutura do direito penal e aplicação de pena. A lei penal não deve ser invocada para esses casos menores, de pouca gravidade, daí a utilização do *Princípio da Insignificância* para tais situações.
(Fls. 4/5.)

Sustenta, ainda, que:

(...)

Esta Defensoria Pública da União de Categoria Especial – Tribunais Superiores conhece a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na qual se fundou a digna e ínclita Ministra Laurita Vaz, que muito bem distinguiu entre "pequeno valor" de "valor insignificante". De outra vertente, esta Corte Suprema tem dado sinais de ver a chamada "insignificância" em outros aspectos.

Aqui, desta feita – R$ 60 (sessenta reais) em dinheiro e um talonário de cheques (todas as folhas em branco) –, pede-se, como ponto alternativo de análise, se não pela aplicação do princípio da insignificância aos moldes interpretativos atuais, que se analise o acontecimento sob o prisma da *irrelevância penal*.

O caso do gaúcho Gelson apresenta características de aplicação da "irrelevância penal", que nada mais é do que uma infração bagatelar imprópria que já nasce com relevância para o direito, ou seja, há o desvalor da conduta e do resultado, mas é observado que a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária. Nesses casos o que ocorre é não exigibilidade de aplicação da pena, seguindo o caminho não da atipicidade, mas da inexigibilidade de aplicação da pena, que não deve ser aplicada por se tratar de fato penalmente irrelevante.

Tenha-se que o princípio da insignificância é causa de exclusão da tipicidade do fato; o princípio da irrelevância penal do fato é causa de dispensa da pena.

Não se trata de simples retórica do debate. Se aproximarmos a intenção de se fazer justiça e ter o Direito Penal como *ultima ratio*, agiu bem a Magistrada no não acolhimento da denúncia (fundamento do art. 43, I, do Código Penal), pois se não há necessidade da aplicação da pena, não seria correto levar adiante uma ação penal.
(Fl. 6.)

Ao final, requer "a *concessão* de *medida liminar* (...) para o fim de *obstar* o *acórdão* proferido pelos Ministros da Quinta Câmara do Superior Tribunal de Justiça, suspendendo seus efeitos, sob pena de graves e irreversíveis consequências". No mérito, pede a concessão da ordem para que seja reformado "o acórdão proferido pelo *Superior Tribunal de Justiça, mantendo* o inteiro teor do *decisum* exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, por unanimidade, bem entendeu e confirmou a decisão proferida pela Magistrada singular de não recebimento da denúncia; e, caso ultrapassado os argumentos do

princípio da insignificância (base dos julgados da instância *ad piso* e do Tribunal *a quo*), que se aplique o princípio da 'irrelevância penal do fato" (fl. 11).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 79 a 82).

As informações foram prestadas à fl. 95 e encaminhados os documentos de fls. 96 a 123.

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. **Edson Oliveira de Almeida**, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 126 a 129).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Conforme relatado, o presente *habeas corpus* volta-se contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento ao Recurso Especial 746.854/RS, interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, e tem como objetivo o restabelecimento do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que reconheceu a legitimidade da aplicação do princípio da insignificância pela Juíza de 1º grau.

O Paciente foi denunciado pelo Ministério Público estadual pela prática do crime de furto (art. 155, *caput*, do Código Penal – fls. 17 a 19), tendo a denúncia sido rejeitada pela Juíza de Direito da Comarca de Ijuí/RS, com fundamento no art. 43, inciso I, do Código de Processo Penal. Entendeu sua Excelência pela atipicidade material da conduta imputada ao Paciente, "pela insignificância da lesão ao bem jurídico protegido" (fls. 20 a 24).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por sua vez, negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo *parquet* estadual e manteve a decisão de 1º grau (fls. 45 a 48).

O Ministério Público estadual interpôs, então, recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça (fls. 51 a 73), que foi provido pela Quinta Turma daquele Superior Tribunal, para cassar o acórdão recorrido e determinar o prosseguimento da ação penal na instância ordinária.

A ementa dessa decisão foi assim redigida:

> *Recurso especial. Penal. Crime de furto. Conduta configurada. Princípio da insignificância. Pequeno valor. Distinção. Delito de bagatela.*
>
> 1. No caso do furto, não se pode confundir bem de pequeno valor com o de valor insignificante. Este, necessariamente, exclui o crime em face da ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado, aplicando-se-lhe o princípio da insignificância; aquele, eventualmente, pode caracterizar o privilégio insculpido no § 2º do art. 155 do Código Penal, já prevendo a Lei Penal a possibilidade de pena mais branda, compatível com a pequena gravidade da conduta.
>
> 2. Recurso provido.
>
> (Fl. 120.)

A meu sentir, a pretensão deduzida no sentido de que seria possível a aplicação do princípio da insignificância ou do princípio da "*irrelevância penal do fato*" à espécie não encontra respaldo suficiente para suspender os efeitos do acórdão ora questionado e obstar o andamento da ação penal.

No caso presente, os bens subtraídos correspondem a R$ 60,00 (sessenta reais) em dinheiro e um talonário de cheques, contendo 10 (dez) folhas em branco. Conforme ressaltado no voto da Ministra **Laurita Vaz**, "a subtração de bens, cujo valor não pode ser considerado ínfimo, não pode ser tido como um indiferente penal, na medida em que a falta de repressão de tais condutas representaria verdadeiro incentivo a pequenos delitos que, no conjunto, teriam desordem social" (fls. 13/14).

No mesmo sentido foi o parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. **Edson Oliveira de Almeida**, que, trazendo precedente desta Primeira Turma, manifestou-se pela não aplicação do princípio da insignificância ao caso concreto, nos termos seguintes:

> (...)
> 6. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal assentou alguns vetores que devem orientar a aferição do relevo material da tipicidade penal, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.
> 7. Dentre tais critérios, a inexpressividade da lesão jurídica provocada tem ensejado diversas controvérsias. Afinal, o que determina a inexpressividade de uma lesão jurídica? O salário mínimo seria parâmetro adequado para avaliar a expressividade da lesão jurídica? E a situação econômica da vítima?
> 8. Em voto proferido no HC 84.424/SP, o Ministro Carlos Britto ofereceu respostas a essas indagações, nos seguintes termos:
> "(...) Se interpretássemos o tipo penal do furto por meio do princípio da insignificância para excluir a incriminação em caso de objeto material de baixo valor, seja quanto ao patrimônio da vítima, seja em face de um parâmetro genérico e abstrato como o salário mínimo, poderíamos chegar a situações absurdas, como a exclusão do crime quando a vítima fosse um milionário e o bem furtado não lhe diminuísse sensivelmente o patrimônio. Por hipótese, poderíamos considerar uma vítima cujo patrimônio se assemelhasse ao de Bill Gates; ocorrendo o furto de um automóvel de propriedade dessa pessoa, não se pode dizer da ocorrência de prejuízo significativo. Entretanto, em face da sociedade, tal conduta não poderia ser tida como um indiferente penal.
> 13. Portanto, o critério para a utilização da insignificância não deve ser exclusivamente a relação entre o objeto material do delito e o patrimônio da vítima no caso concreto, pena de chegarmos a interpretações teratológicas.
> 14. Também no tocante ao salário mínimo vigente, não há como se reconhecer a insignificância da conduta. Apesar de R$ 60,00 (sessenta reais) representarem aproximadamente um quarto do salário mínimo, não se pode dizer que, ordinariamente, alguém que percebesse tal valor tenha condições de dispor da sua quarta parte para adquirir uma bicicleta.
> (...)

15. Neste diapasão, para a utilização criteriosa do princípio da insignificância há que se ter em conta a realidade sócioeconômica do País, devendo-se, portanto, fazer a tropicalização das doutrinas e teorias estrangeiras de acordo com o perfil da sociedade brasileira. Dessa forma, ainda que a quantia de R$ 60,00 (sessenta reais) seja um valor relativamente baixo, considerando-se os padrões socioeconômicos do Brasil, não é de ser tido como desprezível. Ademais, no emprego da insignificância, há que se distinguir entre infração de ínfimo e de pequeno valor. No que se refere à primeira espécie, indiscutível a possibilidade de sua aplicação, uma vez que não há como negar, em face do princípio da fragmentariedade, a desnecessidade de se chamar o Direito Penal a regular o fato *ultima ratio*. Já com respeito à infração de pequeno valor, aplica-se, eventualmente, a figura do furto privilegiado (art. 155, § 2º, do Código Penal)."

9. Como bem ressaltado pelo Ministro **Carlos Britto**, em vista da realidade socioeconômica brasileira, a quantia de R$ 60,00 (sessenta reais) não representa um valor ínfimo, não se podendo cogitar, portanto, da aplicação do princípio da insignificância. Lembra a Promotora de Justiça que o Paciente, além do valor em dinheiro, furtou também dez cheques em branco: além do dinheiro subtraído, o prejuízo da vítima foi maior, uma vez que dez folhas de cheques representam valor econômico, sem falar nos inconvenientes impostos à vítima para a sustação desses cheques: os cheques não assinados, ainda que destituídos de valor de troca, quer para o agente, quer para a vítima, têm valor de uso e, sendo coisas móveis, devem-se entender inscritos no alcance da tutela jurídico-penal (RE 100.103/PR, rel. Min. **Francisco Rezek**, *DJU* 25.05.1984).

10. Isto posto, opino pelo indeferimento da ordem.

(Fls. 128/129.)

Deve ser observado, apenas, que, no presente caso, não se tem a mesma situação como as que foram postas no RE 550.761/RS, de minha relatoria, e no RE 536.486/RS, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 19-9-08, nos quais o Tribunal de origem entendeu que a lesão provocada pela conduta do réu seria inexpressiva o bastante para permitir a aplicação do princípio da insignificância, mas não o fez apenas porque pesava contra ele outros processos pelo mesmo crime. Naqueles casos, esta Suprema Corte entendeu que "o princípio da insignificância, de cidadania jurídica reconhecida em nosso sistema (HC 92.364/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 19-10-07; RHC 89.624/RS, Primeira Turma, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 7-12-06; HC 92.463/RS, Segunda Turma, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 31-10-07; HC 88.393/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. **Cezar Peluso**, *DJ* de 8-6-07), está relacionado com a envergadura da lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Dessa maneira, a sua aplicação conduz à exclusão da própria tipicidade da conduta. Por isso não se pode considerar circunstâncias alheias às do delito em tese verificado para afastar a incidência do princípio no caso concreto".

No caso presente, discute-se a possibilidade de ser aplicado o princípio da insignificância, considerado o valor dos bens subtraídos pelo Paciente. Ou seja, a questão aqui trazida diz respeito à gravidade da lesão jurídica em si mesma causada pela conduta do Paciente, a qual, conforme antes mencionado, entendo ser

suficiente para tipificar o crime descrito no art. 155, *caput*, do Código Penal, nos termos da inicial acusatória, e dar prosseguimento à ação penal.

Ante o exposto, e considerando o parecer do Ministério Público Federal, denego a ordem de *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, eu também afasto o princípio da insignificância, ainda que se possa, em tese, entender que os bens têm um pequeno valor, uma pequena expressão econômica.

Eu ressalto que a conduta do Paciente se qualifica por um altíssimo grau de reprovabilidade, ou seja, ele ingressa numa sala de aula, um recinto onde as pessoas estão desprotegidas, voltadas para um outro fim, o fim do aprendizado, e subtrai de um aluno, de um colega, incauto, desprotegido, sessenta reais e um talão de cheque com dez folhas. Sem dúvida nenhuma, é uma conduta altamente reprovável, que não merece o benefício legal.

Acompanho o Relator, denegando a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, formei convencimento de que não ensejava reforma o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no que confirmada a sentença de lavra – que se diz reveladora de "mão pesada" – feminina.

Por que assim concluo? Porque tudo se deu de forma peculiar e se chegou à conclusão de que se estaria diante de uma infração insignificante para ensejar a persecução criminal. Deixou-se de receber a denúncia.

Caso concreto: subtração de uma bolsa, que estaria sobre carteira de estabelecimento de ensino, contendo sessenta reais e um talonário de cheques. O leigo diria que, quanto ao talonário de cheques, tudo ficaria a depender de a conta ser recheada ou não. Acontece que houve a recuperação do talão de cheques e o sumiço apenas da importância de sessenta reais, que, à época, representavam trinta por cento do salário mínimo.

A meu ver, Presidente, o recurso especial não tinha condições de ser conhecido e provido, ante a premissa fática assentada pelo Tribunal de Justiça, considerados os fatos narrados na denúncia, na qual apontado que apenas os sessenta reais não teriam sido apreendidos.

Peço vênia ao relator para conceder a ordem.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Em princípio, inclinar-me-ia pelo deferimento da ordem. Todavia, atento às peculiaridades do caso, até ao local – como lembrou o Ministro Ricardo Lewandowski – onde se deu a subtração da bolsa com sessenta reais e um talão de cheques, inclino-me a acompanhar o eminente Relator, pedindo vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Parece que seria também um aluno.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Não me parece que a situação é reveladora de extrema carência material do aluno que subtraiu a bolsa, e a proprietária da bolsa certamente experimentou um desfalque financeiro – não expressivo –, um tremendo susto com o desaparecimento do seu talão de cheque, que não chegou a ser usado – é verdade –, mas que poderia ter sido.

Claro que se falaria que estou a presumir um crime que não ocorreu. O fato é que não se subtrai um talão de cheques pelo seu valor intrínseco, pelo seu valor material, e sim pela possibilidade, pelo uso que se pode fazer dele.

Então, pedindo vênia ao Ministro Marco Aurélio e atento às peculiaridades do caso, acompanho o voto do eminente Relator.

EXTRATO DA ATA

HC 94.439/RS — Relator: Ministro Menezes Direito. Paciente: Gelson Bonet Machado. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*; vencido o Ministro Marco Aurélio. Falaram: O Dr. Antonio de Maia e Pádua, Defensor Público da União, pelo Paciente e a Dra. Cláudia Sampaio Marques, Subprocuradora-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Não participou, justificadamente, deste julgamento a Ministra Cármen Lúcia.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 3 de março de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 94.502 — RS

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Paciente: Júlio César Velho Nunes — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Penal. Crime de descaminho. Princípio da insignificância. Ordem concedida.**

1. Nos termos da jurisprudência da Corte Suprema, o princípio da insignificância é reconhecido, podendo tornar atípico o fato denunciado, não sendo adequado considerar circunstâncias alheias às do delito para afastá-lo.

2. No cenário dos autos, presente a assentada jurisprudência da Suprema Corte, o fato de já ter antecedente não serve para desqualificar o princípio de insignificância.

3. *Habeas corpus* concedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Sr. Ministro Carlos Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 10 de fevereiro de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Júlio César Velho Nunes, condenado pelo crime de descaminho, buscando a extinção da punibilidade do paciente pela aplicação do princípio da insignificância.

Aponta como órgão coator a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 66.316/RS, Relator o Ministro **Gilson Dipp**, impetrado àquele Superior Tribunal com o mesmo objetivo ora pretendido.

Assevera, inicialmente, a possibilidade de aplicação analógica do art. 34 da Lei 9.249/95, pois "o paciente foi processado por descaminho em tal crime não há violência nem grave ameaça no cometimento do delito, assim, em virtude de ter sido operada a apreensão do bem que serviu de base de cálculo para o imposto, e de ser este de maior valor que o tributo pretensamente devido é de ser reconhecida ao paciente a mesma benesse que a legislação penal outorga quando, em crimes tributários ocorra a devolução do imposto devido e não pago, pois são delitos ontologicamente idênticos, devendo ser por uma questão de respeito ao princípio da igualdade terem o mesmo destino jurídico" (fl. 3).

Sustenta, ainda, que esta Suprema tem precedentes no sentido de que, para a aplicação do princípio da insignificância, consideram-se somente os aspectos objetivos da infração praticada. Faz referência ao AI 559.904-QO/RS, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 26-8-05.

Ao final, requer "*liminarmente* a presente *ordem de habeas corpus* determinando a cassação do acórdão recorrido com a absolvição do Paciente em virtude *da aplicação do artigo 34 da Lei 9.249/95 para o caso em tela, decretando-se por conseguinte a extinção da punibilidade do réu com base no artigo 5, caput da CF/88 e artigo 34 da Lei 9.249/95 por analogia in bonam partem, ou em caráter sucessivo que seja reconhecido a aplicação do princípio da insignificância em virtude da inexpressividade do valor do tributo cuja base de cálculo foi apreendida pelo fisco"* (fl. 7 – grifos no original).

A liminar foi indeferida. Na oportunidade, solicitei informações ao Superior Tribunal de Justiça e ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fls. 11 a 15).

O TRF da 4º Região prestou informações às fls. 23 a 39 e o Superior Tribunal de Justiça às fls. 43 a 56.

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Mário José Gisi**, manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 59 a 67).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Tem-se nos autos que o paciente foi denunciado pelo Ministério Público Federal pela prática do crime de descaminho (art. 334, *caput*, do Código Penal – fls. 2 a 4 do apenso), por ter sido surpreendido na posse de mercadorias de procedência estrangeira desacompanhadas de documentação fiscal, as quais foram avaliadas em R$ 750,00, tendo iludido o pagamento de tributos no montante de R$ 511,25. A denúncia foi rejeitada pelo Juízo Federal da Subseção Judiciária de Passo Fundo/RS, que reconheceu a atipicidade da conduta descrita na exordial acusatória, decorrente da aplicação do princípio da insignificância.

O Tribunal Regional Federal da 4º Região, por sua vez, deu provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo *parquet* estadual, ao argumento de que o paciente ostenta antecedentes criminais por crimes da mesma natureza (fl. 24).

Sobreveio a sentença absolutória, tendo o Juiz de 1º grau reconhecido a atipicidade da conduta, em virtude do pequeno valor do imposto iludido.

Contra essa sentença, o Ministério Público interpôs apelação, tendo o recurso sido provido, por maioria, para condenar o paciente à pena de 1 ano de reclusão, em regime aberto, substituída por restritiva de direitos.

Foi impetrado, então, *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça, que foi denegado, por unanimidade, pela Quinta Turma daquele Superior Tribunal (HC 66.316/RS), cuja ementa deu-se nos seguintes termos:

Criminal. HC. Descaminho. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Reiteração criminosa. Artigo 20, *caput*, da Lei 10.522/2002. Patamar estabelecido para o não ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição. Art. 18, § 1º, da Lei 10.522/2002. Extinção do crédito. Ordem denegada.

I. O entendimento desta Corte vem se firmando no sentido de que o princípio da insignificância deve se aplicado com parcimônia, restringindo-se apenas as condutas sem tipicidade penal, desinteressantes ao ordenamento positivo.

II. Nos delitos de descaminho, embora o pequeno valor do débito tributário seja condição necessária para permitir a aplicação do princípio da insignificância, o mesmo pode ser afastado se o agente se mostrar um criminoso habitual em delitos da espécie.

III. O comportamento do réu, voltado para a prática de reiterada da mesma conduta criminosa, impede a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes.

IV. Aplicação da execução de crédito tributário do mesmo raciocínio seguido nas hipóteses de apropriação indébita de contribuições previdenciárias – para as quais se adota o valor estabelecido no dispositivo legal que determina a extinção dos créditos (art. 1º, I, da Lei 9.441/97).

V. O *caput* do art. 20 da Lei 10.522/2002 se refere ao ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, e não à extinção do crédito, razão pela qual não se pode se invocado como forma de aplicação do princípio da insignificância.

VI. Se o valor do tributo devido ultrapassa o montante previsto no art. 18, § 1º da Lei 11.033/2004, que dispõe acerca da extinção do crédito fiscal, afasta-se a aplicação do princípio da insignificância.

VII. Ordem denegada.

(Fl. 57 do apenso.)

É contra essa decisão o presente *habeas corpus***.**

Já na decisão indeferitória da liminar, deixei de conhecer da impetração quanto ao fundamento de que seria possível a aplicação analógica do art. 34 da Lei 9.249/95, por não ter sido suscitado perante o Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, a apreciação desse tema, de forma originária, neste momento, configuraria verdadeira supressão de instância não admitida por esta Suprema Corte.

Nesse sentido, confira-se o julgado seguinte:

Habeas corpus. Prisão preventiva. Alegada ausência de fundamentação idônea. Tema que não foi suscitado perante o Superior Tribunal de Justiça. Não conhecimento. Excesso de prazo na formação da culpa. Inexistência. Complexidade da causa. Vários réus. Expedição de cartas precatórias. 1. E irresignação do impetrante quanto aos fundamentos do decreto de prisão preventiva não é de ser conhecida, dado que se trata de tema que não passou pelo crivo do Superior Tribunal de Justiça. A análise da matéria diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, per saltum, implicaria indevida supressão de instância. Ação constitucional não conhecida, neste ponto específico. 2. Improcedência do alegado excesso de prazo na formação da culpa. Os elementos constantes dos autos não dão facilitada conta de que eventual demora na prestação jurisdicional é de ser debitada à inércia ou desídia do Poder Judiciário. O alongamento da custódia cautelar decorre da complexidade da causa. Causa a envolver 8 (oito) réus, necessidade da

> oitiva de várias testemunhas e a expedição de cartas precatórias para outros estados da federação. observância do postulado da razoabilidade. 3. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nesta parte, indeferido.
> (HC 92.202/RS, Primeira Turma, Relator o Ministro **Carlos Britto**, *DJ* de 11-4-08 – Grifo nosso.)

E ainda: HC 90.654/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 25-5-07; HC 90.162/RJ, Primeira Turma, Relator o Ministro **Carlos Britto**, *DJ* de 29-6-07; HC 90.312/PR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, *DJ* de 27-4-07; e HC 86.997/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, *DJ* de 3-2-06, entre outros.

No que concerne à pretensão de ser aplicado o princípio da insignificância à espécie, no meu sentir, tem razão a impetrante.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal, nos termos da ementa seguinte:

> *Penal. Recurso em sentido estrito. Descaminho. Princípio da insignificância. Não aplicação. Habitualidade da conduta típica.*
> 1. Aplica-se o princípio da insignificância ao crime de descaminho quando o valor do tributo não recolhido mostra-se irrelevante, justificando, inclusive, o desinteresse da administração pública na sua cobrança.
> 2. Não se mostra compatível com o princípio da insignificância a verificação de que o acusado possui antecedentes em crimes da mesma natureza, denotando habitualidade na conduta delituosa.
> 3. Recurso em sentido estrito provido.
> (Fl. 24.)

Sucede que o princípio da insignificância, de cidadania jurídica reconhecida em nosso sistema (HC 92.364/RJ, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 19-10-07; RHC 89.624/RS, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Cármen Lúcia**, *DJ* de 7-12-06; HC 92.463/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro **Celso de Mello**, *DJ* de 31-10-07; HC 88.393/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro **Cezar Peluso**, *DJ* de 8-6-07), está relacionado com a envergadura da lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Dessa maneira, a sua aplicação conduz à exclusão da própria tipicidade da conduta. Por isso não se pode considerar circunstâncias alheias às do delito em tese verificado para afastar a incidência do princípio no caso concreto.

Não é possível conceber a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, vez que as normas penais positivadas constituem, em última análise, simples manifestação da tutela que o Estado exerce sobre os bens que considera relevantes. Sob esse ângulo, afirma-se que o conceito de *bem jurídico*, e, por consequência, de *lesão*, desempenham papel central na teoria do tipo, dando sentido teleológico à lei penal e contribuindo para a formação de um conceito material de tipo penal.

Nesse sentido prelecionam **Zaffaroni** e **Pierângeli**:

> Há relativamente pouco tempo, observou-se que as afetações de bens jurídicos exigidas pela tipicidade penal requeriam sempre alguma entidade, isto é, alguma gravidade, posto que nem toda afetação mínima do bem jurídico era capaz de configurar a afetação requerida pela tipicidade penal (...)
>
> A insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma: toda a ordem normativa persegue uma finalidade, tem um sentido, que é a garantia jurídica para possibilitar uma coexistência que evite a guerra civil (a guerra de todos contra todos). A insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa, e, portanto, à norma em particular, e que nos indica que essas hipóteses estão excluídas de seu âmbito de proibição (...)
>
> (ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERÂNGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 534.)

Inadequado, por isso, considerar os antecedentes criminais do réu para apreciar se o fato praticado é ou não típico. Ou a lesão provocada tem expressão suficiente para preencher o tipo penal em sua acepção material ou não.

Anote-se, a propósito:

> (...)
>
> III. Descaminho considerado como "crime de bagatela": aplicação do "princípio da insignificância". Para a incidência do princípio da insignificância só se consideram aspectos objetivos, referentes à infração praticada, assim a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; a inexpressividade da lesão jurídica causada (HC 84.412, Segunda Turma, **Celso de Mello**, *DJ* de 19-11-04). A caracterização da infração penal como insignificante não abarca considerações de ordem subjetiva: ou o ato apontado como delituoso é insignificante, ou não é. E sendo, torna-se atípico, impondo-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa (HC 77.003, Segunda Turma, **Marco Aurélio**, *RTJ* 178/310). IV. Concessão de *habeas corpus* de ofício, para restabelecer a rejeição da denúncia.
>
> (AI 559.904-QO/RS, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 26-8-05.)

No mesmo sentido, o RE 550.761/RS, de minha relatoria, no qual esta Primeira Turma não conheceu do recurso, mas concedeu a ordem, de ofício, para anular o decreto condenatório proferido contra o recorrente. Lembro, ainda, do RE 536.486/RS, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, *DJ* de 19-9-08.

O fato de já ter antecedente, tendo em vista anterior processo, considerando a jurisprudência assentada na Suprema Corte, não serve para desqualificar o princípio da insignificância, presentes as circunstâncias dos autos.

Não se trata aqui de questionar se inquéritos e processos pendentes, ainda não transitados em julgado, podem ser considerados para configurar maus antecedentes penais. Ainda que seja possível considerar a mencionada denúncia em desfavor do réu, sem se cogitar de ofensa ao princípio da presunção de inocência, parece de todo desarrazoado afirmar-se, com base em 4 processos, conforme mencionado à fl. 29, que o réu faça da prática do descaminho o seu modo de vida.

O Tribunal de origem, como antes destacado, entendeu que a lesão provocada pela conduta do réu seria inexpressiva o bastante para permitir a aplicação do princípio da insignificância. Não o fez, contudo, apenas porque pesava contra ele outros processos pelo mesmo crime. Assim, uma vez afastada a incidência do óbice em questão pelos dois fundamentos expostos, a alternativa que se impõe é restaurar o raciocínio desenvolvido pelo Juízo de 1º grau, concluindo-se, por via de consequência, pela atipicidade da conduta.

Ante o exposto, concedo a ordem de *habeas corpus* para reconhecer a aplicação do princípio de insignificância.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, acompanho o Relator no voto proferido. Ontem mesmo me defrontei com situação concreta em que o Superior Tribunal de Justiça afastou a insignificância do ato no campo do dano ao cidadão, do dano à vítima, e o caso concreto envolvia tentativa de furto de 25 metros de cerca, no valor de cinquenta reais.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Esse aqui é descaminho, e também o STJ denegou, mas, na nossa jurisprudência, está assentado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O descaminho tem aquela problemática, inclusive, da cobrança do executivo fiscal – o piso para a implementação.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Mas aqui não tem encargo. Então, é melhor concedermos nos termos da jurisprudência da Corte.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim.

EXTRATO DA ATA

HC 94.502/RS — Relator: Ministro Menezes Direito. Paciente: Júlio César Velho Nunes. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto.

Brasília, 10 de fevereiro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 94.638 — SP

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Pacientes: Wagner Santos Pereira e Osvaldo Rodrigues Tarata da Silva — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Penal. Sentença penal condenatória transitada em julgado. Possibilidade de impetração de *habeas corpus*. Questões não submetidas ao Tribunal *a quo*. Supressão de instância. Não conhecimento. Precedentes. Concessão da ordem de ofício para corrigir erro material. Possibilidade.**

1. A jurisprudência desta Suprema Corte consolidou-se no sentido de que "a coisa julgada estabelecida no processo condenatório não é empecilho, por si só, à concessão de *habeas corpus* por órgão jurisdicional de gradação superior, de modo a desconstituir a decisão coberta pela preclusão máxima" (RHC 82.045/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 25-10-02).

2. O exame *per saltum* de questões não tratadas na instância anterior implica supressão de instância, prática não admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

3. Prepondera nesta Corte Suprema o entendimento de que a incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal prescinde da apreensão da arma.

4. Apesar de se tratar de tema inaugurado neste *writ*, o que faria incidir, em princípio, o óbice à supressão de instância, a alegação de que houve erro material na fixação da pena de um dos Pacientes, quando do julgamento da apelação (exclusiva da defesa), é procedente e justifica a concessão da ordem de ofício, pois a Corte estadual, ao concluir pela redução da pena dos Pacientes, aplicou a ambos a condenação de 6 anos e 5 meses de reclusão, quando a pena fixada em 1º grau para um dos Pacientes foi de 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, sendo necessário, portanto, corrigir o erro material apontado.

5. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado.

6. Ordem concedida de ofício para corrigir erro material.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas,

por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus,* porém em conceder a ordem, de ofício, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 24 de março de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: *Habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Wagner Santos Pereira e Osvaldo Rodrigues Tarata da Silva, pleiteando a concessão da ordem para que seja "reconhecida de ofício a ilegalidade na fixação das penas dos Pacientes, e ainda, para reconhecer a inaplicabilidade da majorante do § 2º do art. 157 do CP, uma vez não comprovada a potencialidade lesiva da arma" (fl. 7).

Aponta como autoridade coatora o Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem de HC 97.888/SP, Relatora a Ministra **Laurita Vaz**, impetrado àquela Corte.

Alega a Impetrante que:

> A pena de Osvaldo Rodrigues, segundo dispositivo da sentença monocrática, foi fixada em "5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, e à pena de 14 (quatorze) dias multa no valor unitário mínimo" (fls. 188).
>
> O Tribunal de Justiça, considerando excessivo o acréscimo de 2/5 decorrente das agravantes presentes, entendeu por bem reduzi-lo para 3/8. Assim, realizado novo cálculo, a pena do réu Wagner foi reduzida para 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses ao invés dos 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 12 (doze) dias, estabelecido na sentença.
>
> Não obstante, a pena de Osvaldo Rodrigues não era idêntica à pena de Wagner, não poderia, portanto, ter sido ao final fixada nos mesmos 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses.
>
> Assim, é a presente para requerer que esta Suprema Corte, reconheça de ofício o erro material constante do acórdão proferido pelo TJSP, fixando corretamente a pena de Osvaldo Rodrigues, em 5 (cinco) anos e 5 (cinco) meses – 3/8 aplicado sobre a pena base fixada em 4 anos.
>
> *Da Pena Fixada ao Paciente – Wagner Santos Pereira*
>
> Também verifica-se injustiça cometida na fixação da pena do Paciente Wagner Santos Pereira, pelo juízo de primeiro grau, uma vez que, a despeito de não ter apontado qualquer circunstância judicial desfavorável ao réu Wagner – em verdade, os fundamentos utilizados para a dosimetria da pena dos réus foram os mesmos – fixou a pena final em *quantum* muito maior.
>
> Verifica-se do dispositivo da sentença condenatória, que a pena de Wagner tornou-se definitiva em 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão e ainda mais 3 (meses) de detenção em função do art. 307 do CP.
>
> Sendo as mesmas as circunstâncias da prática do crime, não havendo circunstâncias judiciais mais desfavoráveis ao Paciente Wagner, não há razoabilidade na fixação de sua pena em *quantum* mais elevado que o dos co-réus.
>
> Assim, fica desde já requerido que esta Suprema Corte conheça de ofício a ilegalidade apontada, fixada a pena do corréu Wagner, em relação ao roubo praticado, nos mesmos 5 (cinco) anos e 5 (dias) meses estabelecidos para o corréu Osvaldo.
>
> (Fls. 4/5 – Grifos no original.)

Aduz, ainda, não ter sido "observado o disposto no art. 159, § 1º do CPP, no que tange à realização do exame pericial, em infração que deixa vestígios, por dois *experts* com formação superior, não há como se comprovar de forma válida a potencialidade lesiva da arma utilizada. Destarte, não há que se aplicar a majorante do uso de arma, do art. 157, § 2º" (fl. 5).

Por não haver pedido de liminar a ser apreciado e por estarem os autos devidamente instruídos com as peças necessárias ao entendimento da questão, dispensei as informações da autoridade apontada como coatora e determinei a manifestação do Ministério Público Federal (fls. 11 a 14).

Pelo parecer do Dr. **Wagner Gonçalves**, Subprocurador-Geral da República, o *parquet* federal manifestou-se "pelo não conhecimento do *writ*. Se conhecido, por sua denegação. Pela concessão da ordem de ofício, para que o Tribunal de Justiça de São Paulo retifique o acórdão proferido na Apelação 009377 193/0, uma vez que foi fixada para Oswaldo Rodrigues Tarata da Silva condenação superior à aplicada pela sentença, não obstante aquela Corte tenha concluído pela redução da pena dos pacientes" (fls. 20/21).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Tem-se nos autos que os Pacientes foram denunciados, juntamente com outro co-réu, em 20-9-04, pelo Ministério Público do Estado de São Paulo pela prática de roubo duplamente qualificado (art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal), por duas vezes, tendo sido, ainda, imputada ao Paciente Wagner Santos Pereira a conduta prevista no art. 307 do Código Penal (falsa identidade) (fls. 6/7 do apenso).

A denúncia foi recebida em 23-9-04 (fl. 8 do apenso).

Em 16-8-05, o Juízo da 28ª Vara Criminal de São Paulo proferiu a sentença condenatória, tendo o Paciente Wagner Santos Pereira sido condenado à pena de "6 anos, 6 meses e 12 dias de reclusão, em regime fechado, 3 meses de detenção, em regime semiaberto, e pagamento de 14 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, I e II (2x), c/c os arts. 29, *caput*, e 70, *caput*, 1ª parte, e art. 307, c/c art. 69, todos do Código Penal", e o Paciente Osvaldo Rodrigues Tarata da Silva à pena de "de 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 14 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, (2x), c/c os arts. 29, *caput*, e 70, *caput*, 1ª parte, do Código Penal" (fl. 17 do apenso).

Contra essa decisão, os Pacientes interpuseram apelações criminais ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, em 13-9-07, deu parcial provimento aos recursos "para reduzir as penas dos apelantes para 06 anos e 05 meses de reclusão, e pagamento de 15 dias-multa, no piso mínimo, mantida no mais a sentença impugnada" (fl. 32).

Daí a impetração do HC 97.988/SP ao Superior Tribunal de Justiça, buscando o afastamento da causa de aumento de pena relativa ao emprego de arma de fogo (fl. 77 do apenso). Em 27-3-08, a ordem foi denegada nos termos seguintes:

Habeas corpus. Penal. Roubo majorado. Emprego de arma de fogo. Não apreensão da arma. Dispensabilidade para a caracterização da causa especial de aumento, quando provada a sua utilização por outros meios.

1. A despeito de não ter sido a arma apreendida, o seu efetivo uso quando da ação delituosa restou devidamente comprovado pelo depoimento das vítimas, sendo suficiente à caracterização da causa especial de aumento, prevista no § 2.º, inciso I, do art. 157 do Código Penal.

2. Ordem denegada.

(Fl. 81 do apenso.)

É contra essa decisão que se insurge a Impetrante neste *habeas corpus*.

Inicialmente, não vejo óbice ao conhecimento da impetração em virtude do trânsito em julgado da condenação, como pretendido pelo Ministério Público Federal.

É certo que esta Corte firmou o entendimento no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal para reabrir a discussão de mérito da ação penal ou analisar o conjunto fático-probatório nela existente. Todavia, a jurisprudência desta Suprema Corte também se consolidou no sentido de que "a coisa julgada estabelecida no processo condenatório não é empecilho, por si só, à concessão de *habeas corpus* por órgão jurisdicional de gradação superior, de modo a desconstituir a decisão coberta pela preclusão máxima" (RHC 82.045/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 25-10-02).

No presente caso, o motivo do não conhecimento parcial do *writ* é outro. Explico.

No que se refere ao fundamento de que houve "injustiça cometida na fixação da pena do Paciente Wagner Santos Pereira, pelo juízo de primeiro grau" não pode ser conhecido por esta Suprema Corte, pois esta questão não foi levada ao conhecimento e julgamento do Superior Tribunal de Justiça.

Vê-se, no acórdão ora questionado, que a impetração do HC 97.988/SP, ao Superior Tribunal de Justiça, buscou tão somente o afastamento da causa de aumento de pena relativa ao emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal).

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal proíbe o exame *per saltum* de questões não tratadas na instância anterior, sob pena de supressão de instância (HC 91.519/RJ, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, Primeira Turma, *DJ* de 9-11-07; HC 91.495/SP-AgR, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, Primeira Turma, *DJ* de 26-10-07; HC 91.703/SP, Rel. Min. **Carlos Britto**, Primeira Turma, *DJ* de 11-10-07; entre outros).

Não conheço do *habeas corpus* nessa parte.

No que concerne ao debate sobre a não incidência da causa de aumento de pena, previsto no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, entendo não haver plausibilidade jurídica dos argumentos trazidos pela Impetrante.

Aduz a impetração que, em virtude de não ter sido "observado o disposto no art. 159, § 1º do CPP, no que tange à realização do exame pericial, em infração que deixa vestígios, por dois *experts* com formação superior, não há como se comprovar de forma válida a potencialidade lesiva da arma utilizada. Destarte, não há que se aplicar a majorante do uso de arma, do art. 157, § 2º" (fl. 5).

Ocorre que a jurisprudência preponderante desta Corte Suprema firmou-se no sentido de que a incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal prescinde da apreensão da arma. Confira-se, por exemplo, o julgado do HC 84.032/SP, Segunda Turma, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 30-4-04:

> *Roubo. Uso de arma de fogo (CP, art. 157, § 2º, I).*
> 1. A qualificadora de uso de arma de fogo (CP, art. 157, § 2º, I) independe da apreensão da arma, principalmente quando, como ocorreu nos autos, a arma foi levada pelos comparsas que conseguiram fugir.
> 2. *Habeas corpus* indeferido.

Na mesma linha: HC 94.236-MC/RS, decisão monocrática, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 17-4-08, e HC 90.145/SP, decisão monocrática, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 12-5-08.

Anoto que a Primeira Turma começou o julgamento do HC 92.871/SP, tendo a eminente Relatora Ministra **Cármen Lúcia** deferido a ordem. Todavia, o julgamento foi interrompido pelo pedido de vista do eminente Ministro **Ricardo Lewandowski**. Assim, por ora, mantenho o entendimento atualmente prevalecente nesta Suprema Corte.

Quanto ao último fundamento do *habeas corpus* – erro material na fixação da pena aplicada ao Paciente Osvaldo Rodrigues Tarata da Silva –, entendo que a ordem deve ser concedida de ofício, nos termos do parecer do Ministério Público Federal, opinou como se segue:

> (...)
> 9. Por fim, importa registrar que, apesar de se tratar de tema inaugurado neste *writ*, o que faria incidir, em princípio, o óbice à supressão de instância, a alegação de que houve erro material na fixação da pena do Paciente Osvaldo Rodrigues Tarata da Silva, quando do julgamento da apelação (exclusiva da defesa), é procedente e justifica a concessão da ordem de ofício.
> 10. A Corte Estadual, *ao concluir pela redução da pena dos Pacientes* (fl. 32 do apenso), aplicou a ambos a condenação de 6 anos e 5 meses de reclusão, quando a pena fixada em primeiro grau para o Paciente Osvaldo Rodrigues Tarata da Silva foi de 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão. Faz-se necessário, portanto, que o Colendo TJSP corrija o erro material apontado.
> 11. Pelo exposto, opina a Procuradoria Geral da República pelo não conhecimento do *writ*; se conhecido, por sua denegação. Pela concessão da ordem de ofício, para que o Tribunal de Justiça de São Paulo retifique o acórdão proferido na apelação n.º 009377193/0, uma vez que foi fixada para Osvaldo Rodrigues Tarata da Silva condenação superior à aplicada pela sentença, não obstante aquela Corte tenha concluído pela redução da pena dos Pacientes.
> (Fls. 20/21 – Grifo no original.)

Ante o exposto, conheço parcialmente do *habeas corpus* e, nessa parte, denego a ordem.

Todavia, concedo a ordem de ofício ao Paciente Osvaldo Rodrigues Tarata da Silva, para corrigir o erro material apontado, fazendo-se a anotação necessária no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Senhor Presidente, tenho entendido que, até que se reveja a matéria, devemos manter a jurisprudência predominante, porque, até onde pude verificar, não há discrepância entre as duas Turmas do Supremo Tribunal Federal. Tanto a Primeira quanto a Segunda Turma têm precedentes convergindo na ideia de que a perícia é prescindível nas circunstâncias, de resto, bem enumeradas pela eminente e douta Subprocuradora-Geral da República.

Eu aduziria, até mesmo, já agora me manifestando explicitamente sobre o mérito da questão quanto à aplicação da qualificadora, que, se fôssemos exigir a perícia, como alguns pretendem interpretar, criaremos uma porta absurda para nunca dar a qualificadora. Nada é mais fácil do que esconder a arma de fogo após a prática do crime. E aí nós ficaríamos sem alternativa alguma, uma vez que o próprio Direito admite que a prova pode ser produzida não apenas pela perícia, mas por outros meios que a ciência do Direito admita. É um modo, a meu ver, extremamente lúcido para determinar a aplicação da qualificadora. A perícia seria um *plus*, mas não indispensável, como todo *plus*. Não é exame de corpo de delito. Talvez este argumento tenha faltado no exame da matéria: não é exame de corpo de delito. Examinam-se, na verdade, as circunstâncias em que praticado o crime do art. 157. Se foi praticado com a evidência do emprego de arma de fogo, a perícia é absolutamente dispensável.

Mantenho essa orientação, neste caso, também com o meu convencimento quanto ao mérito da matéria relativa à qualificadora do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, há previsão de a Ministra Cármen Lúcia comparecer na segunda parte da sessão?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Hoje, não.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: É uma pena, porque esse assunto merece uma reflexão maior, e S. Exa. sustentou exatamente o ponto de vista contrário ao do Ministro Menezes Direito.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Não, S. Exa. manteve o mesmo entendimento que sustento.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: *Data venia*, faço até a transcrição.

Quero também trazer algumas reflexões à consideração dos eminentes pares. Fiz um profundo estudo doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Faço uma sugestão: como já houve sustentação oral e foram proferidos relatório e voto, V. Exa. ficaria com vista dos autos. Dessa forma, aproveitam-se a sustentação e a intervenção da Procuradoria.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Peço vista.

EXTRATO DA ATA

HC 94.638/SP — Relator: Ministro Menezes Direito. Pacientes: Wagner Santos Pereira e Osvaldo Rodrigues Tarata da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Preliminarmente, a Turma conheceu, em parte, da impetração. No mérito, após o voto do Ministro Menezes Direito, Relator, que indeferia a ordem, mas concedia o *habeas corpus* de ofício para corrigir o erro quanto à dosimetria da pena, pediu vista do processo o Ministro Ricardo Lewandowski. Aguardam os demais. Falaram: o Dr. Antônio de Maia e Pádua, Defensor Públi co da União, pelo Paciente, e a Dra. Cláudia Sampaio Marques, Subprocuradora-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 5 de agosto de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

VOTO
(Vista)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de *Wagner Santos Pereira* e *Osvaldo Rodrigues Tarata da Silva*, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça.

A presente impetração tem por objetivo o reconhecimento, de ofício, da existência de erro material na fixação da pena do Paciente *Osvaldo Rodrigues Tarata da Silva*, bem como a verificação da inaplicabilidade da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, ante a ausência de laudo pericial para comprovar a potencialidade lesiva da arma.

A controvérsia existente neste *writ* cinge-se a incidência ou não da causa de aumento relativa ao emprego de arma no crime de roubo, em razão da não realização do exame pericial previsto no art. 159, § 1º, do Código de Processo Penal.

O voto do Relator, proferido na sessão desta Turma, em 5-8-08, foi no sentido de conhecer parcialmente da impetração e nessa parte denegá-la. Todavia, concedeu a ordem de ofício, para corrigir o erro material apontado.

Na ocasião, S. Exa. assentou que "a jurisprudência preponderante desta Corte Suprema firmou-se no sentido de que a incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal prescinde da apreensão da arma".

Citou, ainda, alguns precedentes, tais como o HC 84.032/SP, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 94.236-MC/RS, Rel. Min. Carlos Britto; HC 90.145-MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello.

Mencionou, por fim, o início do julgamento do HC 92.871/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, no qual também pedi vista.

Entendo que, de fato, assiste razão ao Relator.

Com efeito, a matéria já foi solucionada por esta Turma que, ao concluir o julgamento do HC 92.871/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, reafirmou a desnecessidade da apreensão e perícia da arma para a comprovação de sua efetiva lesividade, conforme a ementa que ora transcrevo:

> *Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo. Apreensão e perícia para a comprovação de seu potencial ofensivo. Desnecessidade. Circunstância que pode ser evidenciada por outros meios de prova. Ordem denegada*. I. Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. II. Lesividade do instrumento que se encontra *in se ipsa*. III. A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima – reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente – ou pelo depoimento de testemunha presencial. IV. Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. V. A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves. VI. Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo. VII. Precedente do STF. VIII. Ordem indeferida.

Isso posto, acompanho o Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, o erro material salta aos olhos, porque se considerou a pena imposta a um Corréu para majorar-se não a pena do Paciente, que foi menor, mas essa mesma pena.

Só tenho uma observação a fazer que diz respeito à adequação do *habeas corpus* quando já preclusa a decisão condenatória. O *habeas corpus* não sofre qualquer peia. Ganha contornos de uma verdadeira rescisória contra um título que se mostre à margem – alcançando a liberdade de ir e vir do Paciente – da ordem jurídica.

Acompanho integralmente o Relator no voto proferido.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Essa tese de V. Exa. realmente é convincente.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Senhor Presidente, o Ministro **Marco Aurélio** já destacou várias vezes essa questão que está naquele precedente daquele **RHC** 82.045, do qual foi Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**. V. Exa. já o citou uma vez aqui. Realmente não teria sentido subordinar o *habeas corpus* à preclusão máxima, porque não haveria como corrigir.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Se fosse assim, não teríamos construído, no campo pretoriano, quanto ao *habeas* substitutivo.

E acabo de propor um verbete de súmula para tornar evidente o que está na Carta da República: indeferida a ordem, em decisão definitiva, por Tribunal Superior, cabível é o recurso ordinário constitucional no prazo de quinze dias.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): E não o *habeas corpus* substitutivo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não o *habeas corpus* substitutivo a qualquer tempo, sob pena de esvaziamento do texto constitucional. Os advogados deverão estar só mais atentos, mas o prazo recursal não é exíguo.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Aliás, diga-se de passagem, independentemente de constar de notas taquigráficas, essa proposta que o Ministro **Marco Aurélio** fez é muito importante, porque nós estamos julgando uma série de *habeas corpus* substitutivos de recurso ordinário e, com isso, estamos nulificando, como diz o Ministro **Marco Aurélio**, o recurso ordinário em *habeas corpus.* Quer dizer, ninguém mais obedece ao prazo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Inclusive, na exposição – para não se tornar o Judiciário uma caixinha de surpresas – ao Ministro Gilmar Mendes, aponto que nos *habeas* em curso, caminharemos normalmente para o não conhecimento; se for o caso, para a concessão de ofício.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Essa comparação que o Senhor faz, Ministro Marco Aurélio, do *habeas corpus* substitutivo com a rescisória de prazo em aberto é absolutamente convincente, procedente. O *habeas corpus* faz as vezes da rescisória, mas sem nenhum prazo fixado para o seu manejo, nenhuma preclusão.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): O que nós estamos constatando é que acabou o recurso ordinário. Para que recurso ordinário, se você pode entrar com um *habeas corpus* substitutivo?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E também em relação ao Superior Tribunal de Justiça, porque o recurso ordinário contra as decisões dos demais tribunais é, também, constitucional.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Exatamente.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): A trivialização do *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário acaba com a figura constitucional do mencionado recurso (o ordinário).

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): E há um resultado adicional dessa súmula, que as pessoas ao longo do tempo vão perceber: cairão o número de impetrações, porque será obrigatório subordinar ao prazo do recurso ordinário.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): É. Ao prazo do recurso ordinário.

EXTRATO DA ATA

HC 94.638/SP — Relator: Ministro Menezes Direito. Pacientes: Wagner Santos Pereira e Osvaldo Rodrigues Tarata da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Concedeu, porém, a ordem, de ofício, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento a Ministra Cármen Lúcia.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 24 de março de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 94.852 — GO

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Pacientes: Délcio Antônio Panzieira ou Delcio Antonio Pancieira e Paulo Izaia Panzieira ou Paulo Izeia Panzieira ou Paulo Isaias Pancieira — Impetrante: Alonso Machado Lopes — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Penal e processual penal. Trancamento da ação penal. Crime contra a ordem tributária. Encerramento do procedimento administrativo-fiscal respectivo. Não configuração de constrangimento ilegal. Precedentes.**

1. O acórdão ora questionado reconheceu o entendimento desta Suprema Corte "quanto à impossibilidade do ajuizamento de ação penal, pela prática da conduta tipificada no art. 1º da Lei 8.137/90, acaso inexistente a constituição definitiva do crédito tributário", tendo denegado a ordem em razão de não ter sido possível comprovar "a ausência de constituição definitiva do crédito tributário, porquanto foi em nome da empresa Comercial Guadalupe Ltda. que emitidas as notas fiscais", uma vez que não foram juntadas àqueles autos as respectivas certidões negativas.

2. A juntada, nestes autos, de certidão de débito em dívida ativa em nome da empresa Comercial Guadalupe Ltda., na qual constam débitos oriundos de três procedimentos administrativos fiscais nela nominados, comprova já terem sido esgotados todos os recursos a eles previstos, levando à conclusão de que já houve a constituição definitiva do débito fiscal.

3. A denúncia narra fatos atribuíveis aos Pacientes, descrevendo suas condutas de forma individualizada e o *modus operandi* de cada um, sendo certo que, existindo crime em tese, este deverá ser apurado no devido curso da ação penal.

4. É firme a jurisprudência consagrada por esta Corte Suprema no sentido de que a concessão de habeas corpus com a finalidade de trancamento de ação penal em curso só é possível em situações excepcionais, quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria.

5. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas,

por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus***,** nos termos do voto do Relator.

Brasília, 31 de março de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Alonso Machado Lopes em favor de Délcio Antônio Panziera e Paulo Izaia Panziera, buscando o trancamento, quanto a eles, da ação penal em trâmite na 3ª Vara Criminal da Comarca de Itumbiara/GO, na qual se investiga suposta prática de crime contra a ordem tributária.

Aponta como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 89.825/GO, Rel. Min.**Napoleão Nunes Maia Filho**, impetrado àquela Corte com objetivo idêntico ao ora pretendido.

Informa o impetrante, inicialmente, que:

> (...)
> 1. Foram os Pacientes denunciados como incursos nas sanções do art. 1º, incisos I e II, da Lei 8.137/90, *por terem reduzido tributo, mediante fraude à fiscalização tributária, consistente na inserção de destinatário diverso do verdadeiro em notas fiscais de produtor em operação de venda de arroz em casca*. O processo tramita sob o nº 200400596150, na 3ª Vara Criminal de Comarca de Itumbiara – GO, e, na decisão de fl. 74 foi recebida a denúncia.
> 2. O Impetrante ajuizou em favor dos Pacientes ação de *habeas corpus* junto ao Tribunal de Justiça de Goiás, processo que tramitou sob o nº 29400-7/217 (200702272285), junto a 2ª Câmara Criminal. O pedido era de concessão da ordem para trancamento da ação penal, visto a falta de justa causa. O Ministério Público, através de parecer do 15º Procurador de Justiça – Dr. Altamir Rodrigues Vieira Júnior –, ao analisar os autos, opinou pelo deferimento do pedido. Em julgamento a Câmara, por unanimidade, entendeu por denegar a ordem.
> 3. O Impetrante ajuizou em favor dos Pacientes ação de *habeas corpus* junto ao Superior Tribunal de Justiça, processo que tramitou sob o nº 89.825 – GO, junto a 5ª Turma. O pedido era de concessão da ordem para trancamento da ação penal, visto a falta de justa causa. A subprocuradora-Geral da República Áurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre, após analisar os autos, opinou pela não concessão do *habeas corpus*. Em julgamento a Turma, por unanimidade, entendeu por denegar a ordem.
> (Fls. 3/4.)

Alega, em síntese, que para a configuração dos tipos penais descritos no art. 1º, incisos I e II, da Lei 8.137/90, imputados aos Pacientes na denúncia, é necessária a constituição do crédito fiscal, com o lançamento definitivo.

Assevera que "*não houve instauração de processo administrativo contra os Pacientes, tão pouco houve lançamento do crédito fiscal tendo como devedores os pacientes.* A prova disto são as certidões negativas de processo administrativo tributário e certidão negativa de débito expedidas pela Fazenda Pública deste Estado de Goiás" (fl. 7 – grifos no original).

E continua: "(...) *como comprovam os processos administrativos em anexo, onde constam as notas fiscais emitidas pelos Pacientes (descritas na denúncia), foram instaurados três processos.* **Em todos estes três processos o único autuado foi a empresa Comercial Guadalup Ltda., a qual consta como única devedora no termo de inscrição de dívida ativa que conclui os referidos processos**. *Os pacientes não foram nominados como sujeitos passivos no auto de lançamento e não foram intimados para pagar ou apresentar impugnação.* Os processos administrativos têm os seguintes números: 3 0196240 060 74, 3 0050666 438 70 e 3 0050661 304 81" (fl. 7 – grifos no original).

Afirma não existir justa causa para a ação penal, apoiando-se no entendimento desta Suprema Corte no sentido de que a ausência de lançamento definitivo do crédito tributário impede o ajuizamento da ação penal pelo crime previsto no art. 1º da Lei 8.137/90 (fl. 9).

Ao final, requer que seja deferida liminar para "*suspender os atos processuais contra os Pacientes* no processo 200400596150 que tramita na 3ª Vara Criminal da Comarca de Itumbiara – GO" (fl. 13).

No mérito, pede a concessão da ordem para "*trancar a ação penal*, por falta de justa causa, tendo em vista a ausência de interesse de agir da acusação, posto que o suposto crédito fiscal não foi lançado tendo como devedores os Pacientes (que sequer tiveram processo administrativo proposto contra si), fazendo, assim, cessar o constrangimento contra a pessoa dos *Pacientes*" (fl. 13).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 235 a 242).

A autoridade apontada como coatora prestou informações à fl. 248 e encaminhou cópia do inteiro teor do acórdão ora questionado (fls. 249 a 258).

O Ministério Público Federal, pelo parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. **Claudia Sampaio Marques**, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 261 a 270).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Conforme relatado, o presente *habeas corpus* volta-se contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 89.825/GO, Rel. Min. **Napoleão Nunes Maia Filho**, e tem como objetivo o trancamento, quanto aos Pacientes, da ação penal em trâmite na 3ª Vara Criminal da Comarca de Itumbiara/GO, na qual se investiga suposta prática de crime contra a ordem tributária.

Tem-se nos autos denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado de Goiás por suposta prática de crimes contra a ordem tributária, previstos no art. 1º, incisos I e II, da Lei 8.137/90, tendo o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Itumbiara/GO recebido a denúncia, conforme consta na decisão de fl. 33.

Narra a denúncia:

(...) 1. Consta dos inclusos autos de sequestro criminal de nº 200302446090 e demais documentos fornecidos pelo Fisco Goiano, que **durante o mês de novembro de 2003, no Posto Fiscal JK, nesta cidade e comarca, os Denunciados Luciano Moura, Delcio Antônio Panciera e Paulo Isaias Panciera, após prévio ajuste com os Denunciados Mauro José De Jesus, Adriano Lopes Negrello, Sebastião Loureiro Da Silva e Sérgio Carlos Disconzi, este último mediante o uso da pessoa jurídica Marimbá Transportes, todos ajustados com pessoas ainda não identificadas nos autos, reduziram tributo – ICMS, mediante fraude à fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos nas notas fiscais de produtor rural de nºs 183954, 183955, 183956, 183957 e 183958, série 069, Tipo P, de emissão de Delcio Antônio Panciera, e nas notas fiscais de produtor de nºs 883922 e 883921, Série 069, Tipo P, de emissão de Paulo Isaias Panciera, fazendo uso dos referidos documentos com informações inexatas.**(...)

3. Conduta de Delcio Antônio Panciera:

3.1 – Segundo se apurou, o Denunciado *Delcio Antônio Panciera* é produtor rural no município de Alegrete, Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que no mês de novembro de 2003, o Denunciado *Delcio Antônio Panciera*, mediante o uso da inscrição estadual de produtor rural de nº 0021051160, ajustou com pessoa(s) estabelecida em Goiânia e/ou Aparecida de Goiânia (GO), mas ainda não identificada(s) nos autos, a venda de arroz em casca seco, ajustando que emitiria a nota fiscal com destino à empresa fantasma "Comercial Guadalupe Ltda."

Assim, consta dos documentos anexos que o Denunciado *Delcio* emitiu, até então apuradas, fraudulentamente as seguintes notas fiscais, com destino à empresa fantasma comercial Guadalupe Ltda., quando na verdade as mercadorias foram destinadas a pessoa diversa, ainda não identificada nos autos:

– 14/11/2003 – nota fiscal 183954, série 069, tipo P, venda de 30.000 (trinta mil quilos) de arroz em casca seco, no valor de R$21.000,00 (vinte e um mil reais);

14/11/2003 – nota fiscal 183955, série 069, Tipo P, venda de 28.000 (vinte e oito mil quilos) de arroz em casca seco, no valor de R$19.600,00 (dezenove mil e seiscentos reais);

14/11/2003 – nota fiscal 183956, série 069, tipo P, venda de 30.000 (trinta mil quilos) de arroz em casca seco, no valor de R$21.000,00 (vinte e um mil reais);

18/11/2003 – nota fiscal 183957, série 069, Tipo P, venda de 30.000 (trinta mil quilos) de arroz em casca seco, no valor de R$21.000,00 (vinte e um mil reais);

18/11/2003 – nota fiscal 183958, série 069, Tipo P, venda de 39.000 (trinta mil quilos) de arroz em casca seco, no valor de R$27.300,00 (vinte e sete mil e trezentos reais);

3.2 – Ocorre que a Comercial Guadalupe Ltda. é "empresa fantasma", que jamais exerceu as atividades constantes do contrato social. O Denunciado *Delcio*, ciente desta situação, ajustou a venda do arroz com pessoa(s) ainda não identificada(s), e mediante as mesmas condições de tempo e lugar, durante o mês de novembro de 2003 fraudou a fiscalização tributária do Estado de Goiás, inserindo nas notas fiscais de nºs 183954, 183955, 183956, 183957 e 183958, série 069, Tipo P, de produtor, que a destinatária da mercadoria é a empresa *Comercial Guadalupe Ltda*., quando na verdade se destinou a pessoa diversa (e ainda não identificada).

Em face desta conduta, a Fazenda Pública do Estado de Goiás suportou prejuízo, até então apurado, de R$26.487,28 (vinte e seis mil, quatrocentos e oitenta e sete reais e vinte e oito centavos), eis que as mercadorias foram entregues

a pessoa(s) física ou jurídica diversa da constante na nota fiscal, o que acarretou a redução do tributo ICMS devido ao Estado de Goiás quando da circulação da mercadoria, posto que não houve o recolhimento do tributo por quem efetivamente recebeu a mercadoria, e nem haverá a possibilidade de cobrança junto à empresa Comercial Guadalupe Ltda, em face de sua inidoneidade.

3.3 – Assim agindo, incorreu o Denunciado **Delcio Antôno Panciera** nas sanções do artigo 1º, incisos I e II da lei 8.137/90, c/c 71 do Código Penal, pelo fato de, em continuidade delitiva, haver reduzido tributo, mediante fraude à fiscalização tributária, consistente na inserção de destinatário diverso do verdadeiro nas notas fiscais de nºs 183954, 183955, 183956, 183957 e 183958, série 069, Tipo P.

4. da conduta de Paulo Isaias Panciera:

4.1 – Segundo se apurou, o Denunciado *Paulo Isaias Panciera* é produtor rural no município de Alegrete, Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que no mês de novembro de 2003, o Denunciado *Paulo Isaias Panciera*, mediante o uso da inscrição estadual de produtor rural de nº 0021067295, ajustou com pessoa(s) estabelecida em Goiânia e/ou Aparecida de Goiânia (GO), mas ainda não identificada(s) nos autos, a venda de arroz em casca seco, ajustando que emitiria a nota fiscal com destino à empresa fantasma "Comercial Guadalupe Ltda."

Assim, consta dos documentos anexos que o Denunciado *Paulo* emitiu, até então apuradas, fraudulentamente as seguintes notas fiscais, com destino à empresa fantasma Comercial Guadalupe Ltda., quando na verdade se destinava a pessoa diversa ainda não identificada nos autos.:

– 20/11/2003 – nota fiscal 883921, série 069, Tipo P, venda de 39.000 (trinta e nove mil quilos) de arroz em casca seco, no valor de R$27.300,00 (vinte e sete mil e trezentos reais);

– 20/11/2003 – nota fiscal 883922, série 069, Tipo P, venda de 30.000 (trinta mil quilos) de arroz em casca seco, no valor de R$21.000,00 (vinte e um mil reais);

4.2 – Ocorre que a Comercial Guadalupe Ltda. é "empresa fantasma", que jamais exerceu as atividades constantes do contrato social. O Denunciado *Paulo*, ciente desta situação, ajustou a venda do arroz com pessoa(s) ainda não identificada(s), e mediante as mesmas condições de tempo e lugar, fraudou a fiscalização tributária do Estado de Goiás, inserindo nas notas fiscais de nºs 883921 e 883922, série 069, Tipo P, de produtor, que o destinatário da mercadoria é a empresa *Comercial Guadalupe Ltda.*, quando na verdade se destinou a pessoa diversa (e ainda não identificada).

Em face desta conduta, a Fazenda Pública do Estado de Goiás suportou prejuízo, até então apurado, de R$ 4.819,06 (quatro mil, oitocentos e dezenove reais e seis centavos), além dos valores relativos às multas, eis que as mercadorias seriam entregues a pessoa física ou jurídica diversa da constante na nota fiscal, o que acarretou a redução do tributo ICMS devido ao Estado de Goiás, posto que não houve o recolhimento do tributo no momento da entrada da carga no Estado de Goiás, haja vista que a destinatária é empresa sem idoneidade fiscal.

4.3 – Assim agindo, incorreu o Denunciado **Paulo Isaias Panciera** nas sanções do artigo 1º, incisos I e II da Lei 8.137/90, c/c 71 do Código Penal, pelo fato de, em continuidade delitiva, haver reduzido tributo, mediante fraude à fiscalização tributária, consistente na inserção de destinatário diverso do verdadeiro nas notas fiscais de nºs 883921 e 883922, série 069, Tipo P.

(Fls. 25 e 26 a 29.)

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, denegou a ordem nos seguintes termos:

> *Habeas corpus preventivo. Penal e processual penal. Crimes contra a ordem tributária. Art. 1º, I e II da Lei 8.137/90. Trancamento da ação penal. Venda de produto agrícola a pessoa distinta do verdadeiro adquirente. Emissão de notas fiscais. ICMS. Não recolhimento. Empresa fantasma. Constituição definitiva do crédito tributário. Constatação. Necessidade de dilação probatória. Impossibilidade. Precedentes deste STJ. Ordem denegada.*
>
> 1. Não se desconhece o posicionamento perfilhado por esta Corte Superior, quanto à impossibilidade do ajuizamento de ação penal, pela prática da conduta tipificada no art. 1º da Lei 8.137/90, acaso inexistente a constituição definitiva do crédito tributário.
>
> 2. No caso em exame, os pacientes realizaram a venda de produto agrícola (arroz em casca), emitindo notas fiscais – de produtor rural – em favor de pessoa jurídica distinta daquela que realmente adquiriu a mercadoria.
>
> 3. A denegação da ordem no Tribunal *a quo* veio arrimada na impossibilidade de efetiva verificação da constituição definitiva do crédito tributário, na medida em que sequer foi juntada certidão negativa em nome da empresa supostamente adquirente, verdadeiro sujeito passivo da obrigação tributária.
>
> 4. As certidões negativas acostadas aos autos, em nome dos pacientes, ainda que necessárias, não se mostram suficientes para o desiderato de trancamento da ação penal, pois não comprovam, *primo ictu oculi*, a ausência de constituição definitiva do crédito tributário, porquanto foi em nome da empresa Comercial Guadalupe Ltda. que emitidas as notas fiscais.
>
> 5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.
>
> 6. Ordem denegada.
>
> (Fl. 70.)

Na hipótese dos autos, não há elementos aptos a sustentar a conclusão de que a ordem deva ser concedida, porque, pelo que se tem na decisão proferida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, não se vislumbra nenhuma ilegalidade ou abuso de poder.

Daí por que mantenho os fundamentos lançados para indeferir o pedido de liminar, já agora confirmados pela análise mais aprofundada do caso.

O acórdão ora questionado reconheceu o entendimento desta Corte, "quanto à impossibilidade do ajuizamento de ação penal, pela prática da conduta tipificada no art. 1º da Lei 8.137/90, acaso inexistente a constituição definitiva do crédito tributário", tendo denegado a ordem em virtude de não ter sido possível comprovar "a ausência de constituição definitiva do crédito tributário, porquanto foi em nome da empresa Comercial Guadalupe Ltda. que emitidas as notas fiscais", da qual não foi juntada àqueles autos as respectivas certidões negativas.

Neste ponto, ressalto ter sido juntado, nestes autos, certidão de débito em dívida ativa em nome da empresa Comercial Guadalupe Ltda., emitida em 20 de maio de 2008, na qual constam débitos oriundos de três procedimentos administrativos fiscais nela nominados (fl. 83), o que comprova já terem sido esgotados todos os recursos, levando à conclusão de que já houve a constituição definitiva do débito fiscal.

Por outro lado, o Impetrante tenta desvincular as condutas dos Pacientes descritas na denúncia dos procedimentos administrativos que ensejaram a inscrição da empresa Guadalupe Ltda. na dívida ativa, alegando que "nos processos administrativos jamais restou expresso pela Fazenda Pública Estadual a existência de qualquer indício de comportamento ilegal por parte das pessoas que venderam cereal para a empresa Comercial Guadalupe Ltda.", apesar "de constar nos processos administrativos nºs 3 0050666 438 70 e 3 0050661 304 81 cópias das notas fiscais que são referidas na denúncia" (fl. 9).

O fato é que a denúncia narra fatos atribuíveis aos Pacientes, descrevendo suas condutas de forma individualizada e o *modus operandi* de cada um, sendo certo que, existindo crime em tese, este deverá ser apurado no devido curso da ação penal. Desde que presente razoável suspeita a propósito dos seus comportamentos e indícios suficientes de autoria, a persecução penal é consequência natural que se impõe, sem que tanto configure, necessariamente, arbitrariedade ou abuso de poder.

De resto, é firme a jurisprudência consagrada por esta Corte Suprema no sentido de que a concessão de *habeas corpus* com a finalidade de trancamento de ação penal em curso só é possível em situações excepcionais, quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria (nesse sentido: HC 90.320/MG, Primeira Turma, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 25-5-07; HC 87.324/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 18-5-07; HC 86.583/SP, Segunda Turma, Rel. Min. **Eros Grau**, *DJ* de 27-4-07; HC 85.496/SC, Primeira Turma, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 8-9-06; HC 85.066/GO, Segunda Turma, Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 20-5-05; entre outros).

No mesmo tom foi o parecer do Ministério Público Federal, que analisou o caso e manifestou-se pela denegação da ordem, nos termos seguintes:

> (...)
>
> 7. A pretensão não merece ser acolhida. Uma singela leitura dos autos é suficiente para chegar-se à inevitável conclusão de que as alegações são totalmente improcedentes e carecem de sustentação lógica, haja vista a inequívoca gravidade dos fatos relatados na denúncia.
>
> 8. Além do que, somente se poderia falar em ausência de justa causa para ação penal na hipótese de flagrante e inequívoca atipicidade ou impossibilidade de serem os pacientes os autores dos fatos, o que não se verifica na hipótese. Com efeito, da leitura da denúncia claramente se depreendem elementos a indicar que os pacientes incorreram, em tese, nos crimes que lhe foram imputados.
>
> 9. Como é de conhecimento correntio, a denúncia é uma peça técnica que deve ser simples e objetiva, atribuindo a alguém a responsabilidade por um fato, tão-somente. A denúncia deve conter "a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias", com adequada indicação da conduta ilícita imputada ao réu, de modo a propiciar-lhe o pleno exercício do direito de defesa (art. 41 do CPP). O exame das provas há de ser feito, oportunamente, nas alegações finais.
>
> 10. A denúncia de fls. 35/79 atende aos requisitos do art. 41 do CPP, estando formalmente apta para instaurar o processo-crime hostilizado, eis que descreveu,

com seus elementos essenciais, fatos que configuram, ao menos em tese, ilícitos penais. Outrossim, é ela bem detalhada e indica com precisão as condutas que imputa aos pacientes, o que permite a plenitude de defesa.

11. Assim, descritos na denúncia comportamentos típicos, ou seja, sendo palpáveis os indícios de autoria e materialidade delitivas, não se pode dar acolhida à pretensão de trancamento da ação penal. Para debate de questão dessa natureza reserva-se ao acusado o processo criminal sob o crivo do contraditório.

(...)

13. Nota-se que, ao contrário do que afirma o impetrante, o que emerge dos autos não é a falta de justa causa para a ação penal, mas sim, um feixe de elementos conduzentes à ocorrência dos crimes relatados na denúncia, em princípio perpetrado pelos pacientes, sendo imprescindível ao deslinde da controvérsia a remessa do feito à amplitude própria da instrução criminal, onde será viável um maior aclaramento dos graves fatos mediante cotejo de provas.

14. No mais, apesar da recente jurisprudência dessa Corte, reformulada a partir do julgamento plenário do HC 81.611/DF, de que foi Relator o ilustre Ministro Sepúlveda Pertence – no sentido de que não há justa causa para persecução penal de Crime contra a ordem Tributária, quando o suposto crédito tributário ainda pende de lançamento definitivo, sendo este condição objetiva de punibilidade – a hipótese sob exame em muito se diferencia dos fatos que inspiraram o referido precedente.

15. *In casu*, discute-se a responsabilidade por débito fiscal e não a existência do débito, o qual, na verdade, já se encontra definitivamente constituído, conforme se constata da Certidão de Débito em dívida ativa em nome da Empresa Comercial Guadalupe Ltda. (fl. 83), suposta empresa laranja referida na denúncia, cujos débitos provém justamente dos três processos administrativos fiscais citados pelo impetrante: 3 0196240 060 74; 3 0050666 438 70; 3 0050661 304 81 (fls. 84/231).

16. Desse modo, considerando que se discute tão somente a responsabilidade por um elevado débito tributário já reconhecido, tem-se que *compete ao Juízo Criminal apurar a responsabilidade do Crime Contra a Ordem Tributária cometido mediante fraude com a utilização de "laranjas" em operações espúrias e com a falsificação de documentos, tudo com o claro e primordial intento de lesar o Fisco*. Frize-se que, no presente caso, não é necessário o lançamento definitivo do crédito tributário em nome dos acusados pelo singelo motivo de que foram utilizadas fraudes para suprimir ou reduzir o recolhimento de tributos, ficando a autoridade administrativa completamente alheia à ação delituosa.

17. A autoridade administrativa analisa a ação dos contribuintes sobre os aspectos financeiros e contábeis, e declara, através do lançamento, o valor do tributo devido. Por óbvio, *a autoridade administrativa não analisa os aspectos penais da conduta*. Apurar a existência desses crimes contra a ordem tributária, cometidos mediante fraude, é tarefa que incumbe ao Juízo Criminal.

18. Desse modo, é descabida a alegação de ilegitimidade dos acusados para constar no pólo passivo da ação penal, pois, não se pode esquecer que é na instrução que se colhe a prova da autoria, do vínculo entre os acusados e a descrição mínima da participação de cada agente na conduta delitiva.

19. Não cabe nesta via a análise do argumento, deduzido pelo Impetrante, de que a Comercial Guadalup Ltda. não é empresa fantasma. Trata-se de questão cuja elucidação demanda ampla verificação probatória, incabível na via estreita do *habeas corpus*. Não é demais lembrar que os ilícitos perpetrados em nome das sociedades comerciais são de difícil e tormentosa elucidação, aproveitando-se os

seus verdadeiros autores, em regra, da atividade empresarial para se distanciar da autoria, o que revela, muitas vezes, a necessidade do desenvolvimento da fase instrutória.

20. Em sentido semelhante, segue precedente dessa Corte Suprema:

Ação penal – Justa causa. O trancamento da ação penal por falta de justa causa pressupõe que as práticas descritas na denúncia não consubstanciem crime. *Denúncia – Inépcia*. Descabe cogitar de inépcia da denúncia quando narrados fatos a viabilizar o exercício do direito de defesa. *Crime tributário – Processo administrativo – Dispensa*. Uma vez versada situação concreta em que, mediante o exercício do poder de polícia, deu-se a apreensão de mercadoria acompanhada de notas fiscais e guias falsas, possível é a propositura da ação penal, independentemente da responsabilidade administrativo-fiscal. *Crime – Responsabilidade*. No julgamento de *habeas corpus*, não se pode assentar a improcedência da imputação, havendo de se aguardar a instrução do processo-crime e a prolação da sentença.

(STF. Primeira Turma. HC 90.795/PE. Rel. Min. Marco Aurélio. *DJ* de 29-2-08, p. 238.)

21. Ante o exposto, opina o Ministério Público Federal pela denegação da ordem.

(Fls. 264 a 270 – Grifos no original.)

Ante o exposto, denego a ordem *de habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC 94.852/GO — Relator: Ministro Menezes Direito. Pacientes: Délcio Antônio Panzieira ou Delcio Antonio Pancieira e Paulo Izaia Panzieira ou Paulo Izeia Panzieira ou Paulo Isaias Pancieira. Impetrante: Alonso Machado Lopes. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento o Ministro Marco Aurélio.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Subprocurador Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 31 de março de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

HABEAS CORPUS 94.854 — SP

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Pacientes: Flavio Tomaz de Lima ou Flavio Tomas de Lima ou Edgar Alves Lino — Impetrante: Flavio Tomas de Lima — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Constitucional. Processual penal. Recurso de apelação deve ser recebido sem a necessidade de o paciente ser recolhido à prisão. Ordem concedida de ofício. Alegação de ausência de fundamentos concretos que justifiquem a decretação da prisão cautelar do paciente na sentença condenatória. Não ocorrência. Fundamentação idônea (art. 312 do CPP). Precedentes.**

1. Nos termos da jurisprudência atual desta Suprema Corte, o recurso de apelação interposto pela defesa deve ser conhecido independentemente do recolhimento do réu à prisão, devendo a ordem, nesse ponto, ser concedida de ofício.

2. A prisão cautelar do paciente, decretada no momento da sentença condenatória, está devidamente fundamentada, pois o Juiz de 1º grau expôs, objetivamente, os motivos concretos que ensejaram a decretação, nos termos exigidos no art. 312 do Código de Processo Penal.

3. *Habeas corpus* denegado.

4. Ordem concedida de ofício, apenas para que o Juízo da 28ª Vara Criminal de São Paulo restitua ao paciente o prazo da apelação, mantendo hígido o decreto de prisão preventiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*, e, por unanimidade, em conceder a ordem, de ofício, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 3 de fevereiro de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Flavio Tomas de Lima, em benefício próprio, por petição inicial subscrita pelo advogado William Tullio Simi, buscando a nulidade da sentença de 1º grau, "pois que os seus fundamentos se demonstram insuficientes para justificar a necessidade da custódia cautelar" (fl. 11).

Aponta como órgão coator a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento a RHC 15.973/SP, Relator o Ministro **Jorge Scartezzini**, interposto naquela Corte com objetivo idêntico ao perseguido nesta oportunidade.

Alega, em síntese, ausência de fundamentos concretos que justifiquem a decretação da sua prisão preventiva, porque "os pressupostos da Prisão Preventiva, no momento da decretação da sentença condenatória, não foram demonstrados, visto que a *ordem pública* não fora ameaçada pois o sentenciado não está cometendo crimes, por sua vez a *intrução criminal* transcorreu normalmente, sem qualquer incidente, e com a presença do réu em todos os atos processuais, e a *aplicação da lei penal*, não se justifica qualquer medida, preventiva, porquanto, ainda pendentes vários recursos visando a absolvição e mitigação da reprimenda penal" (fl. 10 – grifos no original).

Ao final, sem apontar objetivamente qual seria o pedido liminar e o pedido de mérito, indica que:

> A ordem de *habeas corpus* que se requer dessa Excelsa Corte de Justiça, destina-se a nulificar a decisão de primeira instância, proferida pelo Egrégio Juízo da 28ª Vara Criminal de São Paulo, pois que seus fundamentos se demonstram insuficientes para justificar a necessidade da custódia cautelar.
>
> A ordem de *habeas corpus* que se requer destina-se igualmente a permitir ao paciente Flavio Tomas de Lima, que se lhe restitua o prazo do *recurso de apelação criminal*, para a garantia do *duplo grau de jurisdição.*
>
> (Fl. 11.)

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 55 a 60).

As informações foram prestadas à fl. 65 e encaminhados os documentos de fls. 66 a 72.

Houve pedido de reconsideração (fls. 84 a 94), deferido em parte, apenas para que o Juízo da 28ª Vara Criminal de São Paulo restituísse ao paciente o prazo da apelação, mantendo hígido o decreto de prisão preventiva, pelos motivos já expostos na decisão de fls. 55 a 60 (fls. 75/76).

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Wagner Gonçalves**, manifestou-se pelo indeferimento do *writ* (fls. 618 a 622).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Conforme relatado, o presente *habeas corpus* volta-se contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao RHC 15.973/SP, Relator o Ministro **Jorge Scartezzini**, e tem como objetivo a nulidade da sentença de 1º grau, "pois que os seus fundamentos se demonstram insuficientes para justificar a necessidade da custódia cautelar" (fl. 11).

Tem-se nos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, e ao pagamento de 600 dias-multa, pela prática do crime de estelionato (duas vezes), tendo, na sentença condenatória, sido decretada a sua prisão preventiva para garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal.

Contra a prisão preventiva foi impetrado *habeas corpus* ao extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, sem êxito, no entanto (fls. 36 a 45).

Foi interposto, então, no Superior Tribunal de Justiça, o RHC 15.973/SP, tendo o recurso sido desprovido pela Quinta Turma daquela Corte, nos seguintes termos:

> *Recurso em habeas corpus – Processual penal – Estelionato – Direito de apelar em liberdade – Réu que respondeu solto ao processo criminal – Reincidência reconhecida pela sentença – Alegação de nulidades – Ausência de comprovação – Recurso desprovido.*
>
> – Inexiste constrangimento ilegal em decisão que, ao condenar o paciente pela prática de estelionato, apresenta circunstâncias concretas e suficientes para justificar a sua constrição, consubstanciada na reincidência do réu e na presença dos requisitos do art. 312 do CPP.
>
> – Eventual alegação de nulidade deve ser acompanhada da comprovação de sua ocorrência e do efetivo prejuízo sofrido. No caso vertente, a simples alegação, destituída de objetividade e comprovação, torna inviável o reconhecimento de constrangimento ilegal.
>
> – Recurso desprovido.
>
> (Fl. 47.)

Essa é a decisão contra a qual se insurge o impetrante no presente *habeas corpus*, buscando a revogação da prisão preventiva.

Anoto, inicialmente, que o pedido de liminar foi indeferido. No entanto, posteriormente, diante de um pedido de reconsideração formulado pelo impetrante, reconsiderei parcialmente aquela decisão, apenas para que o Juízo da 28ª Vara Criminal de São Paulo restitua o prazo da apelação, sem a necessidade de o paciente recolher-se à prisão, mantendo hígido o decreto de prisão preventiva.

Eis os fundamentos:

> O impetrante/paciente tem razão, em parte.
>
> No que concerne ao pedido de processamento da apelação sem a necessidade de recolhimento do réu à prisão, a Colenda Primeira Turma desta Suprema Corte, na sessão de 17-4-08, concedeu a ordem no HC 88.420/PR, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, para, mantendo a custódia cautelar, determinar que o Tribunal de Justiça paranaense desse seguimento ao recurso de apelação interposto pelo paciente, sem que este tivesse que se recolher ao cárcere.
>
> Está no *Informativo* 463/STF:
>
> > A Turma deferiu *habeas corpus* impetrado em favor de condenado pela prática do crime de supressão ou redução de tributo ou contribuição social na forma continuada (Lei 8.137/90, art. 1º, I e IV, c/c o art. 71, CP), cuja sentença – confirmatória da decretação de prisão preventiva – condicionara o direito de apelar em liberdade ao seu prévio recolhimento à prisão.

Inicialmente, salientou-se que o tema de fundo da impetração, referente ao direito de recorrer em liberdade, depois da prolação de sentença condenatória, encontra-se pendente de julgamento pelo Plenário (RHC 83810/RJ, v. Informativo 334). Não obstante, entendeu-se que, na espécie, verificar-se-iam dois direitos que, embora conexos, foram reputados como se unos: o direito ao duplo grau de jurisdição e o direito de apelar em liberdade. Aduziu-se que o presente *writ* não questiona a custódia cautelar do paciente, mas o não processamento do recurso interposto, antes do cumprimento do mandado de prisão expedido em seu desfavor.

(...)

Asseverou-se que, na hipótese, ter-se-ia o conflito entre a garantia ao duplo grau de jurisdição, expressamente prevista no art. 8º, 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento por força do art. 5º, § 2º, da CF; e a exigência de o condenado recolher-se ao cárcere para que a apelação fosse processada, conforme previsto no art. 594, do CPP. Considerou-se que o direito ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) abrange a possibilidade de revisão, por tribunal superior, de sentença proferida por juízo monocrático e que o direito ao duplo grau de jurisdição não poderia ser suprimido com a execução ou não da custódia. O Min. **Ricardo Lewandowski**, relator, salientando que o direito ao duplo grau de jurisdição integra o sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais e que o citado pacto fora incorporado ao ordenamento posteriormente ao CPP, concluiu que, mesmo que lhe seja negada envergadura constitucional, essa garantia deve prevalecer sobre o art. 594 do CPP. Por fim, asseverou-se que o reconhecimento ao duplo grau de jurisdição não infirma a legalidade da custódia cautelar decretada, podendo esta subsistir independentemente de ser admitido o processamento do recurso. HC deferido para que seja recebida a apelação do paciente, interposta perante o Juízo da 2ª Vara Federal Criminal, sem prejuízo do cumprimento da prisão preventiva contra ele decretada, caso persistam os motivos que a determinaram."

Ante o exposto, reconsidero, em parte, a decisão questionada e defiro a liminar apenas para o fim de que o Juízo da 28ª Vara Criminal de São Paulo restitua, ao paciente, o prazo da apelação, mantendo hígido o decreto de prisão preventiva, pelos motivos já expostos na decisão de fls. 55 a 60.

(Fls. 75/76.)

Ocorre que essa questão não foi objeto de questionamento nas impetrações anteriores, o que impede que a matéria seja conhecida de forma originária por esta Suprema Corte. No entanto, entendo que é possível conceder a ordem, de ofício, para manter essa decisão, já agora em caráter definitivo, e determinar que o Juízo de 1º grau receba o recurso de apelação interposto pelo paciente, independentemente do recolhimento dele à prisão.

No que concerne ao decreto de prisão preventiva, ao meu sentir, a ordem de *habeas corpus* deve ser denegada.

Verifico que a prisão preventiva decretada na sentença condenatória não pode ser considerada como desprovida de motivação, considerando os fundamentos que se seguem:

> O réu é reincidente, natural de outro Estado e afirmou não possuir ocupação lícita definida. Em nenhum dos endereços residenciais e de alegado trabalho foi encontrado no curso do processo. Há que ser garantida a aplicação da lei penal, assim como assegurada a ordem pública e econômica; Ante o exposto, o réu não faz **jus** aguardar em liberdade o trânsito em julgado. Expeça-se **mandando de prisão**, pela condenação ora imposta. Tente-se sua intimação pessoal apenas nos *dois últimos endereços declarados* (fls. 436 e 437), apresentando-se-lhe os termos (positivo e negativo) de recurso voluntário.
> (Fl. 32.)

A prisão cautelar fundou-se, principalmente, na garantia da aplicação da lei penal, pois o paciente, ao contrário do que alega na impetração, não foi encontrado nos endereços informados nos autos da ação penal, tendo, inclusive, sido decretada a sua revelia por não ter comparecido à audiência de interrogatório, após terem sido feitas várias tentativas de intimação.

Colho da sentença condenatória, o seguinte excerto:

> (...)
> Ao ser interrogado pela Autoridade Policial, o então indiciado declarou residir e trabalhar na R. Conceição Marcondes Silva, 112, Brooklin (fls. 7). Ainda na fase policial, ali já não mais foi encontrado ("destinatário desconhecido" – fls. 167). No Instituto de Identificação constava seu endereço como sendo a Rua Humberto Parente, nº 8 (fls. 191) ou Alameda Maracatins, 971, aptº 123, Moema, e o de trabalho, a Rua Arlindo Betio, em Ermelino Matarazzo (fls. 168 ou 237 ou 355). Em todos esses endereços foi procurado. No primeiro, ao sr. Oficial de justiça foi informado tratar-se de pessoas desconhecida. Na Al. dos Maracatins, o porteiro informou que o réu mudara-se há dois anos, sem deixar novo endereço de residência (fls. 223/vº). No endereço da Rua Humberto Parente, o nº 8 é inexistente, e nas imediações o réu é pessoa desconhecida, como também o é, no endereço da Rua Arlindo Betio, onde está estabelecida uma empresa da qual não consta sequer ter o réu sido funcionário (fls. 224). Foi também procurado em estabecimentos prisionais (fls. 240, 241, 243/vº, 254/vº), sem sucesso. Não compareceu à audiência designada para o seu interrogatório (fls. 251); porém tendo sido obtida a atual localização do nº 8 na Rua Humberto Parente (fls. 242vº), houve nova designação para interrogatório (fls. 253), sendo ao oficial de justiça informado que o réu mudara-se dali há vários anos e seu paradeiro ser desconhecido (fls. 255).
>
> Foi assim reconhecida a **revelia** do réu, determinando-se a antecipação da prova (fls. 257). A ele foi nomeado Defensor, que apresentou defesa prévia (fls. 258). Foram inquiridas as testemunhas arroladas pela Acusação (fls. 263/264, 265 e 272) e só então estabelecida a suspensão deste processo, ficando também suspenso o *prazo prescricional*, em 08/02/01. Não foi decretada a prisão preventiva do réu (fls. 291).
>
> O réu regularizou a sua representação processual em data rasurada (pelo verso vê-se em **novembro de 1999**), e aos 21/3/2001 requereu vista dos autos (fls. 296/297).
>
> O Banco ABN AMRO Real S.A., instituição financeira que se apresentou como vítima sucessora do denunciado, requereu sua admissão como Assistente da Acusação e o prosseguimento desta ação, destacando que o réu se fizera representado nos autos deste processo (fls. 308/309), com o que manifestou-se favoravelmente a Promotoria Pública (fls. 310vº/311).

Foi a instituição financeira admitida como Assistente da Acusação, bem como *revogada* a suspensão do processo e consequentemente do prazo prescricional, aos 06/06/2001 (fls. 312). O BCN demonstrou documentalmente seu interesse na solução desta ação penal, pugnando pelo aditamento à denúncia (fls. 321/327vº), com o que a Promotoria Pública discordou, requerendo contudo, que a documentação apresentada permanecesse nestes autos (fls. 328vº/329vº) o que foi deferido (fls. 330 e 335). Ao contrário do afirmado pela combativa Defensoria, esta foi, assim como o Assistente da Acusação (fls. 338) intimada para que indicasse o novo paradeiro do réu (fls. 337 e 340), já que no endereço constante da procuração, tentou-se a intimação pessoal do réu (fls. 313/314), sendo informado ao sr. Oficial de justiça que o mesmo mudara-se daquele local há cerca de três meses para outro, ignorado (fls. 320). No endereço fornecido pelo B.C.N., o réu é pessoa desconhecida pelo porteiro e funcionários (fls. 346vº).

Intimado a se manifestar na fase do art. 499 do C.P.P., a Defensoria deixou decorrer o prazo sem manifestação (fls. 379).

Não procede, portanto, a alegação de que apenas para apresentação de alegações finais o réu tenha sido intimado para os atos deste processo.

Como demonstração acerca da imprescindibilidade da antecipação da prova, confira-se a propósito, a perda de provas em razão do largo tempo decorrido desde a data do fato (fls. 157, 230, 371 e 391).

Acerca da suspensão do processo cujo réu seja revel, dispõe o art. 366 § 2º, do Código Penal, que "comparecendo o acusado, ter-se-á por citado pessoalmente, **prosseguindo o processo em seus ulteriores atos**). Como já visto, encerrada a produção de prova testemunhal, e restabelecido o processamento desta ação por o réu ter-se feito representado neste processo, seguiram-se intimações para manifestação na fase do art. 499 e 500 do C.P.P. A Defesa optou por apenas apresentar as alegações finais, arguindo preliminares de cerceamento de defesa, as quais, pelo que até aqui foi exposto, ficam todas elas *rejeitadas*.

(Fls. 28/29.)

Ademais, foi afirmado pelo Juízo de 1º grau tratar-se de réu reincidente.

Deve ser ressaltado, assim, que a prisão cautelar do paciente, decretada no momento da sentença condenatória, está devidamente fundamentada, pois o Juiz de 1º grau expôs, objetivamente, os motivos concretos que ensejaram a decretação, nos termos exigidos no art. 312 do Código de Processo Penal.

O acórdão ora questionado está, portanto, em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a sentença condenatória que decreta a prisão cautelar do réu deverá fundar-se nos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, sem que tanto caracterize constrangimento ilegal.

Processo penal. *Habeas corpus.* Presunção de inocência. Direito de apelar em liberdade.

1. Não há discutir a constitucionalidade da exigência contida no art. 594 do Código de Processo Penal quando a sentença condenatória recorrível apresenta fundamentos de ordem cautelar suficientes para autorizar a prisão do réu.

2. O pedido formulado no *writ* é para que seja revogado o mandado de prisão, não para que seja superada condição de procedibilidade recursal.

3. Ordem denegada.

(HC 93.564/SP, Primeira Turma, de minha relatoria, *DJ* de 25-4-08.)

No mesmo sentido: HC 92.918/BA, Segunda Turma, relatoria do Ministro **Eros Grau**, *DJ* de 25-4-08; HC 92.967/AC, Segunda Turma, relatoria do Ministro **Celso de Mello**, *DJ* de 11-4-08; apenas para citar os mais recentes.

Aliás, esse aspecto foi bem demonstrado pelo Ministério Público Federal, no parecer do ilustre Subprocurador-Geral Dr. **Wagner Gonçalves**, *in verbis*:

> (...)
> 7. Como se vê, a prisão determinada na sentença condenatória, para que o réu possa recorrer, está vinculada a dados concretos que justificam a segregação, em consonância com o que dispõe o art. 312 do Código de Processo Penal. A decisão está suficientemente motivada – embora o paciente tenha, de fato, respondido a todo o processo em liberdade, ao proferir a sentença, fatos relevantes (em especial a ausência de endereço certo do paciente) levaram o julgador a entender pela necessidade da custódia.
> 8. Como bem observado pelo Eg. TJSP:
> "(...) Experimenta também outra condenação por receptação dolosa, transitada depois do presente cometimento (fl. 43, proc. 302/94), processo por crime falimentar em curso (fl. 49, proc. 3/03-Limeira), a demonstrar que não esteve "inativo" quando desaparecido. Tem duas execuções, cf. fl. 51.
> Determinada sua intimação nos dois últimos endereços declarados (fl. 29, HC 460 dos autos), ao que parece sem sucesso, teria sumido de novo, não foi localizado nem se apresentou à prisão – ao contrário, ingressou com a presente ordem, totalmente despropositada, continua em local desconhecido. (...)
> Regra geral é a de que o paciente se deverá recolher à prisão, se quiser apelar. Não o fará, somente, por exceção, quando primariedade e bons antecedentes vierem a ser reconhecidos na sentença. Aí é que deverá ocorrer fundamentação suficiente, pois a exceção é que há de ser justificada, não a regra geral. E a redação do artigo 594 não deixa margem a qualquer dúvida: "o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto".
> (Fls. 44/35.)
> 9. As circunstâncias dos autos, portanto, evidenciam a inexistência de constrangimento ilegal a ser sanado pela via do *habeas corpus*, não havendo falar em ilegalidade na manutenção da custódia do paciente.
> (Fls. 620/621.)

Ante o exposto, considerando, também, o parecer do Ministério Público Federal, denego o *habeas corpus*.

Concedo a ordem de ofício, contudo, apenas para o fim de que o Juízo da 28ª Vara Criminal de São Paulo restitua ao paciente o prazo da apelação, mantendo hígido o decreto de prisão preventiva.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, vou além para conceder a ordem conforme o pedido formulado.

O acusado respondeu ao processo em liberdade. E então, quando da sentença condenatória, impôs-se a custódia, mas não se lançou base maior para essa mesma custódia. A meu ver, o fato implica decisão sem fundamentação, decisão que, portanto, não subsiste.

Peço licença ao Relator para deferir a ordem. Vencido nessa parte, acompanho Sua Excelência na concessão da ordem de ofício, ou seja, para afastar a "deserção" da apelação por não ter o condenado se submetido à custódia, isso em postura que se mostra contraditória com o inconformismo alusivo à condenação.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Vossa Excelência concede o *habeas corpus* tal como requerido?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Defiro o *habeas corpus* e, vencido nessa parte, acompanho o Relator na concessão da ordem de ofício para ser julgada a apelação, afastada a deserção.

EXTRATO DA ATA

HC 94.854/SP — Relator: Ministro Menezes Direito. Paciente: Flavio Tomaz de Lima ou Flavio Tomas de Lima ou Edgar Alves Lino. Impetrante: Flavio Tomas de Lima (Advogado: William Tullio Simi). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*; vencido, nesta parte, o Ministro Marco Aurélio. Por unanimidade, concedeu a ordem, de ofício, nos termos do Relator.

Presidência do Ministro Carlos Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 3 de fevereiro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

———

HABEAS CORPUS 94.903 — RS

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Paciente: Marcos Aurélio Rosa de Oliveira — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Penal. Sentença penal condenatória transitada em julgado. Possibilidade de impetração de *habeas corpus*. Precedentes. Fixação da pena. Método trifásico (arts. 59 e 68 do Código Penal). Os fatos considerados maus antecedentes na primeira fase, para fixação da pena-base, não servem como circunstâncias legais de agravamento da pena (art. 61, inciso I, do Código Penal). Precedentes. Inocorrência no caso concreto.**

1. A jurisprudência desta Suprema Corte consolidou-se no sentido de que "a coisa julgada estabelecida no processo condenatório não é empecilho, por si só, à concessão de *habeas corpus* por órgão jurisdicional de gradação superior, de modo a desconstituir a decisão coberta pela preclusão máxima" (RHC 82.045/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* de 25-10-02).

2. Os fatos considerados maus antecedentes na primeira fase, para fixação da pena-base (circunstâncias judiciais – art. 59 do Código Penal), não podem servir como circunstâncias legais de agravamento da pena, sob pena de incidir em *bis in idem*, o que não ocorreu no caso concreto.

3. *Habeas corpus* conhecido e denegada a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 26 de agosto de 2008 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: *Habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Marcos Aurélio Rosa de Oliveira, pleiteando a concessão da ordem para que seja desconstituído "o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com consequente revigoramento do *decisum* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que afastou a agravante da reincidência evitando, o *bis in idem*" (fl. 10).

Aponta como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento ao Recurso Especial 936.791/RS, interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

A Impetrante alega, em síntese, que o Paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, pois o acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça não poderia ter aplicado a agravante da reincidência (art. 61, inciso I, do Código Penal) à pena do Paciente, uma vez que já considerada para aumentar a pena-base, e que esse entendimento configuraria o *bis in idem* (fls. 3 a 10).

Por não haver pedido de liminar a ser apreciado e estarem os autos devidamente instruídos com as peças necessárias ao entendimento da questão, dispensei as informações da autoridade apontada como coatora e abri vista dos autos ao Ministério Público Federal (fls. 103 a 106), que, pelo parecer do Subprocurador-Geral da República Dr. **Wagner Gonçalves**, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, se conhecido, pela denegação da ordem (fls. 108 e 111).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Tem-se, nos autos, que o Paciente foi denunciado pelo Ministério Público estadual, em 3-10-05, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal (furto com emprego de arma de fogo – fls. 15 a 17).

A denúncia foi recebida em 4-12-02 (fl. 18).

Em 11-10-03, o Paciente foi condenado pelo Juízo de 1º grau (fls. 19 a 26), como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, à pena de 9 anos, 9 meses e 18 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais pena de multa.

Contra essa decisão, o Paciente interpôs apelação criminal (fls. 27 a 37) ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, em 26-4-06, deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a pena para 5 anos e 8 meses de reclusão, mantendo no mais a sentença condenatória (fls. 50 a 57).

Irresignado, o Ministério Público estadual opôs embargos de declaração (fls. 60 a 63), que foram desacolhidos por aquele Tribunal de Justiça (fls. 66 a 69). Na sequência, interpôs o Recurso Especial 936.791/RS (fls. 73 a 85), o qual, em 27-3-08, foi conhecido e provido pelo Superior Tribunal de Justiça para restabelecer a causa especial de aumento de pena previsto no art. 61, inciso I, do Código Penal e aumentar a pena para 6 anos, 7 meses e 10 dias de reclusão.

Está na decisão:

> Verifica-se que o Tribunal *a quo*, ao deixar de aplicar o acréscimo da reincidência, aduzindo, entre outras coisas, que tal instituto não se coaduna com a ordem constitucional vigente, negou vigência ao art. 61, inciso I, do Código Penal, segundo o qual:

"Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I – a reincidência;"

Com efeito, respeitável a construção doutrinária na defesa de quaisquer teses que exaltem ou critiquem o sistema legal em vigor, contudo, durante a sua vigência, afigura-se imprescindível que seja efetivamente respeitado e aplicado; e, consoante se depreende da redação do dispositivo em questão, o legislador endereçou um comando, e não uma faculdade, ao aplicador da lei, qual seja: no momento da dosimetria da pena, estando comprovada a reincidência, a sanção corporal deverá ser sempre agravada.

Nesse sentido:

"*Penal. Recurso especial. Receptação. Reincidência. Agravante. Necessidade de aplicação.*

I – Dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada.

II – Fere o disposto no art. 61, inciso I, do Código Penal, a rejeição de sua incidência sob pretexto de *bis in idem*, concretamente inocorrente. (Precedentes).

Recurso especial provido."

(REsp 926.231/RS, Rel. Min. **Felix Fischer**, 5ª Turma, *DJ* de 3-9-07.)

"*Penal. Porte ilegal de arma. Art. 61, I, do Código Penal. Negativa de vigência reconhecida. Norma de aplicação obrigatória. Recurso especial provido.*

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "Condenações diversas, transitadas em julgado, singularmente apreciadas, podem ser levadas em consideração, pelo julgador, para efeito de maus antecedentes e de reincidência, desde que, como *in casu* ocorre, sejam distintos os elementos geradores. O que não se admite é a valoração, em momentos diversos, durante a fixação da pena, de um mesmo fato" (REsp 736.345/RS, Rel. Min. **Laurita Vaz**, 5ª Turma, *DJ* de 19-12-05).

2. O art. 61, inciso I, do Código Penal prevê a reincidência como circunstância legal, sendo esta, portanto, norma de natureza cogente, ou seja, de aplicação obrigatória, que deverá sempre agravar a pena.

3. Recurso especial conhecido para determinar ao Tribunal *a quo* que proceda a nova dosimetria da pena, considerando a agravante da reincidência, mantidas as demais cominações do acórdão recorrido."

(REsp 899.339/RS, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, 5ª Turma, *DJ* de 7-5-07.)

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, restabelecer a causa especial de aumento do art. 61, inciso I, do Código Penal.

Assim, inalteradas as demais cominações do aresto hostilizado, mantém-se a pena-base de *Marcos Aurélio Rosa de Oliveira*, fixada em 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão. Diante do reconhecimento da circunstância agravante da reincidência, majora-se a pena em 1/6 (um sexto). Por fim, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço) pela qualificadora prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, tornando-a, pois, definitiva, em 06 (seis) anos, 7 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

(Fls. 11/12.)

Daí a presente impetração, na qual alega a Impetrante, em síntese, que o Paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, pois o acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça não poderia ter aplicado, à pena do Paciente, a agravante da reincidência (art. 61, inciso I, do Código Penal), uma vez que já considerada para aumentar a pena-base, e que esse entendimento configuraria *bis in idem* (fls. 3 a 10).

Inicialmente, não vejo óbice ao conhecimento da impetração em virtude do trânsito em julgado da condenação, como pretendido pelo Ministério Público Federal.

É certo que esta Corte firmou o entendimento no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal para reabrir a discussão de mérito da ação penal ou analisar o conjunto fático-probatório nela existente. Todavia, a jurisprudência desta Suprema Corte também se consolidou no sentido de que "a coisa julgada estabelecida no processo condenatório não é empecilho, por si só, à concessão de *habeas corpus* por órgão jurisdicional de gradação superior, de modo a desconstituir a decisão coberta pela preclusão máxima" (RHC 82.045/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 25-10-02).

Não se trata, no presente caso, de reabrir discussão de mérito ou analisar o conjunto fático-probatório. A questão trazida no *habeas corpus* é exclusivamente de direito, sobre a legitimidade ou não da aplicação de uma circunstância legal (reincidência) para agravar a pena-base imposta ao Paciente.

Conheço, portanto, da impetração.

No mérito, não tem razão a Impetrante.

A aplicação da pena deve obedecer, em se tratando de crimes comuns, ao critério trifásico adotado pelo Código Penal nos arts. 59 e 68.

Em um primeiro momento, após concluir de modo afirmativo pela materialidade e pela autoria do crime, o Juiz deve fixar a quantidade da pena a ser aplicada dentro dos limites estabelecidos pelo legislador. Nessa tarefa, cumpre-lhe observar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos, as circunstâncias e as consequências do ilícito, e o comportamento da vítima. Em um segundo momento, o Juiz deve majorar ou diminuir a pena-base fixada conforme verifique a existência de circunstâncias atenuantes, previstas no art. 65, ou agravantes, previstas nos arts. 61 e 62 do Código. Na terceira e última fase de aplicação da pena, tem lugar a incidência das causas de diminuição e de aumento, em geral previstas na parte especial do Código Penal, e cuja expressão é previamente estabelecida dentro de uma margem expressamente estabelecida pelo próprio legislador.

Todo esse processo, vale lembrar, é corolário do princípio do devido processo legal e encontra justificativa direta na necessidade de se preservar a proporcionalidade possível entre o ilícito praticado e a reprimenda que lhe deve corresponder. Nessa medida, constitui, também, instrumento apto a garantir uma fundamentação transparente sobre o juízo de razoabilidade formulado pelo Juiz que, assim, poderá ser aferido dentro de cada uma das etapas que levam à aplicação da pena.

No que se refere especificamente à questão trazida no presente *habeas corpus*, a jurisprudência desta Suprema Corte firmou o entendimento de que os fatos considerados maus antecedentes na primeira fase, para fixação da pena-base (circunstâncias judiciais – art. 59 do CP), não podem servir como circunstâncias legais de agravamento da pena, sob pena de incidir em *bis in idem* (nesse sentido: HC 69.479/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, *DJ* de 18-12-92; HC 70.223/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Néri da Silveira**, *DJ* de 3-12-93; HC 70.483/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Celso de Mello**, *DJ* de 29-4-94; HC 70.327/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 24-6-94).

Faço o relato do que ocorreu no caso concreto.

Ao fixar a pena do Paciente, o Juízo sentenciante assim fundamentou sua decisão:

> 1) Da pena privativa de liberdade
>
> Com relação à culpabilidade, verifico que não foi questionada. A censurabilidade do agir do réu se afasta do mínimo, considerando a audácia e intenso dolo demonstrado durante a execução do fato e, sobretudo na busca de assegurar o seu proveito, tendo trocado tiros com policiais em perseguição, colidido com grande violência contra terceiro veículo, inocente, causando-lhe danos de monta e somente sendo contido mediante 03 disparos. Tinha perfeita consciência da ilicitude, tanto que negou a autoria. O fato foi cometido enquanto o réu estava foragido do sistema penitenciário.
>
> *O réu possui antecedentes, sendo que, além da condenação a ser utilizada abaixo na reincidência, a folha de antecedentes registra outras infrações.*
>
> A conduta social foi abonada.
>
> No tocante à motivação do delito, tenho por inerente ao tipo penal: obtenção de vantagem ilícita.
>
> Em relação às consequências do delito, devem ser julgadas negativas, pois o objeto do crime foi restituído à vítima após forte colisão, que também provocou perda total no outro automóvel, pois Gilmar teve de vendê-lo ao ferro velho.
>
> Desta forma, **fixo a Pena Base em 6 anos de reclusão.**
>
> O réu é reincidente, conforme fls. 141/4, de modo que lhe acrescento 1/6.
>
> Houve emprego de arma de fogo, inclusive na residência (havia 3 cartuchos deflagrados (fl. 17), e considerando a periculosidade da arma utilizada, uma pistola calibre 380, não cadastrada no sistema (fl. 17), acompanhada de um carregador, aumento a pena em 2/5.
>
> Torno a pena definitiva, portanto, em **9 anos e 9 meses e 18 dias de reclusão**, em regime inicialmente *fechado*.
>
> (Grifos nossos – fl. 25.)

Por outro lado, a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao dar parcial provimento ao recurso da defesa, entendeu ter ocorrido *bis in idem* na fixação da pena, pelos seguintes fundamentos:

> A pena-base merece ser reduzida, eis que exacerbado o aumento de 02 anos em razão dos antecedentes e afastada a agravante da reincidência.

> Na análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal se que o réu apresenta antecedentes, caracterizados por processos-crime cujas sentenças já transitaram em julgado (fls. 164/167), sendo essa a única circunstância desfavorável.
>
> Decisões condenatórias anteriores, são antecedentes que se refletem na majoração da pena-base, pois a culpabilidade fica intensificada.
>
> Fixa-se, portanto, a pena-base em 04 anos e 03 meses de reclusão.
>
> Impende considerar que a reincidência, quando considerada para aumentar a pena-base, não será valorada novamente como agravante, pena de "*bis in idem*".
> (Fl. 56.)

Contra essa decisão, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul opôs embargos declaratórios, sob alegação de que teriam ocorrido omissão e contradição no acórdão embargado. Alegou, quanto à omissão, que o Tribunal de Justiça local, ao redimensionar a pena do Réu, não se atentou às diversas circunstâncias negativas, "tais como, evasão do sistema penitenciário, confronto com a polícia, danos em patrimônio de terceiros inocentes, aptas a ensejar a majoração da pena-base imposta, da forma como ocorreu quando da dosimetria da pena de 1º grau" (fl. 62). Sustentou, no que concerne à contradição, que aquela Corte estadual, ao aplicar a Súmula 241 do STJ, não teria observado que o Juiz de 1º grau considerou, para fins de fixação da pena-base, diversos antecedentes criminais, e, para aplicar a agravante de reincidência, uma condenação anterior do Réu (fls. 62/63).

Os embargos foram rejeitados (fls. 66 a 68).

O Juízo sentenciante considerou, para a fixação da pena-base, entre outras circunstâncias negativas, os registros de infrações penais existentes em nome do Paciente (antecedentes criminais) e, para agravá-la, uma condenação anterior (reincidência), o que afasta qualquer alegação de que teria havido a aplicação de uma mesma circunstância em duas fases da dosimetria da pena (*bis in idem*).

Esta foi também a constatação feita pelo Ministério Público Federal, que assim ressaltou em seu parecer:

> (...)
>
> 9. Nada impede que as infrações registradas na folha de antecedentes do paciente sejam consideradas na fixação da pena-base, como maus antecedentes (circunstância judicial), e a condenação definitiva prévia como reincidência (agravante). O que se veda é a incidência do mesmo fato em mais de uma das fases de fixação da pena, ou seja, o *bis in idem*, que, como visto, não ocorreu no caso *sub examine*.
> (Fl. 110.)

No mais, destacou o ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Wagner Gonçalves**:

> (...)
>
> 10. Já no que concerne à legalidade e constitucionalidade da aplicação da agravante da reincidência, verifica-se que o art. 61, I, do CP é expresso ao determinar que a reincidência é circunstância que sempre agrava a pena, quando não

constitui ou qualifica o crime. Sobre a questão, é importante destacar não ser possível ou razoável dar igual tratamento ao criminoso primário e ao contumaz, com uma ou mais condenações anteriores, pois a esse último exige-se uma punição mais grave. A medida encontra respaldo, inclusive, no princípio da individualização da pena.

11. **Essa Suprema Corte, no julgamento do HC 91.688/RS, proclamou que "a pena agravada pela reincidência não configura *bis in idem*. O recrudescimento da pena imposta ao paciente resulta de sua opção por continuar a delinquir"** (Rel. Min. **Eros Grau**, 2ª T., *DJ* 26.10.07).

12. Resta concluir, portanto, que o acórdão impugnado não merece qualquer reforma.

(Fls. 110/111.)

Ante o exposto, considerando ainda o parecer do Ministério Público Federal, denego a ordem de *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC 94.903/RS — Relator: Ministro Menezes Direito. Paciente: Marcos Aurélio Rosa de Oliveira. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime. Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Britto e Cármen Lúcia.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Ricardo Lewandowski e Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Britto e Cármen Lúcia. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 26 de agosto de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 95.166 — SP

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Paciente: Rosendo Rodrigues Baptista Neto — Impetrante: Mauricio Rodrigues Hortêncio — Coatora: Relatora do HC 94.933 do Supremo Tribunal Federal

***Habeas corpus*. Impetração contra ato de Ministro Relator do Supremo Tribunal Federal. Ausência de ilegalidade ou ato que configure constrangimento ilegal praticado pela autoridade apontada como coatora.**

1. É incabível *habeas corpus* contra decisão de Ministro da Suprema Corte que deu plena adequação à Súmula 691 desta Corte ao indeferir liminarmente o *writ* e que pretende rediscutir tema já decidido na anterior impetração.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em não conhecer do *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 19 de fevereiro de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Maurício Rodrigues Hortêncio e Ricardo Gouvêa Pires em favor de Rosendo Rodrigues Baptista Neto, buscando a liberdade provisória do Paciente.

Apontam como autoridade coatora a Ministra **Ellen Gracie**, integrante desta Suprema Corte, que indeferiu liminarmente a petição inicial do HC 94.933/SP.

Alegam, basicamente, que, embora o caso autorizasse a mitigação da Súmula 691/STF, a eminente Relatora, ao indeferir liminarmente o *writ*, afirmou não vislumbrar "a presença de qualquer um dos pressupostos que autorizam o afastamento da orientação contida na Súmula 691 do STF" (fl. 17).

No mais, reiteram os fundamentos daquela impetração (fls. 10 a 25 do apenso IV) ao sustentarem: a) a nulidade da decisão que decretou a prisão preventiva do Paciente, por ter sido proferida por Juízo incompetente; b) a impossibilidade de decretação da prisão com base em meras suposições; c) a possibilidade de concessão de liberdade provisória ao Paciente, tendo em vista a presença de

condições subjetivas favoráveis; e d) o excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal (fls. 5 a 11).

Requerem, liminarmente, a revogação da prisão preventiva decretada contra o Paciente e, no mérito, a confirmação da liminar requerida (fl. 13).

Diante da minha ausência, certificada à fl. 20, o eminente Ministro **Ricardo Lewandowski** indeferiu o pedido de liminar (fls. 21/22).

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. **Wagner Gonçalves**, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, e, se conhecido, pela denegação da ordem (fls. 24 a 30).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Trago o *habeas corpus* a julgamento, considerando que indeferida a liminar pelo eminente Ministro **Ricardo Lewandowski**, em virtude da minha ausência. Os autos estão já instruídos com o parecer do Ministério Público Federal.

No entanto, penso que o *habeas corpus* não deva ser conhecido.

De início, vale ressaltar o que consignado na decisão ora questionada:

> 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática que indeferiu pedido de liminar do *writ* anteriormente aforado perante o Superior Tribunal de Justiça sob o fundamento da inadmissibilidade de *habeas corpus* contra indeferimento do pedido no TRF da 3ª Região.
>
> 2. Examinando os autos, constato que foi decretada a prisão preventiva de Rosendo Rodrigues Baptista Neto, que seria membro de organização criminosa de tráfico internacional de drogas, deflagrada pela "Operação Império" do Departamento de Polícia Federal (fl. 3). O Paciente foi denunciado como incurso nos crimes tipificados nos arts. 33, 35 e 40, I, da Lei 11.343/06. (Fls. 2-6 do apenso 1.)
>
> 3. Alegam os Impetrantes, em síntese: a) "nulidade da decisão que decretou a preventiva por ter sido proferida por juízo incompetente" (fls. 10-11); b) inexistência dos pressupostos autorizadores da prisão preventiva (fls. 11-15 e 19-20); c) "impossibilidade de decretação da prisão preventiva com base em meras suposições" (fls. 16-18); e d) "excesso de prazo para realização da instrução". (Fls. 22-25).
>
> Consideram, pois, que deve ser afastado o óbice da orientação contida na Súmula STF 691, para ser concedida a liminar de liberdade provisória, em favor do Paciente (fl. 25).
>
> Requerem, ao final, a concessão do provimento liminar, com a finalidade de que seja revogado o decreto de prisão preventiva (fl. 26).
>
> 4. A decisão impugnada via o presente *habeas corpus*, da lavra do Ministro **Felix Fischer** (fl. 138), encampou orientação jurisprudencial pacificada no âmbito do STJ no sentido do não cabimento do *writ* contra indeferimento de pedido liminar em outro *habeas corpus*, salvo nos casos de flagrante ilegalidade ou abuso de poder na denegação da tutela de eficácia imediata, sob pena de supressão de instância.
>
> 5. Vale frisar, portanto, que o rigor na aplicação da Súmula 691/STF – segundo a qual "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus*

impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar" – tem sido abrandado por julgados desta Corte em hipóteses excepcionais de flagrante ilegalidade ou abuso de poder na denegação da tutela de eficácia imediata. Nestes termos, enumero as decisões colegiadas: HC 84.014/MG, Primeira Turma, unânime, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 25-6-04; HC 85.185/SP, Pleno, por maioria, Rel. Min. **Cezar Peluso**, *DJ* de 1º-9-06; e HC 88.229/SE, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, Primeira Turma, maioria, julgado em 10-10-06.

6. Contudo, não vislumbro a presença de qualquer um dos pressupostos que autorizam o afastamento da orientação contida na Súmula 691, do STF, sob pena de supressão de instância.

7. Ante o exposto, **indefiro** liminarmente o presente *writ*.

(Fl. 17.)

Como se vê, essa decisão está embasada na jurisprudência predominante desta Suprema Corte, consolidada pelo enunciado da Súmula 691, segundo a qual "não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar".

Conforme ressaltado pela Ministra **Ellen Gracie**, "o rigor na aplicação da Súmula 691/STF (...) tem sido abrandado por julgados desta Corte em hipóteses excepcionais de flagrante ilegalidade ou abuso de poder na denegação da tutela de eficácia imediata. Nestes termos, enumero as decisões colegiadas (...). Contudo, não vislumbro a presença de qualquer um dos pressupostos que autorizam o afastamento da orientação contida na Súmula 691, do STF, sob pena de supressão de instância".

Com efeito, os Impetrantes pretendem, na verdade, por via transversa, que seja novamente analisada a questão apreciada pela eminente Relatora, no HC 94.933/SP, no qual se concluiu pela inexistência dos pressupostos que autorizariam o afastamento da orientação contida na referida Súmula.

Em caso idêntico, destaco o HC 94.930/PR, decisão monocrática, de minha relatoria, *DJ* de 12-6-08.

Deve-se ressaltar, ainda, que, no presente *writ*, os Impetrantes não se preocupam em atacar os fundamentos da decisão ora questionada, nem mesmo foi interposto agravo regimental contra ela, limitando-se a reiterar fundamentos daquela impetração, em flagrante intenção de rever a decisão proferida no HC 94.933/SP, que lhes foi desfavorável.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, reporto-me ao voto proferido no HC 97.229-2/RJ e, de início, recuso-me a adotar essa terminologia "não-conhecimento" da ação de envergadura maior que é o *habeas corpus*. Eis o que assentado:

(...) Senhor Presidente, para que o *habeas corpus* se mostre cabível – não é a procedência do pedido –, basta que se narre ato discrepante da ordem jurídica, a alcançar, direta ou indiretamente, a liberdade de ir e vir e que haja órgão acima daquele que o formalizou para exercer crivo. Quanto aos integrantes da Corte, há não só o Tribunal dividido em Turmas, como também o próprio Plenário. Então, assento a adequação do *habeas* impetrado contra a decisão individual do Relator em outra medida. E, no passo seguinte, também caminho no sentido de reportar-me ao voto proferido no processo anterior – no HC 88.047-9/PB – em que consignei:

> (...) Senhor Presidente, continuo a entender que em jogo uma ação nobre, como é a ação que visa a preservar a liberdade de ir e vir há de se observar o princípio do juízo natural.
>
> Não aplico, quando atuo como Relator, ao *habeas corpus* quer o art. 557, analogicamente, do Código de Processo Civil, quer o art. 21 do Regimento Interno. Como porta-voz do Colegiado, busco o aparelhamento do processo para trazê-lo à apreciação. Continuo convencido de que assim deve ser: compete apenas ao Colegiado julgar o *habeas corpus.*
>
> Peço vênia ao Relator para prover o agravo.

EXTRATO DA ATA

HC 95.166/SP— Relator: Ministro Menezes Direito. Paciente: Rosendo Rodrigues Baptista Neto. Impetrante: Mauricio Rodrigues Hortêncio. Coatora: Relatora do HC 94.933 do Supremo Tribunal Federal.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, não conheceu do *habeas corpus*, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie e, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowaki, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, e Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 19 de fevereiro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

HABEAS CORPUS 95.234—MG

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Paciente: Arlindo Ciriaco de Oliveira — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Processual penal. Réu preso. Interrogatório. Intimação pessoal. Desnecessidade. Ato processual ocorrido antes da Lei 10.792/03, que alterou o art. 360 do CPP. Precedentes.**

1. Pela data da sentença condenatória é possível concluir que o Réu foi interrogado em momento anterior à vigência da Lei 10.792/03, que alterou o art. 360 do Código de Processo Penal para exigir-se a citação pessoal para o interrogatório. Esse fato afasta qualquer plausibilidade jurídica nos fundamentos apresentados pela Impetrante a ensejar a anulação da ação penal.

2. A decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Suprema Corte, no sentido de que basta a requisição judicial do réu preso para o interrogatório, considerando a legislação processual vigente à época dos fatos.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 7 de outubro de 2008 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: *Habeas corpus,* com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Arlindo Ciriaco de Oliveira, buscando a anulação da ação penal movida contra o Paciente, a partir do interrogatório.

Aponta como autoridade coatora a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 28.661/MG, Rel. Min. **Paulo Gallotti**, impetrado naquela Corte com o mesmo objetivo ora pretendido.

Alega a Impetrante, em síntese, ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a requisição judicial do réu para comparecimento em juízo a fim de ser interrogado não supriria a necessária citação pessoal dele,

sobretudo após a edição da Lei 10.792/03, que alterou o art. 360 do Código de Processo Penal. Assim, a ação penal movida contra o Paciente seria nula desde o interrogatório.

Pede-se, ao final, a concessão de medida liminar para que seja reconhecida a nulidade apontada.

Por decisão do eminente Ministro **Gilmar Mendes**, Presidente desta Suprema Corte, no período de recesso forense, o pedido de liminar foi indeferido e as informações foram dispensadas (fls. 75 a 77).

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. **Edson Oliveira de Almeida**, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 79 a 81).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Conforme relatado, o presente *habeas corpus* tem como finalidade a anulação da ação penal movida contra o Paciente, a partir do interrogatório, sob o fundamento de que ele deveria ter sido intimado pessoalmente para o interrogatório, não sendo suficiente a simples requisição judicial para tal fim.

A Lei 10.792/03 modificou o art. 360 do CPP, passando-se a exigir a citação pessoal do réu preso para o interrogatório ("Se o réu estiver preso, será pessoalmente citado"), o que não era exigido pela redação anterior desse dispositivo ("Se o réu estiver preso, será requisitada a sua apresentação em juízo, no dia e hora designados").

Na espécie, embora não conste nos autos a data em que o Paciente foi interrogado, é possível concluir que o referido ato processual ocorreu em momento anterior à vigência da Lei 10.792/03, porquanto a sentença condenatória foi proferida em 1º de julho de 2002 (fl. 25).

Esse fato, na minha compreensão, afasta qualquer plausibilidade jurídica nos fundamentos apresentados pela Impetrante a ensejar a anulação da ação penal, tal como pretendida.

O acórdão questionado tem o seguinte teor:

> *Habeas corpus. Réu condenado por roubo duplamente qualificado. Alegação de que a requisição judicial de réu preso para interrogatório não supre sua citação por mandado. Improcedência. Ordem denegada.*
>
> 1. Conforme entendimento desta Corte, a requisição de réu preso (art. 360 do Código de Processo Penal) para o interrogatório supre a citação por mandado judicial, não se evidenciando o alegado constrangimento se devidamente requisitado e interrogado o Paciente.
>
> 2. *Habeas corpus* denegado.
>
> (Fl. 70.)

Tenho que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que basta a requisição judicial do réu preso para o interrogatório, considerando a legislação processual vigente à época dos fatos, sendo prescindível a intimação pessoal dele.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

> *Habeas corpus.* 2. Réu preso. Estando o réu preso, a citação por mandado é prescindível, bastando sua requisição para o interrogatório. 3. Paciente que se deu por citado, na audiência de interrogatório, realizada pelo Juízo deprecado. 4. *Habeas corpus* indeferido. (HC 76.954/SP, Segunda Turma, Rel. Min. **Néri da Silveira**, *DJ* de 15-12-00).
>
> *Habeas corpus.* 2. Pretendida nulidade processual, invocando-se a ausência de citação de réu preso para o interrogatório. 3. Art. 360, do Código de Processo Penal. Réu preso. Hipótese em que a citação por mandado é prescindível, bastando a requisição do preso para o interrogatório. 4. *Habeas corpus* indeferido. (HC 77.635/SP, Segunda Turma, Rel.Min. **Néri da Silveira**, *DJ* de 28-4-00).
>
> *Habeas corpus. Citação. Réu preso. Interrogatório. Tóxico. Dependência. Cerceamento de defesa. Inocorrência.*
>
> A discussão a respeito da nulidade da citação, por não ter sido expedido mandado judicial juntamente com o pedido de requisição do réu preso, está superada pelo comparecimento do denunciado a juízo.
>
> No tocante à omissão da indagação a propósito da eventual dependência de tóxico, uma vez declarado, no interrogatório judicial, que o Paciente era usuário eventual de drogas, descabe acolher a preliminar de nulidade. Precedente da Corte.
>
> *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido.
>
> (HC 76.529/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Ilmar Galvão**, *DJ* de 22-5-98.)

Ademais, como bem ressaltou o Subprocurador-Geral da República, Dr. **Edson Oliveira de Almeida**, em seu parecer, "conforme preceitua o art. 563 do Código de Processo Penal, 'nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa', isto é, *pas de nullitè sans grif*. Acentuou, ainda, o Ministério Público Federal que "a Impetrante não logrou êxito em demonstrar a ocorrência de **prejuízo concreto** à defesa decorrente da requisição e não citação do réu, tendo-se, ao contrário, notícia nos autos de que o ora Paciente foi devidamente interrogado (fl. 19). Outrossim, da leitura dos autos, não se vislumbra a arguição tempestiva da referida nulidade, reforçando-se, assim, o convalidamento do ato praticado" (fl. 80).

Denego a ordem de *habeas corpus.*

EXTRATO DA ATA

HC 95.234/MG — Relator: Ministro Menezes Direito. Paciente: Arlindo Ciriaco de Oliveira. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento o Ministro Carlos Britto.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 7 de outubro de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 95.505 — SP

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Paciente: José Carlos Bobonatti ou José Carlos Bombonatti — Impetrante: Raimundo Hermes Barbosa e outros — Coatora: Relatora do Habeas Corpus 106.249 do Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Constitucional. Penal e processual penal. Crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, associação para o tráfico, corrupção de menores, casa de prostituição e rufianismo. Prisão preventiva. Excesso de prazo na formação da culpa não configurado. Presença de condições subjetivas favoráveis ao Paciente não obsta a segregação cautelar. Incidência da Súmula 691/STF. Precedentes.**

1. Para efeitos da apreciação da medida liminar, os autos dão conta de que o processo teve regular processamento, demonstrando que as diligências foram efetivadas em tempo razoável, presente complexidade da causa.

2. A presença de condições subjetivas favoráveis ao Paciente não obsta a segregação cautelar, desde que haja nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica no caso em apreço.

3. Não se vislumbra, na espécie, flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia que justifique o abrandamento da Súmula 691/STF.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em não conhecer do pedido de *habeas corpus.*

Brasília, 3 de fevereiro de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: *Habeas corpus,* com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Raimundo Hermes Barbosa, Luís Augusto Zanoni dos Santos e Esdras Dantas de Souza em favor de José Carlos Bobonatti, buscando a revogação da prisão preventiva do Paciente.

Apontam como autoridade coatora a Ministra **Jane Silva**, do Superior Tribunal de Justiça, Relatora do HC 106.249/SP, impetrado àquela Corte com o mesmo objetivo ora pretendido.

Alegam os Impetrantes, em síntese, estar o Paciente sofrendo constrangimento ilegal em virtude do excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal, sem culpa atribuível à defesa do Paciente.

Aduzem para tanto que "foi decretada a prisão cautelar do Paciente em 9 de outubro de 2007, encontrando-se preso, portanto, desde a data mencionada, ou seja, **282 (duzentos e oitenta e dois) dias, vale dizer: mais de 09 (nove) meses**; sem culpa formada, pois a audiência de oitiva de testemunhas está marcada para dia **29 de julho de 2008**" (fl. 4 – grifos no original).

Asseveram, ainda, que o constrangimento ilegal que sofre o Paciente configura flagrante ilegalidade capaz de afastar o óbice da Súmula 691 desta Suprema Corte (fls. 10 a 16).

Por fim, acrescentam ser o Paciente réu primário, de bons antecedentes, com residência fixa no distrito da culpa e ocupação lícita (fl. 27).

Requerem, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do Paciente para que possa ele responder o processo em liberdade, confirmando-se, no mérito, o pedido liminar (fls. 30 a 35).

O pedido de liminar foi indeferido. Solicitei informações à autoridade apontada como coatora e ao Juízo da 1ª Vara Criminal de Capivari/SP sobre a atual situação processual do Paciente (fls. 44 a 47).

Aquele Juízo prestou informações às folhas 59 a 62 e encaminhou os documentos de folhas 63 a 207.

A autoridade apontada como coatora prestou informações de folha 214 e encaminhou os documentos de folhas 215 a 221.

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. **Edson Oliveira de Almeida**, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (fls. 224 a 226).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Conforme relatado, o presente *habeas corpus* volta-se contra decisão indeferitória de liminar, proferida pela Ministra **Jane Silva**, do Superior Tribunal de Justiça, Relatora do HC 106.249/SP, e tem como objetivo a revogação da prisão preventiva do Paciente.

Tem-se nos autos que foi instaurado, pela Delegacia de Polícia de Investigação sobre Entorpecentes de Piracicaba/SP, o Inquérito Policial 156/DISE/07 para apurar eventual prática de tráfico de entorpecentes, corrupção de menores e manutenção de casa de prostituição.

Em virtude dos fatos investigados, o Paciente teve decretada a sua prisão temporária, em 8-10-07, e, posteriormente, em 7-11-07, foi decretada a sua prisão preventiva pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Capivari/SP.

No dia 9-11-07, o Paciente foi denunciado, juntamente com outras três pessoas, por suposta prática dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico (art. 33 e art. 35 da Lei 11.343/06), por diversas vezes, em concurso formal e na forma continuada (arts. 70 e 71 do CP), corrupção de menores (art. 218 do CP), manterem casa de prostituição (art. 229 do CP) e rufianismo (art. 230 do CP), todos em concurso material (art. 69 do CP).

Alegando constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo para a formação da culpa e postulando a revogação da segregação cautelar, foi impetrado *habeas corpus* ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo a 9ª Câmara do 5º Grupo da Seção Criminal, por unanimidade, denegado a ordem (fls. 29 a 34 do apenso).

Dessa decisão, foi então impetrado o HC 106.249/SP ao Superior Tribunal de Justiça, tendo a Ministra **Jane Silva**, Relatora, indeferido o pedido de liminar (fl. 48 do apenso) e um pedido de reconsideração (fl. 65 do apenso).

Daí o presente *habeas corpus.*

Como se vê, trata-se de decisão indeferitória de liminar, devendo incidir, na espécie, a Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar".

É certo que a jurisprudência desta Corte tem admitido o abrandamento da súmula para admitir a impetração de *habeas corpus* quando os autos demonstrarem ser hipótese de flagrante ilegalidade abuso de poder ou teratologia.

Na hipótese vertente verifica-se, porém, não haver flagrante ilegalidade capaz de afastar a incidência do referido enunciado.

A decisão ora questionada tem a seguinte fundamentação:

> Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário impetrado em benefício de **José Carlos Bombonatti**, por meio de procurador legalmente habilitado, no qual alegou suportar ilegal coação exercida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em virtude da decisão que manteve sua custódia cautelar, não obstante o flagrante excesso de prazo na instrução criminal, para o qual a defesa não concorreu. Aduziu ser primário e possuidor de residência fixa e ocupação lícita.
>
> O Impetrante requereu o deferimento da medida liminar a fim de ser imediatamente expedido alvará de soltura em prol do Paciente.
>
> **É o relatório.**
>
> Examinei a documentação juntada, bem como os pedidos feitos na inicial, e não me convenci, sem as devidas informações, sobre a ocorrência da alegada coação, por não vislumbrar, cabal e inequivocamente, como demanda o eventual deferimento de medida liminar, qualquer mácula ou falta de fundamentação na decisão que manteve a prisão cautelar do Paciente, eis que, em princípio, calcadas em fatores concretos aptos a afastar a alegada coação pelo vergastado excesso de prazo.
>
> Diante do exposto, indefiro a liminar.

Requisitem-se informações ao Tribunal *a quo* a respeito dos motivos que o levaram a manter a constrição provisória do Paciente, oportunidade em que também deverá noticiar acerca do atual andamento processual da ação penal contra ele ajuizada.

As informações deverão ser enviadas a este Tribunal no prazo de cinco dias.

Prestadas, dê-se vista à Subprocuradoria-Geral da República para que oferte, no prazo de dois dias, seu parecer e, em seguida, retornem os autos concluso.

(Fl. 48 do apenso.)

Não há como ter-se como desprovida de fundamentação ou teratológica a decisão que entende não haver elementos suficientes, demonstrados de plano, para o deferimento da liminar. Pode e deve o Magistrado, ao apreciar o pedido inicial, pautar-se no poder geral de cautela para buscar outros elementos formadores das razões de decidir, além daqueles trazidos pela impetração, sem que tanto caracterize constrangimento ilegal, abuso de poder ou teratologia.

A pretensão dos Impetrantes é trazer ao conhecimento desta Suprema Corte, de forma precária, questões não analisadas definitivamente no Superior Tribunal de Justiça, em flagrante intenção de suprimir a instância antecedente.

De fato, é garantia constitucional a duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII), devendo o Judiciário aparelhar-se de forma a assegurar tal garantia.

Todavia, o que se tem, no caso, é um processo criminal de alta complexidade, pois se apuram crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, associação para o tráfico, por diversas vezes, corrupção de menores, manutenção de casa de prostituição e rufianismo, todos em concurso material, imputados a quatro denunciados. Saliente-se que foram arroladas oito testemunhas pela acusação, já ouvidas, e treze pelas defesas, o que, por si só, dificulta sobremaneira o encerramento da instrução criminal. Noticia-se nas informações prestadas pelo Juízo processante, que a defesa postulou a remarcação de uma audiência e a substituição de uma testemunha, tendo sido designada, ainda, uma nova audiência, por causa deste último pedido (fl. 61).

Eis as informações prestadas pelo Juízo Criminal da Comarca de Capivari/SP:

(...)

04 – Foi por este Juízo, em razão da conexão de crimes apontados na denúncia, antes da decisão sobre o recebimento ou rejeição da denúncia, determinada a notificação do Paciente, para oferecimento de defesa escrita, com relação aos delitos previstos nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/06;

05 – Apresentada a defesa preliminar, foi a denúncia recebida em 13/12/2007, expedindo-se precatória à Comarca de Piracicaba, para citação e interrogatório do Paciente;

06 – Interrogatório realizado em 12/02/2008;

07 – Em audiência realizada na data 21/05/2008, foram colhidos os depoimentos de oito testemunhas de acusação, sendo designado por este Juízo o dia

26/06/2008, para oitiva das testemunhas defesa, uma vez que os advogados não concordaram com a oitiva de suas testemunhas, embora presentes ao ato, antes que todas as de acusação fossem ouvidas;

08 – Cumpre-me informar, que a audiência acima designada, deixou de ser realizada, em virtude de expresso pedido dos defensores para o seu adiamento, tendo este Juízo redesignado a audiência para o dia 29/07/2008.

09 – Noticiado o encerramento da prova da acusação, foi a audiência acima designada iniciada, colhendo-se os depoimento de treze testemunhas de defesa, presentes ao ato. Ausente uma das testemunhas, foi pela defesa solicitada a sua substituição, pedido este deferido pelo Juízo, designando-se o dia 10/09/2008 para sua oitiva.

10. – Os autos se encontram em cartório, aguardando a realização do ato acima designado para o encerramento integral da instrução.

(Fls. 60/61.)

Dessa forma, nada há nos autos, na minha compreensão, que possa vir a configurar constrangimento ilegal. As informações prestadas por aquele Juízo de 1º grau dão conta de que o processo teve regular processamento, demonstrando que as diligências foram efetivadas em tempo satisfatório e razoável, sendo inevitável alguma delonga para o encerramento da instrução criminal sem que tanto caracterize excesso de prazo ou quebra do regular processamento da ação de modo a configurar constrangimento ilegal dos Pacientes.

Nesse sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

***Habeas corpus*. Constitucional. Penal e processual penal. Crime de latrocínio. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Fundamentação idônea. Liberdade provisória. Excesso de prazo na formação da culpa não configurado.**

1. O decreto de prisão preventiva, no caso, está devidamente fundamentado, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, não evidenciando constrangimento ilegal amparável pela via do *habeas corpus.*

2. Afigura-se razoável o prazo para o encerramento da formação da culpa do Paciente e, consequentemente, da prisão cautelar, diante da complexidade da causa e da respectiva instrução probatória.

3. *Habeas corpus* denegado.

(HC 92.255/PE, Primeira Turma, de minha relatoria para o acórdão, *DJ* de 13-6-08 – grifo nosso.)

Penal. Processo penal. Habeas corpus. Primariedade e bons antecedentes que não são suficientes para evitar a constrição cautelar devidamente motivada. Insuficiente também a condição de vereador do Paciente para impedir a prisão preventiva. Excesso de prazo. Inocorrência. Processo complexo com muitos Corréus. Precedentes do Supremo. Habeas corpus parcialmente conhecido e denegado na parte conhecida. I – Excesso de prazo não caracterizado, considerando tratar-se de caso complexo, com vários acusados, que autoriza uma interpretação mais flexível dos termos processuais, mesmo em se tratando de réus presos. II – A primariedade e os bons antecedentes do Réu, por si sós, não afastam a decretação da segregação cautelar, desde que adequadamente fundamentada e decretada por autoridade competente. III – Condição de vereador que não garante

ao Paciente tratamento diferenciado relativamente aos demais corréus. IV – Os edis, ao contrário do que ocorre com os membros do Congresso Nacional e os deputados estaduais não gozam da denominada incoercibilidade pessoal relativa (*freedom from arrest*), ainda que algumas Constituições estaduais lhes assegurem prerrogativa de foro. V – *Habeas corpus* conhecido em parte e denegado na parte conhecida.

(HC 94.059/RJ, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 13-6-08 – grifo nosso.)

Habeas corpus. Prisão preventiva. Pressupostos e fundamentos. Questão não suscitada no Superior Tribunal de Justiça. Supressão de instância. Excesso de prazo para o término da instrução criminal. Relaxamento de prisão.

Se a questão relativa à prisão preventiva não foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, também não pode sê-lo pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de supressão de instância.

Quanto à demora na conclusão do feito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o prolongamento da instrução criminal quando derivada das circunstâncias e da complexidade do processo. Precedentes. Habeas corpus conhecido em parte e, nessa parte, indeferido.

(HC 86.103, Segunda Turma, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, *DJ* de 19-5-06 – grifo nosso.)

Foi nesse sentido, também, o parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. **Edson Oliveira de Almeida**, que se manifestou pelo não conhecimento da impetração:

(...)

7. Entendo que a presente ordem não comporta conhecimento, pois vedada a impetração de *habeas corpus* contra o indeferimento de medida liminar em outro *writ,* sob pena de supressão de instância – Súmula 691/STF. Nesse sentido: "O descontentamento pela falta de êxito no pleito submetido ao Tribunal *a quo*, ainda em exame precário e inicial, não pode ensejar o conhecimento desta ação sob pena supressão de instância e de grave violação das regras de competência. (HC nº 92.456/BA, Rel. Min. Menezes Direito, *DJ* de 1.2.2008)

8. O Supremo Tribunal Federal tem admitido temperamentos à Súmula 691 "somente quando, de logo, avulta que o cerceio à liberdade de locomoção do paciente decorre de ilegalidade ou abuso de poder (inciso LXVIII do art. 5º da CF/88)" (HC 96.916/SP, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 29.8.2008), não sendo o caso dos presentes autos, tendo em vista que a prisão preventiva está suficientemente fundamentada e, mais, a dilatação do prazo para o término da instrução decorre da complexidade do feito: "O prazo para o término da instrução criminal deve ser cotejado levando-se em conta a complexidade do feito, sob pena de se tornar inviável o processamento da *persecutio criminis* em casos complexos, que envolvam o crime organizado" (HC 84.493/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 11.2.2005).

9. Ademais, os autos estão conclusos ao relator no Superior Tribunal de Justiça, com manifestação desfavorável do Ministério Público Federal, aguardando o julgamento pelo órgão colegiado.

(Fls. 225/226.)

Anote-se, por fim, que a presença de condições subjetivas favoráveis ao Paciente não obsta a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica no caso presente. Nesse sentido: HC 96.247/SP, julgado em 9-12-08; HC 96.182/DF, julgado em 2-12-08; e HC 92.204/PR, *DJ* de 19-12-07; todos da minha relatoria; além do HC 93.901/RS, Primeira Turma, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 27-6-08; HC 90.330/PR, Segunda Turma, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 27-6-08; HC 88.453/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, DJ de 24-11-06; entre outros.

Com essas considerações, por não estar evidenciada flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia que justifique o abrandamento da Súmula 691/STF, o presente *habeas corpus* não merece acolhimento.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus.*

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, fico vencido no tocante ao conhecimento, porque há necessidade de compatibilizar-se o Verbete 691 com a Lei Maior.

A Constituição Federal viabiliza o *habeas corpus*, bastando para tanto que se articule ato ilícito a alcançar a liberdade de ir e vir e exista, acima do órgão que o teria praticado – não estou afirmando que o Superior Tribunal de Justiça o praticou, no caso concreto –, um outro para examinar o acerto ou o desacerto da decisão.

Peço vênia para conhecer da impetração.

EXTRATO DA ATA

HC 95.505/SP — Relator: Ministro Menezes Direito. Paciente: José Carlos Bobonatti ou José Carlos Bombonatti. Impetrante: Raimundo Hermes Barbosa e outros. Coatora: Relatora do Habeas Corpus 106.249 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma não conheceu do pedido de *habeas corpus*; vencido o Ministro Marco Aurélio.

Presidência do Ministro Carlos Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 3 de fevereiro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

———

HABEAS CORPUS 95.578 — PB

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Paciente: Veruska Pereira Franklin ou Veruscka Pereira Franklin ou Veruschka Pereira Franklin — Impetrantes: Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária. Encerramento do procedimento administrativo-fiscal. Mandado de segurança impetrado posteriormente e sem efeito suspensivo. Possibilidade de ajuizamento da ação penal. Reclassificação do delito e exclusão da continuidade delitiva. Não conhecimento dessas matérias pelo Superior Tribunal de Justiça. Análise reservada à instrução criminal. Precedentes.**

1. Denúncia oferecida após a conclusão do procedimento administrativo-fiscal, com a constituição, de ofício, do crédito tributário, não estando, portanto, a decisão questionada em contradição com a jurisprudência desta Suprema Corte, no sentido de que a ausência de lançamento definitivo do crédito tributário impede o ajuizamento da ação penal pelo crime previsto no art. 1º da Lei 8.137/90.

2. A impetração de mandado de segurança, após o lançamento definitivo do crédito tributário, não tem o condão de impedir o início da ação penal, principalmente porque a ordem foi denegada em 1º grau e a apelação interposta, ainda pendente de julgamento, não tem efeito suspensivo.

3. Impossibilidade de análise das questões relativas à reclassificação do delito e à exclusão da continuidade delitiva, porque não foram conhecidas pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o fundamento de que "o revolvimento da matéria fática com o objetivo de se apurar em que tipo penal se enquadraria a conduta atribuída à acusada, bem como se as ações caracterizariam um ou mais delitos em continuidade delitiva (...) somente poderá ser discutido durante a instrução criminal", não sendo possível e nem recomendável a concessão da ordem para esse fim.

4. Não cabe a esta Suprema Corte, em *habeas corpus*, antecipar-se ao Magistrado de 1º grau e, antes mesmo de finalizada a instrução criminal, firmar juízo de valor sobre as questões controvertidas e determinar o crime pelo qual deverá se defender a paciente.

5. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer, em parte, do pedido de *habeas corpus*, mas, nesta parte, indeferi-lo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 10 de março de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato em favor de Veruska Pereira Franklin, buscando o enquadramento do "suposto crime ao artigo 2º, I, da Lei 8.137/90, por força do princípio da especialidade (...), para que, posteriormente, seja declarada a prescrição da pretensão punitiva do Estado, com arrimo no art. 109, V, do CP, e, além disto, seja excluída a continuidade delitiva, uma vez que, como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, não há crime continuado no caso de sonegação de um único imposto de renda, possibilitando à paciente, o direito de fazer o acordo previsto na Lei dos Juizados Especiais, ou, alternativamente, simplesmente trancar a Ação Penal pelo não exaurimento da via administrativa" (fls. 22/23).

Aponta como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que conheceu parcialmente do HC 55.971/PB e, nessa parte, denegou a ordem, sendo Relatora a Ministra **Laurita Vaz**.

Inicialmente, alega o impetrante que o fato descrito na denúncia subsume-se no art. 2º, inciso I, da Lei 8.137/90, e não no seu art. 1º, inciso I, conforme indicado na inicial acusatória (fls. 9 a 13).

Aduz, ainda, a inexistência de continuidade delitiva na espécie, "já que o imposto de renda referiu-se, tão somente, ao do ano de 1998, conforme o próprio *Parquet* mencionou" (fl. 14).

Ao final, afirma que "o processo administrativo que deu azo à ação penal em comento, ainda não se findou, ferindo assim o que vem sendo julgado pelo STF" (fl. 15).

Requer, liminarmente, a suspensão da ação penal, até o julgamento do mérito do HC 83.163/SP, no qual se discute a possibilidade de suspensão condicional do processo para os casos de crimes continuados (fl. 22).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 28 a 34).

As informações foram prestadas à fl. 39.

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Mario José Gisi**, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 57 a 62).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Conforme relatado, o presente *habeas corpus* volta-se contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que conheceu parcialmente do HC 55.971/PB e, nessa parte, denegou a ordem, e tem como objetivo o enquadramento do "suposto crime ao artigo 2º, I, da Lei 8.137/90, por força do princípio da especialidade (...), para que, posteriormente, seja declarada a prescrição da pretensão punitiva do Estado, com arrimo no art. 109, V, do CP, e, além disto, seja excluída a continuidade delitiva, uma vez que, como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, não há crime continuado no caso de sonegação de um único imposto de renda, possibilitando à paciente, o direito de fazer o acordo previsto na Lei dos Juizados Especiais, ou, alternativamente, simplesmente trancar a Ação Penal pelo não exaurimento da via administrativa" (fls. 22/23).

Tem-se, nos autos, que o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra a paciente, por suposta prática de crime contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/90, c/c o art. 71 do Código Penal (fls. 44 a 47 do apenso), tendo a denúncia sido recebida pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Paraíba, conforme consta na decisão de folhas 247/248 do apenso.

Narra a peça acusatória:

> Extrai-se do procedimento administrativo que instruiu a presente denúncia, que a acusada omitiu informações da autoridade fazendária, tendo como consequência, o não recolhimento do imposto de renda referente aos valores omitidos.
>
> Na oportunidade em que entregou a declaração de ajuste anual simplificada, do ano-calendário 1998, todos os valores a serem preenchidos estavam em branco, tendo discriminado, apenas, na declaração de bens e direitos, a quantia de R$ 1,00 (um real), referente ao capital de uma firma individual.
>
> Tal declaração demonstra-se totalmente incompatível com a movimentação financeira realizada em 1998, que perfez um total de R$ 2.009.695,00 (dois milhões, nove mil, seiscentos e noventa e cinco reais), conforme Relatório de Movimentação Financeira de fl. 31.
>
> Intimada à comprovar a origem dos depósitos bancários efetuados em sua conta corrente, no ano em tela, a denunciada não se manifestou.
>
> Instaurada a Ação Fiscal, durante o seu curso, na tentativa frustrada de esclarecer os fatos referentes à sua movimentação financeira, foram solicitadas reiteradas vezes, à denunciada, tanto por Termo de intimação Fiscal, como por telefone, porém sem resposta, a apresentação de extratos bancários e de documentos comprobatórios da origem de seus rendimentos.
>
> Da análise de cópias dos cheques emitidos pela denunciada, enviados pelo Banco do Brasil, constatou-se que a maioria deles era nominal à empresa Adauto Franklin & Cia. Ltda., da qual um de seus sócios era o Sr. Adauto Franklin Filho, esposo da denunciada.
>
> A empresa, acima citada, foi intimada a esclarecer, mediante documentos, a finalidade dos pagamentos realizados pela acusada, o que também não foi feito.
>
> A ação fiscal teve início em 14/04/2001. Concluída em 23/07/2002 (termo de encerramento às fls. 13), resultou na lavratura do Auto de Infração de fls. 09 e 10,

constituindo-se, de ofício, o crédito tributário no valor de R$ 2.019.712,86 (dois milhões, dezenove mil, setecentos e doze reais e oitenta e seis centavos), relativos ao não recolhimento do Imposto de Renda Pessoa Física, incluídos os juros de mora incidente e multa de ofício.

A ação sob relato subsume-se ao tipo penal descrito pelo art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/90, cujo teor é o seguinte, *verbis*:

> Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:
>
> I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;
>
> *omissis*
>
> Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

O elemento subjetivo próprio da conduta delituosa acima descrita é o dolo de sonegar. Este dolo específico consiste no intento deliberado de frustrar ou postergar o surgimento da obrigação tributária, através da omissão de informações ou prestação de declarações inverídicas, tendentes a induzir ou manter em erro os auditores do tesouro nacional, o que de fato ocorreu na situação descrita.

Resta, portanto, evidenciada a prática de **sonegação fiscal** por parte da denunciada, que cometeu uma série de condutas que, de tal maneira, caracterizam fraude à fiscalização tributária mediante a omissão de informações, como meio para reduzir o valor do tributo ora devido, ou seja, do Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF.

Assim agindo, praticou, a denunciada, fato típico descrito no art. 1º, I, da Lei 8.137/90 c/c art. 71 do Código Penal, incorrendo, por conseguinte, nas penas neles contidas, motivo pelo qual requer o Ministério Público, que seja recebida e, regularmente processada, a presente peça vestibular (…).

(Fls. 44 a 46.)

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, denegou a ordem nos seguintes termos:

> *Habeas corpus. Penal e processual penal. Delito tipificado no art. 1º, I, da Lei 8.137/90, em continuidade delitiva. Procedimento administrativo concluído. Impetração de mandado de segurança. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Pedidos de reclassificação do delito e exclusão da continuidade delitiva. Análise de provas.*
>
> 1. "Em tema de crimes contra a ordem tributária, a impetração de mandado de segurança após o exaurimento da instância administrativa é desinfluente para a instauração da ação penal." (RHC 19.721/DF, 6ª Turma, Rel. Min. **Hamilton Carvalhido**, *DJ* de 9-4-07.)
>
> 2. A análise dos pedidos de reclassificação do delito e exclusão da continuidade delitiva requer o revolvimento da matéria fática com o objetivo de se apurar em que tipo penal se enquadraria a conduta atribuída à acusada, bem como se as ações caracterizariam um ou mais delitos em continuidade delitiva, o que somente poderá ser discutido durante a instrução criminal.
>
> 3. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, na parte conhecida, denegada a ordem.

(Fl. 371 do apenso.)

Na hipótese dos autos, não há elementos aptos a sustentar a conclusão de que a ordem deva ser concedida, vez que, pelo que se tem na decisão proferida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, não se vislumbra nenhuma ilegalidade ou abuso de poder.

Daí por que mantenho os fundamentos lançados para indeferir o pedido de liminar, já agora confirmados pela análise mais aprofundada do caso.

Inicialmente, ressalto que a denúncia foi oferecida após a conclusão do procedimento administrativo-fiscal, em 23-7-02, conforme informado à fl. 45 do apenso, com a constituição, de ofício, do crédito tributário no valor de R$ 2.019.712,86 (dois milhões, dezenove mil, setecentos e doze reais e oitenta e seis centavos).

Em seguida, no voto da eminente Ministra **Laurita Vaz**, do Superior Tribunal de Justiça, há a informação de que:

> (...)
> Os Impetrantes requerem o trancamento da ação penal, uma vez que a legalidade do procedimento administrativo (já concluído na esfera administrativa – fl. 310) ainda está sendo apreciada no Mandado de Segurança n.º 2005.82.00.00004637-8, em trâmite no Juízo da 5ª Vara Federal de João Pessoa/PB.
> Cumpre anotar que, consoante informações que ora faço juntar aos autos, o referido mandado de segurança foi julgado improcedente. Houve a interposição de apelação, autuada sob o n.º 2005.82.00.004637-8, ainda não julgada. O Agravo n.º 2005.05.00.015713-2/01, interposto com o fim de se atribuir efeito suspensivo ao mandado de segurança, foi julgado prejudicado em razão do julgamento do *mandamus*.
> Ocorre que, diante da inexistência de efeito suspensivo do mandado de segurança, julgado improcedente em primeiro grau, não há qualquer constrangimento ilegal na propositura da ação penal antes do seu trânsito em julgado, não merecendo, assim, prosperar o pedido de trancamento da ação penal.
> (Fls. 49/50.)

A meu sentir, a decisão questionada não está em contradição com a jurisprudência desta Suprema Corte.

O entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC 81.611/DF, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, é o de que a ausência de lançamento definitivo do crédito tributário impede o ajuizamento da ação penal pelo crime previsto no art. 1º da Lei 8.137/90.

Veja-se a ementa desse julgado:

> I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADI 1.571-MC), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da Lei 8137/90 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo

administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (Lei 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo.
(*DJ* de 13-5-05 – Grifo nosso.)

No mesmo sentido: HC 89.739/PB, Segunda Turma, Rel. Min. **Cezar Peluso**, *DJ* de 15-8-08; HC 85.616/AM, Primeira Turma, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 17-11-06; HC 88.657-AgR/ES, Primeira Turma, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 10-8-06; HC 84.345/PR, Segunda Turma, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, *DJ* de 24-3-06; entre outros.

Ocorre que, como antes ressaltado pela Ministra **Laurita Vaz**, em seu voto, a denúncia foi oferecida após a conclusão do procedimento administrativo-fiscal, em 23-7-02, conforme informado à fl. 45 do apenso, com a constituição, de ofício, do crédito tributário, e o mandado de segurança impetrado posteriormente ao lançamento definitivo não tem o condão de impedir o início da ação penal, principalmente porque a ordem foi denegada em 1º grau e a apelação interposta, ainda pendente de julgamento, não tem efeito suspensivo.

No que concerne aos pedidos de reclassificação do delito e à exclusão da continuidade delitiva, verifico que essas matérias não foram conhecidas pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o fundamento de que "o revolvimento da matéria fática com o objetivo de se apurar em que tipo penal se enquadraria a conduta atribuída à acusada, bem como se as ações caracterizariam um ou mais delitos em continuidade delitiva (...), somente poderá ser discutido durante a instrução criminal" (fl. 369 do apenso), não sendo possível nem recomendável a concessão da ordem para esse fim.

Sobre a reclassificação do delito imputado à paciente, aliás, é importante frisar que a tese trazida pelo impetrante se contradiz com a própria necessidade de se instruir a ação penal, pois é no momento da sentença que poderá o Juiz confirmar o tipo penal apontado na inicial acusatória ou, se entender conveniente, desclassificar a conduta descrita, nos termos previstos no art. 383 (*emendatio libelli*) e no art. 384 (*mutatio libelli*) do Código de Processo Penal. A dizer, qualquer capitulação jurídica feita sobre um fato narrado na denúncia é sempre provisória até o instante da sentença, tornando-se definitiva apenas no instante decisório final.

Dessa forma, não cabe a esta Suprema Corte, em *habeas corpus*, antecipar-se ao Magistrado de 1º grau e, antes mesmo de finalizada a instrução criminal, firmar juízo de valor sobre as questões controvertidas e determinar o crime pelo

qual deverá se defender a paciente. Aqui vale a máxima consagrada pela doutrina e pela jurisprudência no sentido de que o réu se defende dos fatos narrados na denúncia, e não da capitulação indicada pelo órgão acusador.

O fato é que a denúncia narra fatos atribuíveis à paciente, descrevendo suas condutas de forma individualizada e o *modus operandi*, sendo certo que, existindo crime em tese, este deverá ser apurado no devido curso da ação penal. Desde que presente razoável suspeita a propósito de seu comportamento e indícios suficientes de autoria, a persecução penal é consequência natural que se impõe, sem que tanto configure, necessariamente, arbitrariedade ou abuso de poder. Aliás, o impetrante, em momento algum, contesta a autoria dos fatos e a materialidade do crime.

De resto, é firme a jurisprudência consagrada por esta Corte Suprema no sentido de que a concessão de *habeas corpus* com a finalidade de trancamento de ação penal em curso só é possível em situações excepcionais, quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, a causa extintiva da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria (nesse sentido: HC 90.320/MG, Primeira Turma, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 25-5-07; HC 87.324/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 18-5-07; HC 86.583/SP, Segunda Turma, Rel. Min. **Eros Grau**, *DJ* de 27-4-07; HC 85.496/SC, Primeira Turma, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 8-9-06; HC 85.066/GO, Segunda Turma, Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 20-5-05; entre outros).

Outro não foi o entendimento do Ministério Público Federal, que no parecer do Subprocurador-Geral da República Dr. **Mario José Gisi**, manifestou-se pela denegação da ordem nos termos seguintes:

> (...)
>
> Isto porque, a via estreita do *habeas corpus* é inadequada para a incursão em aspectos fáticos ou dilação probatória tendentes à comprovação da existência dos requisitos objetivos e subjetivos para o reconhecimento da continuidade delitiva nos casos de crime de sonegação fiscal.
>
> O mesmo se diga em relação à tipificação penal conferida aos fatos atribuídos à paciente, conforme entendimento jurisprudencial desse Pretório Excelso:
>
> "*Ementa. Homicídio qualificado. Desclassificação. Prescrição antecipada.*
>
> 1. Inadmissível, no âmbito de *habeas corpus*, a pretensão de desclassificação de tentativa de homicídio qualificado para lesão corporal gravíssima, por ser matéria que envolve o reexame de provas e fatos. Essa impossibilidade afasta, em consequência, o exame da prescrição que decorreria de uma eventual desclassificação do delito.
>
> 2. Recurso ordinário improvido."
>
> Este também foi o posicionamento adotado pelo Tribunal *a quo*, consoante se observa do seguinte trecho do voto condutor do v. acórdão que denegou a ordem de *habeas corpus* lá anteriormente impetrada:
>
> "De outra parte, melhor sorte não assiste ao Impetrante no que diz respeito aos pedidos de reclassificação do delito e exclusão da continuidade delitiva, porquanto a sua análise requer o revolvimento da matéria fática com

> o objetivo de se apurar em que tipo penal se enquadraria a conduta atribuída à acusada, bem como se as suas ações caracterizariam um ou mais delitos em continuidade delitiva, o que somente poderá ser discutido durante a instrução criminal" (fls. 51).
>
> De mais a mais, ao final da instrução criminal, o Ministério Público poderá dar nova definição jurídica ao fato criminoso, o mesmo ocorrendo com o juiz de 1º grau ao sentenciar o feito, nos termos dos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal, sendo incabível, assim, a alteração da tipificação penal definida na denúncia em sede de *habeas corpus*.
>
> Não bastasse isso, frise-se que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal entendem que o ato de recebimento da denúncia não é o momento adequado para dar nova definição jurídica ao fato criminoso (...).
>
> (Fls. 60 a 62.)

Ante o exposto, e considerando o parecer do Ministério Público Federal, conheço parcialmente da impetração e, nessa parte, denego a ordem de *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC 95.578/PB — Relator: Ministro Menezes Direito. Paciente: Veruska Pereira Franklin ou Veruscka Pereira Franklin ou Veruschka Pereira Franklin. Impetrantes: Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma conheceu, em parte, do pedido de *habeas corpus,* mas, nesta parte, o indeferiu. Unânime.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 10 de março de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RECURSO EM HABEAS CORPUS 95.615 — PR

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Recorrente: Adenar Gonçalves de Paula — Recorrido: Ministério Público Federal

Recurso ordinário recebido como *habeas corpus* substitutivo. Tráfico ilícito de entorpecentes. Crime cometido sob a vigência da Lei 6.368/76. Impossibilidade de aplicação da redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei Antidrogas (Lei 11.343/06). Ordem denegada.

1. Recurso ordinário intempestivo recebido como *habeas corpus* substitutivo.

2. A primariedade e os bons antecedentes não são suficientes à concessão do benefício, pois, nos termos da redação contida no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, a aplicação da redução da pena depende, ainda, de que o agente não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa, sendo certo que esta Suprema Corte, na via estreita do *habeas corpus*, não pode apreciar o conjunto probatório dos autos para identificar eventual possibilidade de aplicação da redução da pena pleiteada.

3. As provas contidas nos autos bem demonstram que o paciente, além de ser integrante de um grupo que se dedicava ao tráfico ilícito de entorpecentes, fazia dessa atividade o seu meio de vida.

4. Nos termos do parecer do Ministério Público Federal, é "inadmissível utilizar a pena-base prevista na Lei 6.368/76 e a causa de diminuição contida na Lei 11.343, visto que, agindo assim, o juiz criaria uma terceira lei, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico".

5. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso ordinário em *habeas corpus*, por intempestivo, e, no mérito, indeferi-lo.

Brasília, 10 de fevereiro de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Recurso ordinário em *habeas corpu*s, com pedido de liminar, interposto por Adenar Gonçalves de Paula, pelo seu advogado Jorge Vicente Silva, buscando a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

O recurso é interposto contra o acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 94.903/PR, Rel. Min. **Felix Fischer**, impetrado àquela Corte com os seguintes pedidos: "a) nulidade dos acórdãos por não enfrentarem requerimentos da defesa; b) **aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33 § 4º, da Lei 11.343/06**; c) fixação do regime aberto para cumprimento da pena; e d) substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos" (fl. 151 – Grifos no original).

Assevera, contudo, que "nesta súplica recursal o recorrente se limitará a buscar o reconhecimento da causa de diminuição da pena, deixando de recorrer em relação às demais" (fl. 152).

Para tanto, expõe os seguintes fundamentos:

a) o primeiro deles é o de que "a sentença não reconheceu a ocorrência de organização criminosa, pelos 'elementos fático-probatórios dos autos', mesmo na condição de associação prevista nos artigos 18, inciso III e 14, da lei que se encontrava em vigor no momento da sua prolação, estando justamente por isso esta matéria acobertada pelo manto da coisa julgada" (fl. 160). "Destarte, considerando que o juízo processante não apreciou estas supostas provas para decidir este direito, seja reconhecendo ou negando-o, tanto a decisão de segundo grau de jurisdição quanto o E. STJ decidiram a matéria, de fato e de direito, a qual não foi julgada em primeiro grau de jurisdição, e sobre a qual havia coisa julgada formal e material, porquanto a acusação não recorreu daquela decisão primeira" (fl. 161).

b) No segundo fundamento, o recorrente sustenta ter havido *reformatio in pejus* por parte do Tribunal de Justiça estadual, porquanto causou diversos gravames a ele, assim expostos:

> (...)
>
> **Primeiro gravame**. A denúncia não imputou ao recorrente a prática de crime através de uma organização criminosa, de consequência, não indicou provas a embasar esta possível atuação. Portanto, o recorrente não se defendeu de qualquer imputação neste sentido, muito menos rebateu acusação ou provas que pudessem existir a esta circunstância.
>
> Assim, quando em segundo grau de jurisdição incluiu-se esta nova imputação, inovou-se a acusação sobre fatos, sem que tenha sido oportunizado à defesa, pessoal e técnica do recorrente enfrentá-los.
>
> **Este procedimento importou em maltrato ao princípio da necessidade de correlação entre a imputação posta na denúncia, e a fundamentação e conclusão da decisão condenatória**, porquanto, **a denúncia não descreveu e nem imputou conduta infracional perpetrada em organização criminosa, havendo**

apenas o julgado de segundo grau de jurisdição chegado a esta conclusão, sendo certo que somente nele foram indicadas possíveis provas, e não diretas, que podem levar a esta conclusão, e ainda assim através de uma interpretação subjetiva contra o réu.

Em resumo, verifica-se de pleno desatendimento aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, o que, convenhamos, é um enorme gravame.

Segundo gravame. Ainda que a fundamentação posta no v. acórdão recorrido tente dissimular que a sua conclusão não importou em *reformatio in pejus*, isso não é verdade.

Veja-se que ao momento da prolação da r. sentença não estava em vigor a nova lei antidrogas, porquanto, inexistia previsão para aplicação da causa de diminuição de pena ora em questão.

Neste particular cabe um parênteses para dizer que mesmo não havendo naquela oportunidade previsão para esta causa de diminuição de pena quando o crime não fosse praticado através de organização criminosa, havia na lei anterior previsão de causa de aumento de pena quando o crime fosse praticado em simples associação (Lei 6.368/76, art. 18, inciso III), bem como crime autônomo quando houvesse associação criminosa estável e permanente para a prática desta modalidade de crime (art. 14), e não houve qualquer imputação pela denúncia quanto a possível reunião do recorrente com outras pessoas para a prática de crime de tráfico. Assim, a sentença não tinha motivos para analisar a possível existência, ou não, de organização criminosa para fins de atenuar a pena do recorrente, mas tinha, sim, o dever de apreciar esta matéria, caso existisse, para fins de agravar a sua pena ou até mesmo aplicar uma sanção autônoma.

Voltando à análise quanto a questão formal para ver aplicada a benesse contemplada na nova lei, destaque-se que o recorrente em suas razões de apelação pleiteou a aplicação desta causa de diminuição de penal, com súplica de aplicação de lei nova mais benigna, que é diferente de pedido de reforma do julgado monocrática.

Portanto, não se requereu fosse reformada a r. sentença para diminuir a pena, mas sim a aplicação de causa nova de mitigação de reprimenda.

Assim, caso esta benesse estivesse prevista na lei antidrogas anterior, e não tivesse sido conferida ao recorrente, ainda que tacitamente, e em segundo grau de jurisdição este benefício também não tivesse sido reconhecido, não se poderia falar que o julgado colegiado agravou a sua situação.

Entretanto, considerando que esta causa de diminuição de pena não existia quando foi prolatada a r. sentença, e tendo ela sido requerida em grau de apelação com aplicação do princípio penal de incidência da *lex mitior*, a rejeição deste novo direito fundado em fatos, provas e circunstâncias não valoradas pela julgado monocrático (prática do crime em associação criminosa de pessoas, cujas circunstâncias eram previstas na lei anterior como causa de aumento de pena e crime autônomo), efetivamente importou em *reformatio in pejus*.

Isto porque, caso tivesse se utilizado da mesma fundamentação e conclusão possa na r. sentença, no sentido de que não havia organização criminosa, a qual, repita-se, transitou em julgado para a acusação, e uma vez indeferindo esta pretensão justamente em razão desta circunstância, reformou para pior o julgado originário ao negar este abstrato direito do recorrente, tendo como base fatos, provas e circunstâncias que em primeira instâncias não tiveram esta valoração.

(...)

1.3. Terceiro Fundamento

Finalmente, o v. acórdão recorrido rechaçou a arguição do recorrente quanto a configuração de coisa julgada sobre a possível existência de organização criminosa (...)

(...)

É verdade que face o apelo do recorrente obrigou-se "o Tribunal *a quo* a analisar se o paciente preenchia ou não os requisitos para aplicação da benesse pleiteada no recurso".

O que não é verdade é que o Tribunal poderia analisar matérias afeitas ao preenchimento dos requisitos para aplicação deste benefício, reformando contra o recorrente questões já decididas em seu favor.

A propósito, veja-se o caso da primariedade do recorrente. A sentença decidiu que ele é primário, cuja conclusão por não impugnada pela acusação transitou em julgado. Assim, ainda que as provas dos autos viessem a demonstrar a existência de reincidência, não poderia o órgão *ad quem* reformar a sentença para declarar esta circunstância a fim de negar o benefício de diminuição da pena requerida em apelo com aplicação da lei nova mais benéfica.

O mesmo ocorre com a imputada e decidida, repita-se, somente em segundo grau de jurisdição, prática do crime em organização criminosa, haja vista que há sobre esta matéria coisa julgada formal e material na media em que a r. sentença não concluiu ter sido o crime praticado sequer por associação para o tráfico, como permitia a lei antiga.

Portanto, este *fato (organização criminosa)* não foi reconhecido pela r. sentença, razão pela qual *não foi aplicado o direito a ele correspondente*, estando esta matéria *(fato)* acobertada pelo manto da coisa julgada.

(Fls. 163 a 168.)

Ao final, requer "**seja concedida liminar para que o recorrente aguarde em liberdade o julgamento da presente súplica** e ao final seja concedida a ordem de *habeas corpus* definitivamente para reconhecer o direito do recorrente à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, fixando-a no seu grau médio" (fl. 171).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 191 a 197).

O Ministério Público Federal, pelo parecer do Subprocurador-Geral da República Dr. **Mario José Gisi**, manifestou-se pelo improvimento do recurso (fls. 199 a 205).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Conforme relatado, o presente recurso ordinário é interposto contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 94.903/PR, Rel. Min. **Felix Fischer** (fls. 118/119), e tem como objetivo a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Consta nos autos ter sido o paciente condenado à pena de 4 anos de reclusão, pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sob a vigência da antiga Lei de Tóxicos (art. 12 da Lei 6.368/76 – fls. 18 a 23).

Contra a condenação, foi interposta apelação pela defesa, já na vigência da nova Lei Antidrogas (Lei 11.343/06), pleiteando a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, dessa lei, a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito e a aplicação do regime aberto para o cumprimento da pena (fls. 26 a 32). O recurso foi desprovido (fls. 59 a 70).

Impetrou-se, então, em benefício do recorrente, o HC 94.903/PR, ao Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem nos termos da ementa a seguir:

> *Penal. Habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Recurso de apelação exclusivo da defesa. Acórdão que deixou de aplicar a causa de diminuição contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, ao argumento de que o paciente participaria de organização criminosa. Alegação, quanto a este ponto, de reformatio in pejus. Inocorrência de prejuízo ao paciente, pois mantida a sentença condenatória. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 (redação original) declarada pelo STF. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade, na hipótese. Análise do requisito subjetivo. Dilação probatória. Inadequação da via eleita. Fixação de regime fechado para o início de cumprimento de pena. Circunstâncias judiciais desfavoráveis.*
>
> I – Verifica-se, no presente caso, que o e. Tribunal *a quo*, ao examinar os requisitos exigidos para a aplicação da causa de redução de pena contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, indeferiu a benesse requerida, ao argumento de que os elementos fático-probatórios dos autos indicavam a participação do paciente em organização criminosa. Observa-se, por conseguinte, que tal argumento não configurou imposição de gravame ao paciente, porquanto mantida a condenação do mesmo nos termos da r. sentença de primeiro grau, não havendo se falar, *in casu*, em *reformatio in pejus*.
>
> II – De outro lado, tendo em vista que o c. **Pretório Excelso**, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC 82.959/SP**, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, em sua redação original, é inconstitucional, não mais subsiste razão para que não se aplique aos condenados por crimes hediondos, ou a eles equiparados, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.
>
> III – Ainda, embora já esteja em vigor o dispositivo legal que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados pelo crime de tráfico (art. 44, *caput*, da Lei 11.343/2006), ele não se aplica à hipótese dos autos, uma vez que se trata de *lex gravior*, incidindo, portanto, somente aos casos ocorridos após a sua vigência.
>
> IV – Contudo, **na hipótese**, verifica-se que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos foi negada ao paciente em virtude do não preenchimento do requisito subjetivo, haja vista a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 44, inciso III, do CP). Além disso, a aferição do eventual preenchimento do requisito subjetivo pelo paciente, para o atendimento ao pleito deduzido, demandaria, impreterivelmente, o cotejo minucioso de matéria fático-probatória, o que, como é sabido, é vedado em sede de *habeas corpus*.

V – Finalmente, quanto ao pleito relativo à possibilidade de cumprimento de pena em regime aberto, verifica-se que a quantidade significativa de droga apreendida, bem como a presença reconhecida de elevada culpabilidade do paciente, impedem a fixação do regime inicial aberto, em conformidade com o disposto no art. 59 do CP.

Writ denegado.

(Fls. 118/119.)

Preliminarmente, verifico que o recurso não merece conhecimento.

O acórdão recorrido foi publicado em 22-4-08 (fl. 120) e o recurso foi interposto no Superior Tribunal de Justiça, via **fax**, em 28-4-08 (fls. 125 a 147). Ocorre que o original foi protocolado somente 6-5-08 (fls. 149 a 171), quando já ultrapassado o prazo de 5 dias, deixando o recorrente de observar a norma do art. 2º, *caput*, da Lei 9.800/99.

Todavia, por economia processual e em homenagem ao princípio da fungibilidade, recebo o presente recurso como *habeas corpus* substitutivo.

No mérito, contudo, a ordem deve ser denegada.

O § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 tem a seguinte redação:

art. 33. (...)

(...)

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Vê-se que a primariedade e os bons antecedentes não são suficientes à concessão do benefício, pois, nos termos da redação contida no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, a aplicação da redução da pena depende, ainda, que o agente não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa, sendo certo que esta Suprema Corte, na via estreita do *habeas corpus*, não pode apreciar o conjunto probatório dos autos para identificar eventual possibilidade de aplicação da redução da pena pleiteada.

De qualquer modo, o Tribunal de Justiça paranaense, ao desprover o recurso de apelação interposto pelo paciente, ressaltou o que afirmado pelos policiais que efetuaram a prisão em flagrante:

(...)

Que estando em investigações policiais que se iniciaram após a prisão de um traficante que agia na região do Pinheirinho, foi descoberto que a pessoa de alcunha Tuco, cuja qualificação é *Ademar Gonçalves de Paula* comercializava drogas a várias pessoas diariamente pelo valor que variava de R$ 30,00 a R$ 50,00 de substância entorpecente conhecida como cocaína, 1 g ou 1,8 g, respectivamente, o qual eram denominada de convite. Várias pessoas ligavam diariamente solicitando que passassem em suas residências ou marcavam encontros em pontos preestabelecidos na cidade, onde ocorreria a entrega da cocaína. Após relatório apresentado à Autoridade Policial, foi solicitado ao Juízo de Direito da Vara de Inquéritos Policiais

a expedição de Busca e Apreensão na residência situada na Rua Tesoureiros, 1295 – Capela Velha, na cidade Araucária, como também Mandado de Prisão Temporária em desfavor de Ademar.
(Sebastião Afonso Ferreira – Fase extrajudicial – Fl. 10, grifei.)

Que estando acompanhando investigações policiais que se iniciaram após a prisão de um traficante que agia na região do Pinheirinho, foi descoberto que a pessoa de alcunha Tuco, cuja qualificação é *Ademar Gonçalves de Paula*, comercializava a várias pessoas diariamente, pelo valor que variava de R$ 30,00 a R$ 50,00, substância entorpecente conhecida como cocaína, 1 g ou 1,8 g, respectivamente, a qual era denominada de convite. Várias pessoas ligavam diariamente solicitando que passassem em suas residências ou marcavam encontros em pontos pré-estabelecidos na cidade, onde ocorreria a entrega da cocaína . Após relatório apresentado à Autoridade Policial, foi solicitado ao Juízo de Direito da Vara de Inquéritos Policiais a expedição de Busca e Apreensão na residência situada na Rua Tesoureiros, 1295 – Capela Velha, na cidade de Araucária, como também Mandado de Prisão Temporária em desfavor de Ademar.
(Marcello Soares Cezário – Fase extrajudicial – Fl. 12, grifei.)

Que a testemunha esclarece que após a prisão de um traficante que agia na região do Pinheirinho, este tinha uma lista com nomes de pessoas e telefones, que segundo o próprio traficante eram pessoas que tinham envolvimento com o tráfico; que após as investigações chegaram na pessoa do réu; que as outras pessoas que continham o nome na lista não foram investigadas em razão dos telefones não corresponderem; que a testemunha disse que foi descoberto que o réu comercializava drogas, em razão de interceptação de telefone, onde ele se propõe a ir até as pessoas para vender a droga; que as pessoas também ligavam para a residência do réu, não utilizando nomes, apenas códigos, e usavam as palavras "convite de trinta" e "convite de cinquenta, palavras usadas para comercialização de drogas. (...)"
(Sebastião Afonso Pereira – Fase Judicial – Fls. 110/111, grifei.)

Que, após efetuarem a prisão de um traficante na localidade de Pinheirinho-Curitiba/PR, de nome Josué, dentre outros, iniciaram investigações das quais chegou-se ao nome do denunciado; (...)
(Marcello Soares Cezário – Fase Judicial – Fl. 113, grifei.)

Essas afirmações bem demonstram que o paciente, além de ser integrante de um grupo que se dedicava ao tráfico ilícito de entorpecentes, fazia dessa atividade o seu meio de vida.

É desprovida de fundamentos jurídicos a alegação de que "a sentença não reconheceu a ocorrência de organização criminosa, pelos 'elementos fático-probatórios dos autos', mesmo na condição de associação prevista nos artigos 18, inciso III e 14, da lei que se encontrava em vigor no momento da sua prolação, estando justamente por isso esta matéria acobertada pelo manto da coisa julgada" (fl. 160).

Todos os fatos investigados no curso da ação penal foram colocados à disposição da acusação e da defesa para que cada um cumprisse os seus misteres. O fato de o Juiz sentenciante não ter feito nenhuma referência à participação do

paciente em organização criminosa ou sobre a sua dedicação para o tráfico de drogas, não afasta tudo o quanto posto em termos de provas nos autos da ação penal. De fato, ele não foi denunciado pelo crime de associação para o tráfico, previsto no art. 14 da Lei 6.368/76 (fls. 15 a 17), o que ocasionou a omissão daquele Juízo quanto a esse aspecto. Todavia, essa questão surgiu somente no recurso de apelação da defesa, quando postulou a aplicação da redução prevista com o advento da Lei 11.343/06. Daí a necessidade de o Tribunal de Justiça estadual ter se pronunciado sobre a matéria, contudo, baseando-se nas provas já produzidas no curso da ação penal, e não em elementos novos sobre as quais não teve oportunidade de se manifestar a defesa.

Por essas razões, não enxergo gravame algum ao paciente, conforme sustentado. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná apenas afastou a aplicação da redução pleiteada pelo recorrente, em virtude de haver, nos autos, provas de que ele fazia parte de um grupo de pessoas que se dedicavam ao tráfico de drogas e fazia disso o seu *modus vivendi*. Não houve nenhuma consideração desses aspectos para os fins de condenação por outro crime ou para a aplicação de alguma circunstância que pudesse agravar a pena imposta a ele. Na minha compreensão, aquele Tribunal de Justiça manteve-se fiel aos limites interpostos pelo recurso da defesa, não havendo se falar em violação do princípio da coisa julgada ou do *non reformatio in pejus*.

Esse também foi entendimento do acórdão recorrido.

Ao manter a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que negou a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 ao paciente, em virtude de ter reconhecido a participação dele em organização criminosa, o Ministro **Felix Fischer** ressaltou que "não configurou imposição de gravame ao paciente, porquanto mantida a condenação nos termos da r. sentença de primeiro grau, não havendo se falar, no caso, em violação ao princípio da *non reformatio in pejus*" (fl. 113).

A meu sentir, é correto o entendimento firmado pela Corte Superior de Justiça no acórdão ora questionado, pois o Tribunal de Justiça estadual, de fato, não piorou a situação do paciente, que apenas negou a ele a aplicação da causa de diminuição de pena prevista na Lei 11.343/06 e, de ofício, reduziu o valor da pena pecuniária, mantendo, no mais, a sentença condenatória. O fundamento utilizado pelo Tribunal, relativo ao reconhecimento da participação do paciente em organização criminosa, não conduz, automaticamente, a um gravame.

Outro aspecto ressaltado pelo Ministério Público Federal é a impossibilidade de aplicação da norma contida no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 ao presente caso.

Leio no parecer:

> (...)
> Não encontra respaldo a alegação, aventada pela defesa, segundo a qual o réu, processado e condenado sob os ditames da revogada Lei 6.368/76, deveria ser beneficiado com a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 por não integrar organização criminosa.

Com efeito, a modificação implementada pela nova Lei de entorpecentes aumentou a pena mínima privativa de liberdade de 03 (três) para 05 (cinco) anos para os crimes de tráfico de drogas. Entretanto, o § 4º deste dispositivo prevê uma causa de diminuição de pena que cria a possibilidade de ser atribuída ao condenado pena mais branda do que a prevista na Lei 6.368/76.

Desse modo, com a incidência do abrandamento, a norma atual passa a ser mais benéfica do que a norma antiga no que tange à pena privativa de liberdade, visto que a pena mínima passa a ser menor do que 03 (três) anos.

Não obstante, cumpre ressaltar que o benefício criado pela nova lei deve ser visualizado de forma global, em consonância com a pena prevista no mesmo dispositivo, não sendo viável atribuir efeito benéfico que possibilite a retroatividade de apenas parte da norma para aplicar a diminuição sobre a pena prevista na antiga Lei de Entorpecentes.

Dessa maneira, concluímos ser inadmissível utilizar a pena-base prevista na Lei 6.368/76 e a causa de diminuição contida na Lei 11.343, visto que, agindo assim, o juiz criaria uma terceira lei, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a lição de Eugenio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli é indispensável:

> "(...) deve-se analisar em separado uma e outra lei, mas não é lícito tomar preceitos isolados de uma e outra, mas cada uma delas em sua totalidade. Se assim não fosse, estaríamos aplicando uma terceira lei, esta inexistente, criada unicamente pelo intérprete"

Seguindo essa linha de raciocínio, cabe ressaltar que, no entendimento desse Eg. Pretório Excelso, não se admite a combinação de leis que estejam em conflito no tempo, extraindo-se daí um terceiro gênero. As leis devem ser examinadas e aplicadas nas suas respectivas integridades. Nessa senda, merece destaque o seguinte julgado:

> "*Habeas corpus. Lex mitior.* Execução de sentença. Livramento condicional. **Combinação de normas que se conflitam no tempo**. Princípio da isonomia. O princípio da retroatividade da *lex mitior*, que alberga o princípio da irretroatividade de lei mais grave, aplica-se ao processo de execução penal e, por consequência, ao livramento condicional, art. 5º, XL, da Constituição Federal e § único do art. 2º do Código Penal (Lei 7.209/84). Os princípios da ultra e da retroatividade da *lex mitior* não autorizam a combinação de duas normas que se conflitam no tempo para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu. Tratamento desigual a situações desiguais mais exalta do que contraria o princípio da isonomia. *Habeas corpus* indeferido.
>
> (...)
>
> E assim dispondo a lei brasileira está conforme os ensinamentos da doutrina que **determina o exame da lei antiga e da nova em suas respectivas integridades para verificar, então, qual a lei mais favorável**.
>
> (...)
>
> De fato, *é ilícito ao juiz escolher, no confronto das leis, a mais favorável, e aplicá-la em sua integridade*, **porém, não lhe é permitido criar e aplicar uma *terza legge diversa*, de modo a favorecer o réu, pois, nessa hipótese, se transformaria em legislador**." (Grifei.)
>
> (STF, HC 68416/DF, Min. Rel. *Paulo Brossard*, *DJ* de 30-10-92.)

Sendo, pois, inaplicável ao caso dos autos o benefício previsto no 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, torna-se irrelevante a discussão trazida pelo recorrente acerca da inexistência de participação em organização criminosa" (fls. 203 a 205).

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

RHC 95.615/PR — Relator: Ministro Menezes Direito. Recorrente: Adenar Gonçalves de Paula (Advogado: Jorge Vicente Silva). Recorrido: Ministério Público Federal.

Decisão: A Turma não conheceu do recurso ordinário em *habeas corpus*, por intempestivo. No mérito, o indeferiu. Unânime.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto.

Brasília, 10 de fevereiro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 95.660 — SP

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Paciente: Valdemar Fonseca — Impetrantes: Daniel Leon Bialski e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Processual penal. *Emendatio libelli* e *mutatio libelli*. Não violação do enunciado da Súmula nº 453 do STF. Precedentes.**

1. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao reformar a decisão que impronunciou o paciente para submetê-lo a julgamento por suposta prática do crime de homicídio qualificado por motivo fútil, na forma tentada, não inovou quanto aos fatos originariamente descritos na denúncia oferecida, mas, apenas, deu definição jurídica diversa a eles.

2. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 3 de fevereiro de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Daniel Leon Bialski em favor de Valdemar Fonseca, buscando a anulação da "decisão proferida pela Corte Estadual no julgamento do recurso em sentido estrito, renovando-o, observado os ditames legais e os limites da acusação" (fl. 9).

Aponta como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que concedeu parcialmente a ordem no HC 70.435/SP, Rel. Min. **Felix Fischer**.

Inicialmente, alega o impetrante que:

> (...)
> 4.
> Como exposto, *nulo* o julgamento levado a termo pela Corte Estadual.
> Com efeito, repita-se que o ora Paciente foi denunciado apenas por infração à figura típica abstrata simples do artigo 121 do Código Penal Brasileiro. Repita-se que após impronunciado, o próprio Ministério Público pugnou no recurso apresentado, pela pronúncia, nos termos da denúncia apenas;

4.1.

Todavia, a Corte Estadual extrapolou os limites da acusação. O V. Acórdão menciona que "*A qualificadora do motivo fútil, por não ser absolutamente descabida, também não pode ser afastada neste momento processual*." (sic – grifos nossos.);

4.2.

Todavia, a decisão contestada afrontou o princípio do devido processo legal, porque jamais poderia o acusado ser pronunciado de forma mais gravosa do que pretendia o órgão acusatório.

Se nem o Ministério Público entendia presente a qualificadora. Se nem o órgão acusatório oficial fez ou fazia esta interpretação como esperar que a defesa o fizesse??????

Ora, é forçosa a afirmação de que incidiria no caso o artigo 383 da Lei Penal Adjetiva;

(...)

7.

Prosseguindo, houve claríssima violação do que impede a Súmula 453 da Suprema Corte, porque houve *mutatio libelli* em segundo grau, o que é vedado.

(Fls. 4 a 6 – Grifos no original.)

Para tanto, colaciona ensinamentos doutrinários e faz referência ao julgamento do HC 80.110/SE, Primeira Turma, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, ocorrido em 9-5-00, cuja discussão era sobre as hipóteses de aplicação do enunciado da Súmula 453 desta Suprema Corte.

Requer, liminarmente, a suspensão da ação penal até o julgamento do mérito do presente *writ* (fl. 9).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 70 a 77).

As informações foram prestadas à folha 82 e encaminhados os documentos de fls. 83 a 90.

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. **Mario José Gisi**, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 93 a 100).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Conforme relatado, o presente *habeas corpus* volta-se contra decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que concedeu, parcialmente, a ordem no HC 70.435/SP, Rel. Min. **Felix Fischer**, e tem como objetivo a anulação da "decisão proferida pela Corte Estadual no julgamento do recurso em sentido estrito, renovando-o, observado os ditames legais e os limites da acusação" (fl. 9).

O Ministério Público do Estado de São Paulo ofereceu denúncia contra o paciente por suposta prática do crime de homicídio, na forma tentada (art. 121, *caput*, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal – fls. 11/12), tendo o Juízo de

Direito da 1ª Vara do Foro Distrital de Brás Cubas – São Paulo impronunciado o paciente, conforme consta na decisão de fls. 24/25.

Contra essa decisão, o Ministério Público estadual interpôs recurso em sentido estrito (fls. 27 a 32), que foi provido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para submeter o paciente ao Tribunal do Júri pela tentativa de homicídio qualificado pelo motivo fútil (art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal), tendo, ainda, decretado, de ofício, a prisão cautelar dele (fls. 35 a 38).

Impetrado *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça (fls. 41 a 55), a Quinta Turma daquela Corte Superior concedeu parcialmente a ordem para relaxar a prisão do paciente por excesso de prazo, ficando prejudicada a análise dos fundamentos daquela prisão preventiva.

Daí a presente impetração.

Na hipótese dos autos, tenho que não há elementos aptos a sustentar a concessão da ordem, já que ausente indicação de ato ilegal ou abusivo por parte da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça a configurar constrangimento ilegal.

Vejamos.

Narra a denúncia os seguintes fatos:

> Consta do incluso inquérito policial que, no dia 30/05/91, as 16:30 h, na Estrada São Sebastião Km. 18 – Sítio Gabriela, nesta Comarca, **Valdemar Fonseca** (qualificado às fls. 62/63), por motivo fútil, tentou matar Joaquim Ferreira Rodrigues, não logrando consumar o delito por circunstâncias alheias a vontade do agente.
>
> Segundo se apurou, vítima e acusado trabalhavam como empreiteiros para Osvaldo Cardoso de Oliveira, efetuando serviço de corte de madeira, sendo que o último encontrou-se com a vítima no local dos fatos, ocasião em que mandou que todos parassem o trabalho, pois já eram 17:00h e o dia era santo, sendo que Joaquim desobedeceu, alegando ter filhos para criar, bem como que tinha muito serviço, no que Valdemar acabou por ir embora.
>
> Aproximadamente 30 minutos depois, o acusado retornou ao local dos fatos munido de espingarda e imediatamente fez mira na vítima, efetuando um disparo que causou inúmeras lesões corporais em Joaquim, de natureza grave, conforme Laudo de Exame de Corpo de Delito de fls. 04, não causando sua morte face ao pronto atendimento médico que lhe foi dispensado.
>
> O *animus necandi* restou evidenciado face a sede do disparo efetuado (tórax). (Fl. 11.)

O Tribunal de Justiça estadual, ao dar provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, pronunciou o paciente, nos seguintes termos:

> O acusado não foi encontrado, quer na fase inquisitiva, quer na fase judicial, daí porque não se tem sua versão acerca dos fatos tratados nos autos.
>
> A vítima veio a falecer no curso do processo. Na polícia, entretanto, informou que trabalhava com o acusado e que no dia dos fatos este chegou no local de

trabalho e mandou que parasse de trabalhar. A vítima não concordou e o acusado deixou o local retornando depois de meia hora, mais ou menos. Atirou na vítima ferindo-a gravemente, conforme laudo de exame de corpo de delito (fls. 04/vº).

A testemunha Osvaldo (fl. 197), esclareceu que réu e vítima trabalhavam para ela e ficou sabendo que Valdemar tinha atirado em Joaquim. Na delegacia foi chamado a acompanhar os policiais à residência do réu que lá não foi encontrado. Ficou sabendo, ainda, que o motivo do tiro foi porque o acusado queria que a vítima parasse de trabalhar.

José da Conceição, ouvido às fls. 66/vº, ainda no inquérito policial esclareceu ter ouvido do próprio acusado que havia atirado na vítima porque havia pedido que parasse de trabalhar e não foi atendido.

O laudo de exame de corpo de delito de fls. 04 evidenciou as múltiplas lesões sofridas pela vítima que foi atingida em região nobre do corpo e vital, que não causaram a morte do ofendido por circunstâncias alheias à vontade do agente, qual seja o pronto socorro e atendimento da vítima que foi baleada em meio a bosque de eucaliptos e ali abandonada. Algumas pessoas ouviram pedido de socorro e, indo ao local, depararam com a vítima gravemente ferida providenciando-lhe o socorro.

O *animus necandi* não pode ser afastado.

A qualificadora do motivo fútil, por não ser absolutamente descabida, também não pode ser afastada neste momento processual.

Irrelevante não tenha ela constado da capitulação da denúncia já que foi referida na inicial acusatória. É mero acerto de capitulação, viável no momento da decisão de pronúncia.

A prova coletada na instrução processual demonstra a materialidade delitiva, indícios suficientes de autoria e o *animus necandi* daí porque o acusado deve ser pronunciado e levado a julgamento popular.

É bem verdade que a prova produzida, inquisitorialmente, não se presta para formular juízo de condenação. Não é o caso dos autos.

Nesta fase procedimental apenas se examina a viabilidade da acusação e, para tanto, os elementos contidos no inquérito policial devem vir à tona e se prestam a formular o juízo de admissibilidade dessa acusação e a submissão do acusado ao julgamento por seus pares.

Com a prática delitiva, conforme noticiado nos autos, o acusado disse que em razão dos fatos e que seria preso pela polícia mais cedo ou mais tarde – confira-se os depoimentos acima enfocados – iria fugir. Evidentemente tal conduta evidencia o interesse do acusado em se subtrair à ação da justiça dificultando a marcha processual. Afigura-se de rigor, portanto, a sua custódia provisória, que deve ser decretada.

Dá-se provimento ao recurso para o fim de pronunciar o acusado *Valdemar Fonseca* (ou), qualificado nos autos, que deverá ser levado a julgamento perante o Egrégio Tribunal do Júri pela prática de tentativa de homicídio qualificado pelo motivo fútil (art. 121, § 2º, II do Código Penal), decretando, de ofício, sua prisão cautelar, expedindo-se mandado de prisão.

(Fls. 36 a 38.)

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, concedeu parcialmente a ordem, apenas para relaxar a prisão do paciente, mantendo, no mais, a decisão do Tribunal de Justiça local. Eis a ementa:

Processual penal. Habeas corpus. Art. 121, § 2º, inciso II, c/c art. 14, inciso II, do CP. Pronúncia. Emendatio libelli (art. 383, CPP). Prisão cautelar. Excesso de prazo. Flagrante ilegalidade. Fundamentação. Prejudicado.

I – A descrição contida na exordial acusatória permite a imputação do fato previsto no tipo legal do art. 121, § 2º, inciso II, c/c art. 14, inciso II, do CP, razão pela qual a decisão proferida pelo e. Tribunal *a quo* se enquadra na hipótese do art. 383, do CPP (*emendatio libelli*). Por isso, não há que se cogitar de nulidade do v. acórdão increpado, pois, como é cediço, o acusado se defende do fato criminoso que lhe é imputado, i.e., da descrição fática contida na denúncia, e não dos dispositivos legais com que ele é classificado na inaugural de acusação.

II – Resta configurado inadmissível excesso de prazo se o paciente está preso cautelarmente há quase dois anos e, mesmo tendo sido pronunciado, em sede de recurso em sentido estrito, em 18/05/2004, o julgamento pelo Tribunal do Júri tem previsão para ser realizado apenas em 19/03/2008, sem culpa da defesa (princípio constitucional da duração razoável do processo – art. 5º, inc. LXXVIII, da CF). Desnecessário lembrar que o processo de réu preso é sempre prioritário.

Ordem parcialmente concedida.

(Fl. 57.)

Ao meu sentir, a decisão questionada não está em desacordo com o que enuncia a Súmula 453 desta Suprema Corte, no sentido de que "Não se aplicam à segunda instância o artigo 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa", como afirma o impetrante.

Isso porque o art. 384, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Penal estabelece:

Art. 384. Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas.

Parágrafo único. 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 3 (três) dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.

Em outras palavras, o que autoriza a norma posta em destaque é que o Juiz, após a instrução criminal, se entender provada a existência de circunstância ou elementar não contida na denúncia (ou queixa), altere o fato imputado ao agente (art. 384, *caput*) ou diligencie no sentido de que o Ministério Público adite a denúncia (art. 384, parágrafo único). O instituto da *mutatio libelli* pressupõe em ambas as hipóteses, porém, a existência de prova relativa à elementar ou à circunstância não descrita na denúncia, explícita ou implicitamente.

Por outro lado, o art. 383, *caput*, do Código de Processo Penal prevê a hipótese de *emendatio libelli*, estabelecendo que:

> Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

Esse dispositivo permite ao Magistrado, desde que se restrinja aos fatos descritos na denúncia, a modificação da tipificação penal atribuída na peça acusatória, ainda que isso acarrete agravamento da situação réu.

Nesse mesmo sentido a lição de **Denílson Feitosa Pacheco** (*Direito Processual Penal, Teoria, Crítica e Práxis*. 4ª ed. Impetus, 2006, p. 773):

> Na *emendatio libelli*, o fato encontra-se descrito na denúncia, ainda que implicitamente, com todas as elementares. Apenas a classificação legal é incorreta. O juiz, então, corrige a classificação.
>
> Na *mutatio libelli*, há prova nos autos de que o fato não é aquele descrito na denúncia ou na queixa, com a qual a classificação legal do fato se altera.

No escólio de **Eugênio Pacelli de Oliveira** (*Curso de Processo Penal*. 7ª ed. Del Rey, 2007, p. 510) tem-se que:

> Enquanto na *emendatio* a definição jurídica refere-se unicamente à classificação dada ao fato, aqui, na *mutatio libelli*, a nova definição será do próprio fato. Não se altera simplesmente a capitulação feita na inicial, mas a própria imputação do fato.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao reformar a decisão que impronunciou o paciente para submetê-lo a julgamento por suposta prática do crime de homicídio qualificado pelo motivo fútil, na forma tentada, não inovou quanto aos fatos originariamente descritos na denúncia oferecida, mas, apenas, deu definição jurídica diversa a eles. Trata-se, portanto, de *emendatio libelli*, não *mutatio libelli*.

Com efeito, o que o enunciado da Súmula 453/STF proíbe ao 2º grau de jurisdição é a modificação do tipo penal decorrente da modificação dos próprios fatos descritos na denúncia (*mutatio libelli*).

Nesse sentido, o seguinte julgado:

> *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 – *Habeas corpus* indeferido.
>
> (HC 74.009/MS, Segunda Turma, Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 14-3-97.)

É permitida, portanto, a *emendatio libelli*.

Conforme afirmou o Ministro **Felix Fischer**, em seu voto, aqui vale a máxima consagrada pela doutrina e pela jurisprudência no sentido de que o réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não da capitulação indicada pelo órgão acusador.

Aliás, foi no mesmo sentido o parecer do Ministério Público Federal, que, com base na reiterada jurisprudência desta Suprema Corte, manifestou-se pela denegação da ordem:

> Pretende o impetrante fazer crer que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo pronunciou o paciente em manifesta inobservância aos limites delineados na denúncia, incorrendo em decisão *extra petita* ao imputar ao mesmo a prática de tentativa de homicídio qualificado por motivo fútil e não de homicídio simples.
>
> Todavia, ao contrário do alegado na impetração, pudemos verificar que a Corte Estadual, ao apreciar o recurso em sentido estrito, fundou-se nos termos da denúncia de fls. 11/12, que mencionava expressamente a qualificadora do motivo fútil, nos seguintes termos:
>
> > Consta do incluso inquérito policial que, no dia 30/05/91, às 16:30 h, na Estrada São Sebastião km. 18 – Sítio Gabriela, nesta Comarca, Valdemar Fonseca (qualificado às fls. 62/63), *por motivo fútil*, tentou matar Joaquim Ferreira Rodrigues, não logrando consumar o delito por circunstâncias alheias à vontade do agente.
> >
> > (...)
> >
> > Ante o exposto, denuncio Valdemar Fonseca como incurso no artigo 121 '*caput*', c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal e requeiro que, R. A. e R. esta, seja ele citado, devidamente interrogado, pronunciado, submetido à julgamento pelo Egrégio Tribunal do Júri e ao final condenado, ouvindo-se no decorrer da instrução criminal, a vítima e testemunhas do rol abaixo, seguindo o procedimento previsto nos artigos 394-405 e 406-497 do Código de Processo Penal.
> >
> > (...)
>
> Em que pese a deficiência no articulado da denúncia, que não citou o inciso II do § 2º do artigo 121 do Código Penal, resta evidente a consignação de tal qualificadora na narrativa dos fatos. A propósito, colhemos o seguinte trecho do acórdão (fl. 37):
>
> > (...)
> >
> > A qualificadora do motivo fútil, por não ser absolutamente descabida, também não pode ser afastada neste momento processual.
> >
> > Irrelevante não tenha ela contado da capitulação da denúncia já que foi referida na inicial acusatória. É mero acerto de capitulação, viável no momento da decisão de pronúncia.
> >
> > A prova coletada na instrução processual demonstra a materialidade delitiva, indícios suficientes de autoria e o *animus necandi* daí porque o acusado deve ser pronunciado e levado a julgamento popular.
> >
> > (...)
>
> Como se vê, a Corte Estadual, circunscreveu-se tão-somente aos fatos já constantes da exordial acusatória para dar provimento ao apelo, sendo inadmissível a tese da *mutatio libelli* em segundo grau, pois não houve a consideração de circunstância elementar não contida na denúncia.

Não prospera, portanto, a alegada ofensa ao enunciado n. 453/STF, que dispõe:

> Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa.

Na hipótese dos autos, vislumbramos a ocorrência da *emendatio libelli*, prevista no art. 383 do Código de Processo Penal, nos seguintes termos:

> Art. 383. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

Logo, a apreciação de circunstância expressamente citada no corpo da denúncia, mas que não chegou a ser devidamente mencionada na capitulação da exordial, não ofende o princípio da correlação, segundo o qual a decisão judicial deve guardar pertinência com os fatos narrados na peça acusatória.

Oportuno citar a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

> Estando descritos os fatos e circunstâncias, podem ser reconhecidas, embora não articuladas na denúncia ou queixa, qualificadoras e causas de aumento de pena, evidentemente com aplicação de pena mais grave. Mais do que isso, pode o juiz na sentença condenatória por outro crime descrito, sem que tenha sido capitulado na inicial, ou seja, sem que houvesse específica imputação.
>
> Tais regras aplicam-se também ao julgamento do recurso em superior instância, não se aplicando à hipótese a Súmula 453, que se refere apenas ao artigo 384.

No mesmo sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

> *Habeas corpus. Emendatio libelli no segundo grau de jurisdição. Possibilidade. Mera subsunção dos fatos narrados à norma de incidência. Crime de tortura. Inconsistência probatória. Inocorrência. Condenação em segundo grau de jurisdição. Prejuízo ao exercício da ampla defesa. Improcedência. Condenação contrária aos laudos periciais oficiais. Justificativa idônea. Regra do concurso material. Aplicabilidade. Desígnios autônomos. Perda de patente e do posto. Consequência da condenação. Ausente ilegalidade. Ordem denegada.* 1. *Inexiste vedação à realização da emendatio libelli no segundo grau de jurisdição, pois se trata de simples redefinição jurídica dos fatos narrados na denúncia. Art. 383 do Código de Processo Penal. O réu se defende dos fatos, e não da definição jurídica a eles atribuída.* Ademais, tratou-se, apenas, da incidência de circunstância agravante, que veio a ser requerida por ocasião das alegações finais do Ministério Público. 2. Embora vedado o revolvimento probatório na estreita via do *habeas corpus*, seria possível reconhecer, no bojo do *writ*, uma eventual nulidade decorrente condenação não lastreada em quaisquer provas dos autos. Não é, contudo, o caso dos autos, em que o julgamento está lastreado em prova testemunhal e documental, fartamente indicada no acórdão condenatório. 3. A condenação em segundo grau de jurisdição não pode servir de fundamento para a alegação de ofensa ao princípio da ampla defesa. Se, no primeiro grau, o paciente foi absolvido por falta de provas, é porque houve plena oportunidade para se defender, militando a sentença, inicialmente, a favor do seu *status libertatis* no julgamento pelo Tribunal *ad quem*. Ademais,

trata-se de insurgência contra lei em tese, pois o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de interposição de apelação pelo Ministério Público contra a sentença absolutória. 4. Os laudos periciais não foram acolhidos pelo Tribunal de Justiça por se apresentarem precários e lacônicos, sem análise substancial das lesões provocadas nas vítimas da tortura, uma das quais faleceu poucos dias depois dos fatos. Impropriedade do pedido de realização de nova instrução processual no segundo grau de jurisdição. Excepcionalidade da norma do art. 616 do Código de Processo Penal, não aplicável à hipótese. 5. Não houve erro na aplicação da regra do concurso material de crimes. Ainda que se entenda ter havido uma única conduta, está clara a existência de desígnios autônomos, razão pela qual incidiria a parte final do art. 70 do Código Penal. 6. O Tribunal de Justiça local tem competência para decretar, como consequência da condenação, a perda da patente e do posto de oficial da Polícia Militar, tal como previsto no art. 1º, § 5º, da Lei de Tortura (Lei 9.455/97). Não se trata de hipótese de crime militar. 7. Ordem denegada.
(STF, Segunda Turma, HC 92181/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe* – 142 Divulg 31-07-08 public 01-08-08.)

Habeas corpus – Alegado cerceamento de defesa – Pretendida observância do art.384, parágrafo único, do CPP – Inaplicabilidade –- Fatos que foram descritos, com clareza, na denúncia – Hipótese de simples emendatio libelli – Aplicabilidade do art. 383 do CPP – Alegado desrespeito à garantia constitucional do direito de defesa – Inocorrência – Réu assistido por advogado por ele próprio constituído – Alegação de insuficiência de provas para a condenação penal do paciente – Inviabilidade desse exame na sede processual do habeas corpus – Pedido indeferido. Denúncia que descreve, de modo preciso, os essentialia delict – Irrelevância da classificação jurídica – Hipótese de mera emendatio libelli. – Se o magistrado reconhecer a possibilidade de atribuir, ao fato delituoso, quando da prolação da sentença, qualificação jurídica diversa daquela que constou da peça acusatória, essa conduta judicial não ofenderá o direito de defesa do acusado, desde que a nova capitulação encontre apoio em circunstância elementar que se contenha, de modo explícito ou implícito, na denúncia ou na queixa. É que, em tal contexto, essa atuação processual do magistrado, plenamente legitimada pelo que dispõe o art. 383 do CPP, configurará mera hipótese de emendatio libelli. Doutrina. Precedentes. *Mutatio libelli – Necessidade de observância do art. 384 do CPP – Situação inocorrente na espécie.* – O réu não pode ser condenado por fatos cuja descrição não se contenha, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa, impondo-se, por tal razão, ao Estado, em respeito à garantia da plenitude de defesa, a necessária observância do princípio da correlação entre imputação e sentença (*quod non est in libello, non est in mundo*). Cabe, ao juiz – quando constatar a existência, nos autos, de prova evidenciadora de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na peça acusatória –, adotar, sob pena de nulidade, as providências a que se refere o art. 384 do CPP, que dispõe sobre a *mutatio libelli*, ensejando, então, ao acusado, por efeito da garantia constitucional de defesa, o exercício das prerrogativas que essa norma legal lhe confere, seja na hipótese de *mutatio libelli* sem aditamento (CPP, art. 384, *caput*), seja no caso de *mutatio libelli* com aditamento (CPP, art. 384, parágrafo único). Hipóteses inocorrentes na espécie, por se achar configurada mera situação de *emendatio libelli* (CPP, art. 383). *Impossibilidade de exame da prova*

penal em sede de habeas corpus. – O caráter sumaríssimo da via excepcional do processo de *habeas corpus* impede que temas associados à análise do conjunto probatório sejam apreciados no âmbito estreito do *writ* constitucional. Precedentes.
(STF, Primeira Turma, HC 71044/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 2-2-07.)

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, emprestalhe 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 – *Habeas corpus* indeferido.
(STF, Segunda Turma, HC 74009/MS, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 14-3-97.)

(Fls. 95 a 100 – Grifos no original.)

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, estou esclarecido. Não se tem o descompasso, considerada a denúncia e a pronúncia do réu.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Eu quis ler porque essa é uma matéria que demanda interpretação da denúncia. Aí vai se discutir se existe *mutatio libelli*, ou não, e estou provando que não existe.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas não é o caso.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Aqui é um simples caso de *emendatio libeli* e não de *mutatio libelli*. Estou denegando a ordem.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A meu ver, não há nem *emendatio* em si, porque o que houve foi o enquadramento jurídico da narração dos fatos contida na denúncia e, considerados esses mesmos fatos, chegou o Colegiado a uma outra conclusão.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Veja que paradoxo: a vítima morreu por gostar de trabalhar, em última análise.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A causa deve ter sido outra.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ele era cortador de eucalipto, devia ganhar por...

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Mas sabe, Ministro **Marco Aurélio**, uma coisa curiosa: na literatura policial, tem muitos desses fatos, pessoas que são tão violentas, tão violentas! Não sei se já leu. Saiu um livro recentemente, muito recentemente, sobre esses transtornos de personalidade. E é uma coisa curiosa que saiu agora, até recomendo que leiam, principalmente as

mulheres, uma reportagem de um médico paulista, um psiquiatra paulista, especialista em tensões pré-menstruais, tensão pós-parto. Saiu agora na revista *Isto é*. Vale a pena a leitura.

Há vários trabalhos de literatura médica que mostram que há transtornos psicopáticos, surtos psicopáticos que levam a um gesto de exasperação por uma razão tão fútil, tão fútil que não se consegue explicar. E a discussão é saber se esse tipo de gesto configura um transtorno de humor tão severo que leve à inimputabilidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Nessas férias, li *Mentes Perigosas*, de Ana Beatriz da Silva, que versa justamente sobre o tema.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: *Mentes Perigosas.*

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Versa justamente sobre os psicopatas. É muito interessante a obra, bem escrita, para a nossa área de Direito.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Há *Mentes Perigosas* e *Mentes inquietas*. São dois livros. *Mentes Perigosas* é de Ana Beatriz; *Mentes Inquietas*, de uma norte-americana.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Esse da norte-americana é muito interessante porque essa é uma médica que teve um transtorno bipolar. E no transtorno bipolar, em psiquiatria, a dificuldade é o diagnóstico e a dosagem medicamentosa. Há uma dificuldade muito grande na dosagem medicamentosa. E o transtorno bipolar é confundido, normalmente, com uma depressão grave, o que eles chamam de depressão severa, depressão profunda. Então, muitas vezes, há o ataque do transtorno bipolar via depressão e, em vez de você curar, você agrava a patologia do transtorno bipolar. É uma coisa complicada.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Nessa ordem que o Ministro Menezes Direito está apontando, ela inclusive arrola casos de pessoas...

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Então Vossa Excelência vai verificar, só para concluir, porque é um tema interessante até do ponto de vista penal, que tem certas pessoas da nossa convivência diária para quem uma palavra, um gesto deflagra uma reação tão violenta! Todos nós temos. Tem certas pessoas, no nosso mundo diário, que uma palavra pode despertar uma reação mais dura, incompatível com a própria pessoa. A pessoa tem uma reação incompatível com ela própria. E isso não se consegue explicar a não ser por um transtorno de humor.

Saiu um livro, Ministro **Marco Aurélio**, Vossa Excelência que gosta, de um médico americano chamado Groopman, muito interessante para mostrar que esse tipo de reação da relação médico paciente depende muito da formação e da oportunidade prática que o médico tem.

E há um psiquiatra inglês, mas vive nos Estados Unidos, chamado Oliver Sacks, que tem um livro clássico: "O homem confundiu sua mulher com um chapéu", que cuida da síndrome do Korsakov e de outros casos médicos.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Já virou até peça de teatro.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Claro. Esse médico, professor Oliver Sacks, é genial mostrando que no trabalho psiquiátrico você não consegue superar as coisas só com medicamentos.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Perfeito.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eles hoje falam muito da meditação, do ioga.

Agora, só para terminar, Ministro, na Faculdade de Direito, na graduação, o meu professor de Direito Processual Penal dizia que o ser humano pode dizer que não vai praticar um roubo, que não vai praticar, enfim... Ele dizia que a maioria dos seres humanos não vai passar perto do Código Penal, a não ser no art. 121. Nenhum ser humano pode dizer que jamais vai matar. Pode ser até involuntário, mas pode ocorrer um acidente de carro, pode ter...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Por isso é que, geralmente, o acusado é um criminoso episódico.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ele falou que nenhum ser humano pode dizer que esse crime ele não cometerá.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Eu gosto dessa expressão.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ministro **Marco Aurélio**, Vossa Excelência, há poucos minutos, fez a invocação desse princípio, num caso concreto, de assassinato. Mas o problema é o seguinte: hoje, a literatura médica está fascinada com esses problemas. Os franceses descobriram um caminho fantástico. Estou acabando de ler o último livro que mandei buscar, sobre a terapia cognitiva comportamental, em que você trata determinadas patologias fazendo com que a pessoa pratique o ato que causa a patologia. Por exemplo, a pessoa que tem a agorafobia, que não sai de casa, ela é levada a sair de casa na terapia. A síndrome do pânico, que há um tempo era um drama colossal, as pessoas ficavam com sudorese, tinham medo de elevador, medo de túnel, medo de avião, não é? Hoje em dia você, em seis meses, há possibilidade de cura com a terapia cognitiva comportamental. É muito interessante.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): É encarar a causa do mal.

EXTRATO DA ATA

HC 95.660/SP — Relator: Ministro Menezes Direito. Paciente: Valdemar Fonseca. Impetrantes: Daniel Leon Bialski e outros (Advogados: João Batista Augusto Junior e outros). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime.

Presidência do Ministro Carlos Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 3 de fevereiro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 96.511 — PE

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Paciente: Paulo Pereira da Silva — Impetrante: George José Reis Freire — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Triplo homicídio qualificado e um tentado. Processo complexo. Excesso de prazo não está caracterizado. Prisão preventiva suficientemente fundamentada (art. 312 do CPP). Cerceamento de defesa. Inocorrência. Precedentes.**

1. Há comprovação nos autos de que a marcha processual ainda continua em razão de diligências requeridas pelo próprio paciente, que atua em defesa própria, não configurando, portanto, constrangimento ilegal flagrante decorrente do alegado excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal.

2. Existem, na espécie, fundamentos suficientes para justificar a privação processual da liberdade do paciente, principalmente diante da necessidade de garantia da ordem social.

3. Não está caracterizado cerceamento de defesa decorrente da negativa de acesso aos autos suplementares, porque a própria redação da Súmula Vinculante 14/STF prevê que o advogado poderá ter acesso aos autos do procedimento investigatório sigiloso somente após a documentação das diligências realizadas. Ademais, a defesa teve acesso ao procedimento suplementar tão logo foram encerradas as diligências e encaminhados os documentos ao Magistrado respectivo.

4. As condições subjetivas favoráveis do paciente não obstam a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica no caso presente.

5. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 28 de abril de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado George José Reis Freire em favor de Paulo Pereira da Silva, buscando, liminarmente, a revogação da prisão preventiva decretada contra o paciente.

Aponta como autoridade coatora a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 50.479/PE, Rel. Min. **Hamilton Carvalhido**, impetrado naquela Corte com objetivo idêntico ao ora pretendido.

Alega o impetrante, em síntese, estar o paciente sofrendo constrangimento ilegal, pelos seguintes motivos: a) o cerceamento de defesa decorrente da negativa de acesso aos autos suplementares antes da audiência de instrução; b) a ausência dos requisitos e pressupostos para a decretação e manutenção da custódia cautelar do paciente; e c) o excesso de prazo à conclusão da instrução criminal (fls. 2 a 19).

No que concerne ao cerceamento de defesa, sustenta que "**a defesa notou** a existência na mesa do Juiz, de um acervo documental constante de aproximadamente 270 (duzentas e setenta) laudas, onde após indagar ao juízo, verificou que se tratava dos autos suplementares, e que estranhamente estava sendo omitido da defesa, *sendo tal fato registrado em ata de audiência em evidente prejuízo para a defesa, a começar que no bojo documental omitido da defesa, trazia não só a coleta de depoimentos testemunhais diversos, como também, re-inquirições dos senhores* **Douglas Charles Cavalcanti de Carvalho** *e* **José Ramos de Oliveira Neto, perícia de reprodução simulada***, etc, restringindo, assim, o sagrado direito à ampla defesa, vez que não foi ofertado ao paciente a plena ciência das provas construídas contra a sua pessoa, e destaque-se, que naquela oportunidade, o denunciado e ora paciente, já houvera praticado o seu primeiro ato de defesa propriamente dito, in casu, prestado depoimento, isso sem falar, que já havia inclusive ofertado a* **defesa prévia***"* (fls. 4/5 – grifos no original).

Sobre a ausência dos requisitos e pressupostos para a decretação e manutenção da custódia cautelar do paciente, assevera que, "no Decreto prisional aqui combatido, inexiste qualquer disposição de natureza concreta associada à pessoa do paciente, que justifique a mantença do decreto prisional em razão do clamor público, e que diante disso não pode a medida extrema prosperar (...)" (fl. 9).

No que se refere ao excesso de prazo, argumenta que, "até o presente momento não existe previsão para a efetiva conclusão da instrução, e consequentemente para a prolação da sentença de *impronúncia ou mesmo pronúncia*, a qual, como já reconhecido pelas mais renomadas correntes doutrinárias, conta com a previsão máxima de 81 (oitenta e um) dias, sendo certo que no presente feito, a prisão dos pacientes, *data de 28 de fevereiro 2005*, portanto, há aproximadamente 03 (três) anos e 08 (meses), perfazendo o montante em dias de aproximadamente *1.335 (hum mil trezentos e trinta e cinco) (...) sem qualquer motivação por parte da defesa*, posto que esta, em tempo algum pediu adiamento de qualquer que seja o ato processual designado pelo juízo (...)" (fls. 12/13).

Afirma, ainda, ser o paciente primário, de bons antecedentes e possuidor de residência fixa (fl. 18).

Requer, liminarmente, a "expedição do Alvará de Soltura em favor do paciente (...)", e, no mérito, a concessão da ordem para que:

> (...)
> (...) seja reconhecida como grave ofensa ao princípio da reserva e do devido processo legal, especialmente no que diz respeito ao reconhecimento da fratura ao direito à ampla defesa pelo fato de restringir ao denunciado na pessoa dos seus advogados o acesso e/ou acompanhamento das diligências processadas após inclusive o recebimento da denúncia, diligências estas processadas pela autoridade policial e intituladas de diligências suplementares, e por via de consequência reconhecida seja a nulidade de todo o ato processual praticado a partir do interrogatório do denunciado e ora paciente, que por via de consequência devem ser renovados com as cautelas e garantias constitucionais de estilo, pelo que desde já se protesta.
>
> Ainda no Mérito, requer desta Colenda Corte, que seja recebido, processado o presente *habeas corpus*, nos termos da legislação adjetiva, para que reconhecida seja a revisão da decisão ora recorrida, especialmente para reconhecer como totalmente insubsistentes o decreto prisional preventivo em favor do paciente *Paulo Pereira da Silva*, por não atender aos termos dos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal, ou seja, por inexistir justificativa plausível para a mantença do decreto restritivo de liberdade.
>
> Caso assim não entenda, *concedida seja a ordem, haja vista a cristalina existência da comprovação do excesso de prazo para a finalização da instrução processual, em favor do paciente*, tudo amparado nos termos do art. 5º e seguintes da Constituição Federal combinado com o art. 648, II do Código de Processo Penal Brasileiro, determinando que seja expedido o competente alvará de soltura em favor do paciente *Paulo Pereira da Silva*, comunicando ao juiz da decisão deste remédio constitucional (...)
> (Fls. 18/19.)

O pedido de liminar foi indeferido. Determinei que se oficiasse ao Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de São Lourenço da Mata/PE, para que informasse o andamento processual completo e atualizado da ação penal (fls. 106 a 111).

As informações foram prestadas às fls. 118 a 121, com os documentos de fls. 122 a 202.

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. **Mario José Gisi**, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 206 a 213).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Conforme relatado, o presente *habeas corpus* volta-se contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 50.479/PE, Rel. Min. **Hamilton**

Carvalhido, e tem como objetivo a revogação da prisão preventiva decretada contra o paciente.

Narra o impetrante, na inicial, que, "após o paciente conjuntamente com outro réu (...) ser autuado e preso em flagrante delito, teve contra si o oferecimento da denúncia pelo *parquet* estadual, com o devido recebimento desta pelo juízo originário, que inclusive ofertou decreto prisional preventivo em desfavor do denunciado por força de flagrante, oportunidade também em que foi deferida diligências suplementares, tudo em consonância com o Ministério Público, sem contudo a defesa técnica em que pese haver protestado, contar com mínimo direito de acesso e acompanhamento das diligências ditas como suplementares, processando-se inclusive o interrogatório deste e oitivas de testemunhas do órgão ministerial, *que a tudo acompanhava*, sem contudo o mesmo direito haver sido concedido em favor da defesa, fato este que feriu gravemente ao princípio da igualdade das armas e em decorrência disto, configurou gritante cerceamento de defesa (...)" (fl. 3).

Daí, pelo que se verifica dos autos, foi impetrado *habeas corpus* ao Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, sem êxito, no entanto.

Impetrou-se, então, ao Superior Tribunal de Justiça, o HC 50.479/PE, tendo a ordem sido denegada pela Sexta Turma daquela Corte Superior, nos termos da ementa seguinte:

> *Habeas corpus. Triplo homicídio qualificado e homicídio qualificado tentado. Direito penal e direito processual penal. Prisão preventiva. Ausência de fundamentação. Inocorrência. Excesso de prazo. Força maior. Cerceamento de defesa. Acesso a autos suplementares. Imprescindibilidade do sigilo. Ordem denegada.*
>
> 1. Em se demonstrando, um a um, os pressupostos e requisitos da prisão preventiva, não há falar em constrangimento decorrente da sua decretação.
>
> 2. Em sede de prisão preventiva, deve-se emprestar máxima confiabilidade ao Juízo de primeiro grau, por mais próximo e, pois, sensível às vicissitudes do processo.
>
> 3. O tempo legal do processo submete-se ao princípio da razoabilidade, que exclui seu exame à luz de só consideração aritmética, sobretudo, quando acolhida, no sistema de direito positivo, a força maior, como fato produtor da suspensão do curso dos prazos processuais.
>
> 4. Não há falar em cerceamento de defesa em face do indeferimento de acesso a autos de inquérito suplementar, se for imprescindível o sigilo às investigações policiais, em função da prevalência do interesse público ao particular.
>
> 5. Ordem denegada.
>
> (Fl. 24.)

É contra essa decisão que se insurge o impetrante neste *writ*.

Na hipótese dos autos, contudo, não há qualquer indicação de ato ilegal ou abusivo a configurar constrangimento ilegal contra o paciente.

Inicialmente, no que se refere ao alegado excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal, não vislumbro constrangimento ilegal flagrante.

Com efeito, há comprovação nos autos de que a marcha processual ainda continua em razão de diligências requeridas pelo próprio paciente, que atua em defesa própria, conforme informações prestadas pelo Juízo de 1º Grau, às fls. 118 a 121.

Tem-se nas informações:

> Portanto, pelo Juízo e Ministério Público, **a instrução criminal estaria encerrada no dia 08.07.2005**, porém as defesas dos *Pacientes*, que está sendo conduzida pelo próprio Impetrante, procedeu a uma série de requerimentos, a meu ver, todos protelatórios, **fls. 659/661**.
>
> Pretenderam: 1 – a reinquirição de duas testemunhas do rol do Ministério Público, *Douglas Charles Cavalcante de Carvalho* e *José Ramos de Oliveira Neto*. 2 – a acareação entre as testemunhas *Rogério Feliciano da Silva* e *José Ramos de Oliveira Neto*. 3 – a acareação entre as testemunhas *Rogério Feliciano da Silva* e *Guilherme*. 4 – ouvir 7 (sete) testemunhas referidas. 5 – ouvir em audiência a Perita criminal do IC. 6 – a reconstituição do crime. 7 – seja oficiado ao IML para o fim de juntar aos autos qualquer que a perícia traumatológica procedida nas pessoas de *Guilherme José da Silva, Manoel Gonçalves dos Santos (Marcelo)* e *José Carlos Gomes da Silva (Arroz)* (sic) (testemunhas – devendo-se entender laudo de eventual perícia, já que a defesa indicou o acontecimento dessa perícia nem registram os autos).
>
> O requerimento deu entrada na Distribuição no dia 19.07.2005, vindo-me conclusos autos no dia 29.07.2005, sendo por mim despachado no dia 02.08.2005, quando determinei vista ao Ministério Público.
>
> Novamente conclusos os autos no dia 22.12.2005, Quanto aos petitórios dos réus, *Alcides José de Albuquerque*, fls. 655/657, e *Paulo Pereira da Silva*, fls. 659/661, este de mesmo teor daquele, despachei, fls. **792/793**:
>
> > **Indeferi** o requerimento de "reinquirição" dos Denunciados, porquanto, a se levar em conta o ponto da questão levantada pelas defesas, da posterior remessa de autos suplementares de investigação, conforme bem lançado pela zelosa Promotora de Justiça, fls. 687v, tais autos suplementares não tiveram o condão de alterar o tipo penal, mantendo-se a acusação os seus exatos termos, ressaltando-se, neste momento, que o interrogatório dos Denunciados aconteceu antes da remessa desses autos, de forma que eles não foram surpreendidos com indagações sobre fatos que não estivessem nos autos principais e principalmente descritos na denúncia.
> >
> > No mais, muito embora particularmente entendesse que as medidas em nada acrescentariam ao que já está nos autos, parecendo-me meramente protelatórias, **Deferi** todos os requerimentos.
> >
> > **Designei** audiência para **reinquirição** das testemunhas *Douglas Charles* e *José Ramos*; **acareação** entre testemunhas *Rogério Feliciano* e *José Ramos*, e entre as testemunhas *Rogério Feliciano e Guilherme*; **e inquirição** do Capitão PM *Lemos*, do Delegado de Polícia Civil *José Cavalcanti*, então lotado na Delegacia de Plantão do Cordeiro, do policial militar conhecido por "*Ró*", cujos *genitores* moram por trás do Posto Trajano, dos policiais militares, *Eliaquim José da Mota, Paulo Serafim de Lima Neto, Ailson de Souza Passos* e *Antônio Geraldo da Silva*, fls. 568, e da Perita Criminal *Maria Aparecida Alves*, **para o dia 07.04.2006, às 8:30 horas.**

(Fls. 119/120 – grifos no original.)

Por outro lado, não há qualquer indicação de que o processo tenha ficado paralisado por inércia do Judiciário. Pelo contrário, as informações constantes dos autos demonstram que o Juízo processante tomou todas as providências necessárias ao bom andamento da ação penal, sempre garantindo ao paciente o contraditório e a ampla defesa.

Quanto à ausência dos requisitos e pressupostos para a decretação da custódia cautelar do paciente, em uma análise do ato decisório em questão (fls. 57/58), tenho que existem fundamentos suficientes para justificar a privação processual da liberdade do paciente.

O Ministério Público Federal, aliás, ressaltou o seguinte:

> A decisão que decretou a prisão preventiva do paciente restou vazada nos seguintes termos (fls. 57/58):
>
> "(...)
>
> 10 – Também pelo quadro traçado por estes autos, com elementos indicadores de atuação empreitada criminosa; uma execução, pela madrugada, no afamado Morro do Pixete; onde mortas três pessoas, uma escapando por força da necessidade fisiológica, ao ter que se distanciar do grupo para urinar; não esperando os executores por essa força do destino em proveito da testemunha sobrevivente, porém em desfavor deles próprios; e eles foram ainda tão desafortunados, que essa pessoa é um irmão dos que foram assassinados; só assim, alguém reúne forças para vencer o temor que impõe atividade de extermínio, pois notoriamente grande a dificuldade de se obter provas concretas contra a atuação de pessoas nessa modalidade de crime.
>
> A testemunha reconheceu os dois policiais como os autores dos disparos contra as vítimas. Claro ficou que *Alcides José de Albuquerque* e *Paulo Pereira da Sivla* não estão fazendo por merecer a liberdade enquanto aguardam, neste Processo, o julgamento; estão comprometendo a ordem pública e a segurança, que eles próprios, como policiais militares, juraram defender; e antes que se agrave ainda mais o quadro, descambando para o descontrole, a segregação provisória deles é a medida mais recomendada.
>
> Ressalte-se que *Alcides José de Albuquerque* já encontra-se sendo processado neste Juízo por crime com as mesmas características de extermínio.
>
> A polícia é a guardiã do cidadão, protegendo as pessoas de bem e identificando as infratoras para se submeterem ao devido processo legal, mas nunca com prerrogativa para, ao seu juízo, apontar, julgar, condenar e executar a pena, por sinal, a capital. Nenhuma Instituição, em um Estado Democrático de Direito, concentrará tanto poder; muito menos no Brasil, onde a penalidade extrema não é albergada pelo ordenamento jurídico.
>
> Isto posto, com fundamento no art. 311 e 312 do Código de Processo Penal, buscando a manutenção da ordem pública, a segurança da população, e até mesmo para a preservação do mérito da Corporação Policial a que integram os réus *Alcides José de Albuquerque* e *Paulo Pereira da Silva*, e, por fim, objetivando minimizar a intranquilidade reinante na sociedade, decreto-lhes a *prisão preventiva*."
>
> Nota-se o apontamento de dados concretos e preocupantes que demonstram a absoluta necessidade de segregação compulsória, inclusive para acautelar o meio social, pois o paciente, na condição de policial militar, demonstrou sua

insubordinação à lei e ao regramento social mínimo, sendo a manutenção do cárcere medida que se impõe, não obstante as condições subjetivas favoráveis.

Cumpre esclarecer que o paciente praticou três homicídios qualificados consumados e um tentado na condição de membro de um "'grupo de extermínio", em nítida demonstração de descaso à ordem pública e de subversão à sua função pública de proteção social.

(Fls. 209/210.)

Aliás, ressalte-se que a necessidade da segregação cautelar do paciente ficou bem demonstrada, também, pelo Ministro **Hamilton Carvalhido**, em seu voto, assim fundamentado, na parte que interessa:

(...)

Tratam os autos de crimes cometidos em atuação dos chamados "grupos de extermínio", em que o ora paciente, Paulo Pereira da Silva, juntamente com o corréu Alcides José de Albuquerque, policiais militares, abordaram quatro pessoas que caminhavam pelas ruas do Município de São Lourenço da Mata/PE, determinando, sem qualquer justificativa, que estes se deitassem no chão, o que foi feito imediatamente, para em seguida efetuarem diversos disparos de arma de fogo, o que veio a provocar a morte de três deles, sendo que a quarta vítima conseguiu sobreviver por circunstâncias alheias à vontade dos agentes.

E a prisão preventiva do paciente, diversamente do que alega o impetrante, encontra-se devidamente fundamentada, decretando-a, como a decretou o juízo do primeiro grau de jurisdição, a quem se deve prestar máxima confiabilidade, por mais próximo e, pois, sensível aos fatos e às vicissitudes do processo, em função da ordem pública, ante a personalidade dos agentes, policiais militares, como revelada pelas próprias circunstâncias do quádruplo homicídio qualificado, dos quais três foram consumados e um tentado.

(Fls. 31/32.)

Anoto, ainda, os seguintes precedentes sobre a matéria:

Prisão temporária convertida em prisão preventiva. Superveniência da pronúncia, que mantém a prisão sem acrescentar nova fundamentação cautelar: ausência de prejuízo da impetração.

1. Segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, "se a pronúncia, para conservar preso o réu, silencia totalmente a respeito ou se remete aos fundamentos do decreto de prisão cautelar anterior, a eventual inidoneidade deles contamina de nulidade a prisão processual e, por isso, não prejudica o *habeas corpus* pendente que o impugna" (*v.g.*, HC 79.200, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *DJ* de 13-8-99).

2. *Decreto de prisão preventiva devidamente fundamentado na garantia da ordem pública, considerada a "enorme periculosidade" do Paciente, que não é desmentida pelos elementos constantes dos autos, segundo os quais o Paciente pertenceria a um grupo de extermínio.*

3. Existência, ademais, de outro fundamento idôneo e suficiente para a prisão preventiva, consistente na fuga anterior à decretação da prisão: precedentes.

4. Ordem denegada..

(HC 93.254/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 1º-8-08 – Grifo nosso.)

Habeas corpus. Prisão preventiva. Decisão fundada na periculosidade do paciente e demais corréus. Ameaça à ordem pública. Ordem denegada.

A alta periculosidade do paciente e dos demais seis réus, a quem é atribuída a autoria de dois homicídios consumados e um tentado, praticados em atividade típica de "grupo de extermínio", constitui fundamento idôneo para a decretação da prisão preventiva, a fim de garantir-se a ordem pública.

A necessidade de garantir-se a ordem pública foi reforçada pela superveniente sentença de pronúncia, que – ao manter a custódia dos acusados, apoiada, basicamente, nos mesmos motivos da decisão que decretou a preventiva – destacou, dentre outras razões, que "os delitos com *modus operandi* similar cessaram após a prisão dos acusado".

Ordem denegada.

(HC 95.171/GO, Segunda Turma, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, *DJ* de 19-12-08 – Grifo nosso.)

Por fim, quanto à alegação de "nulidade de todo o ato processual praticado a partir do interrogatório do ora paciente" (fl. 19), tendo em vista o cerceamento de defesa decorrente da negativa de acesso aos autos suplementares, antes da audiência de instrução, anoto o que trazido no parecer ministerial:

> Acerca do cerceamento à defesa devido ao não acesso às diligências suplementares, não merece tal tese defensiva prosperar, visto que franqueada à defesa a vista dos autos tão logo estes foram enviados ao Magistrado. Nesse ponto, a decisão impetrada merece transcrição pela clareza com que refuta o argumento do impetrante (fls. 36/37):
>
> > E, por fim, não há falar em nulidade processual por cerceamento de defesa, em função da negativa de acesso da defesa técnica aos autos suplementares.
> >
> > É que os autos suplementares, instaurados pela Polícia Civil de Pernambuco objetivando "aperfeiçoar e complementar os autos do Inquérito Policial nº 010/2005, com produção de provas objetivas e subjetivas visando esclarecer o aspecto motivacional e dirimir dúvidas sobre a participação de uma terceira pessoa no triplo homicídio que vitimou *Alexandre Cavalcante de Melo, Renilson José da Silva, José Júnior Faustino* e tentativa em *Douglas Charles Cavalcante de Carvalho"* (fl. 69), somente foram enviados ao magistrado em 25 de abril de 2005 (fl. 67), que abriu vista às partes para ciência do procedimento no dia seguinte (26 de abril).
> >
> > E o acesso em momento anterior dos referidos autos à defesa do ora paciente foi indeferido pela autoridade policial em função da "**imperiosidade do sigilo das investigações**" (fl. 359), não havendo, pois, falar em cerceamento de defesa pelo fato de se ter aberto vista às partes apenas quando de sua conclusão e juntada aos autos principais, até porque a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme na compreensão de que, sendo imprescindível o sigilo às investigações policiais, prevalece o interesse público ao particular.
>
> (Fls. 212.)

Nos termos propostos no parecer do Ministério Público Federal, não tenho como afrontados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Com efeito, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem assegurado a amplitude do direito de defesa, o exercício do contraditório e o devido processo legal (art. 5º, incisos LIV e LV da CF) mesmo que em sede de inquéritos policiais e/ou processos originários, cujos conteúdos devam ser mantidos sob sigilo.

Por outro lado, a própria redação da Súmula Vinculante 14/STF, segundo a qual "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa", prevê que o advogado poderá ter acesso aos autos do procedimento investigatório sigiloso somente após a documentação das diligências realizadas. Ou seja, numa palavra, enquanto não encerradas as diligências, com a juntada das peças produzidas nas investigações, poderá a autoridade policial restringir o acesso das partes aos atos investigatórios, sem que tanto implique em cerceamento de defesa.

No caso concreto, tem-se nos autos que a defesa teve acesso ao procedimento suplementar tão logo foram encerradas as diligências e encaminhados os documentos ao Magistrado respectivo.

De resto, ressalte-se que as condições subjetivas favoráveis do paciente não obstam a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica no caso presente. Nesse sentido: HC 90.330/PR, Segunda Turma, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 27-6-08; HC 93.901/RS, Primeira Turma, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 27-6-08; HC 92.204/PR, Primeira Turma, de minha relatoria, *DJ* de 19-12-07.

Ante o exposto, acolhendo o parecer do Ministério Público Federal, denego a ordem de *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, o pano de fundo realmente, se procedente, é condenável e não estou aqui selando a culpa do paciente.

Mas nos defrontamos com ato alusivo à preventiva que, a meu ver, não guarda sintonia com o disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal. E diria que, a persistir o que lançado pelo Juízo, teremos o afastamento, por completo, do princípio da não-culpabilidade.

Ressaltou-se a gravidade do crime, mas, quanto a esta, há de esperar-se a formação da culpa do paciente. Afirmou-se também que, na condição de policial militar, teria de proporcionar a segurança dos cidadãos e não cometer crime.

Estamos diante – por isso disse que o pano de fundo, se procedente, é condenável – do que seria execução: três homicídios cometidos no, segundo o Juízo, afamado Morro do Pixete.

Não tenho, Presidente, como chancelar as premissas do decreto, mas há mais, e receio que, dentro em pouco, não tenhamos o instituto do excesso de prazo. O paciente está preso, preventivamente, há cerca de quatro anos. A prisão data de 2005, extravasando, portanto, o tempo razoável para ter-se uma decisão condenatória preclusa no campo da recorribilidade.

Dir-se-á que requereu inúmeras diligências, mas quem conduz o processo, quem dirige o processo, devendo indeferir diligências protelatórias, é o próprio Juízo. Esse fato de se exercer à plenitude ou à exaustão o direito de defesa não conduz à possibilidade de estender-se, numa instrução, a quatro anos, a custódia provisória do acusado, até então simples acusado.

Por isso peço vênia ao Relator para conceder a ordem, ressaltando, mais uma vez, que se paga um preço por se viver em um Estado de direito, e esse preço é módico, é o respeito irrestrito, para mim, às regras vigentes.

Que se mude a Constituição Federal – penso que não é o caso –, que se mude a legislação penal, mas, enquanto isso não ocorrer, vejo-me vinculado ao que estabelecido e segundo a minha leitura.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Peço vênia ao Ministro Marco Aurélio, vou acompanhar o Ministro Relator, porque também quero homenagear a longa tradição desta nossa Turma de não considerar o excesso de prazo como causa de deferimento da ordem se esse alongamento do perfil processual é imputável aos advogados da parte do paciente.

Agora, Ministro Menezes Direito, só para deixar assentado, não me lembro precisamente dos termos da intervenção do Ministro Cezar Peluso quando da discussão da Súmula 14, mas a minha fundamentação para aderir aos termos propostos, a própria redação da Súmula, foi a partir de uma distinção que eu fiz entre investigação e diligências. Deixei consignado que a investigação é um continente, é um gênero, é um todo e que se materializa por sucessivas diligências. São as diligências que materializam a investigação, e a cada diligência concretizada, ultimada e figurante dos autos era de se conferir o acesso amplo aos advogados. Foi exatamente isso. Porque me lembro que Vossa Excelência também teve essa preocupação que eu tive de preservar as linhas ou os rumos da investigação. Vossa Excelência participou bem dessa fase do debate.

Só isso, apenas deixar assentado.

EXTRATO DA ATA

HC 96.511/PE — Relator: Ministro Menezes Direito. Paciente: Paulo Pereira da Silva. Impetrante: George José Reis Freire. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*; vencido o Ministro Marco Aurélio.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 28 de abril de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 96.769 — SP

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Paciente: Fernando Fernandes Rodrigues — Impetrantes: Marcus Vinicius Sayeg e outro — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Constitucional. Penal e processual penal. Tráfico ilícito internacional de entorpecentes. Prisão preventiva. Pedido de liberdade provisória. Superveniência de sentença condenatória. Prejudicialidade dessas questões. Incompetência do Juízo processante. Dilação probatória não admitida na via estreita do *habeas corpus*. Inépcia da denúncia, nulidade do interrogatório, cerceamento de defesa, falta de intimação da defesa para os interrogatórios realizados por carta precatória, proibição do defensor do paciente de participar do interrogatório de um dos corréus e ilegalidade na duração das escutas telefônicas. Questões não suscitadas e não apreciadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Supressão de instância. Presença de condições subjetivas favoráveis ao paciente não obsta a segregação cautelar. Precedentes.**

1. A pretensão dos impetrantes, quanto ao pedido de revogação da prisão preventiva, não encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, assentada no sentido de que "a superveniência da sentença condenatória configura novo título para a prisão, inviabilizando o *habeas corpus* que tenha por objeto desconstituir a prisão preventiva" (HC 93.345/RS, Primeira Turma, de minha relatoria, *DJ* de 1º/8/08; entre outros). Além do mais, também não está comprovado preencher o paciente os requisitos necessários para a concessão de liberdade provisória, considerando que, como alertado na decisão impugnada, estariam configurados, na hipótese, os pressupostos autorizadores da prisão cautelar.

2. O tema da incompetência absoluta do Juízo processante, no caso, demanda análise do conjunto fático-probatório constante na ação penal, inadmitida na via estreita do *habeas corpus*.

3. As questões relativas à inépcia da denúncia, à nulidade do interrogatório do paciente, ao cerceamento de defesa decorrente do indeferimento de diligências requeridas ao juízo processante, à falta de intimação da defesa para os interrogatórios realizados por carta precatória, à proibição do defensor do paciente de participar do interrogatório de um dos corréus e à existência de ilegalidade na duração das escutas telefônicas, sob pena de indevida supressão de instância, não podem ser examinadas.

4. A presença de condições subjetivas favoráveis ao paciente não obsta a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica no caso presente.

5. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer, em parte, do pedido de *habeas corpus*, mas, nesta parte, indeferi-lo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 10 de fevereiro de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Marcus Vinicius Sayeg e Ricardo Gouveia Pires em favor de Fernando Fernandes Rodrigues, buscando a revogação da prisão preventiva do paciente e, alternativamente, a concessão de liberdade provisória ao paciente, bem como a anulação da Ação Penal 2007.61.20.002726-4, em trâmite na 2ª Vara Federal de Araraquara/SP, desde o início.

Apontam como autoridade coatora a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 97.155/SP, Relatora a Ministra **Jane Silva**, impetrado àquela Corte.

Em longa petição inicial, os impetrantes alegam, em síntese, o constrangimento ilegal imposto ao paciente, pelos seguintes fundamentos: **a)** a Justiça Federal seria absolutamente incompetente para processar e julgar o fato em apuração, porque o delito de tráfico de entorpecentes, descrito na denúncia, estaria restrito ao âmbito nacional (fls. 10 a 12); **b)** ainda que fosse possível reconhecer a competência da Justiça Federal, a Seção Judiciária de Araraquara/SP seria incompetente na hipótese, uma vez que o último ato de execução teria, em tese, se consumado na cidade de São Paulo (fls. 12 a 17); **c)** a denúncia seria inepta, pois "**a peça vestibular não preenche os requisitos constantes do artigo 41 e 43 do Código de Processo Penal**, bem como aqueles previstos no artigo 39 da Lei nº 10.409/2002" (fls. 17 a 20 – grifos no original); **d)** não estariam presentes, no caso concreto, os requisitos para a decretação e a manutenção da segregação cautelar (fls. 20 a 30); **e)** a prisão preventiva teria sido decretada sem a fundamentação adequada (fls. 30 a 34); **f)** estariam presentes os requisitos necessários à concessão da liberdade provisória (fls. 34/35); **g)** é nulo o interrogatório do paciente, "uma vez que referido ato processual foi realizado por meio de vídeo conferência, modalidade esta não prevista em nossa legislação pátria" (fls. 35 a 37);

h) houve cerceamento de defesa, tendo em vista o indeferimento de diligências requeridas ao Juízo processante (fls. 37 a 42); **i)** ocorreu a falta de intimação da defesa para os interrogatórios realizados por carta precatória (fls. 42/43); **j**) houve a proibição do defensor do paciente de participar do interrogatório de um dos corréus (fls. 43 a 47); e **k)** existiu ilegalidade na duração das escutas telefônicas (fls. 47 a 55).

Requerem, ao final, o deferimento liminar para revogar "a prisão preventiva do paciente, confirmando-se a liminar concedida em posterior decisão, considerando que as razões autorizadoras para tanto não existem, mormente pela falta de utilidade e necessidade do uso de referida medida excepcional, seja ainda por ter sido decretada por autoridade manifestamente incompetente(...), ou caso assim não entendam, **alternativamente**, que seja a presente ordem concedida em favor do paciente para decretar sua **liberdade provisória**, observando-se, assim, o devido processo legal, garantido constitucionalmente a todo e qualquer cidadão, bem como pela flagrante falta de motivações das decisões que decretam e determinam a prorrogação da quebra do sigilo do paciente, e pela falta de razoabilidade da duração da interceptação telefônica, em ofensa a preceitos constitucionais expressos e legislação específica, realizando verdadeira devassa na privacidade do paciente por mais 01 (um) ano e 6 (seis) meses, para que **seja determinada a anulação do processo nº 2007.61.20.002726-4, em trâmite perante a 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Araraquara-SP, desde seu início**, tendo em vista as nulidades apontadas" (fls. 56/57 – grifos no original).

A liminar foi indeferida. Dispensei as informações da autoridade apontada como coatora; no entanto, determinei que se oficiasse ao Juízo da 2ª Vara Federal de Araraquara/SP para que informasse sobre eventual interposição de apelação, pelo paciente, na ação penal ora questionada (fls. 1254 a 1265).

Aquele Juízo de 1º grau informou que o paciente interpôs apelação, mas que preferiu apresentar as razões do recurso à superior instância (fl. 1273).

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. **Edson Oliveira de Almeida**, manifestou-se pelo parcial conhecimento do *writ* e, nessa parte, pela denegação da ordem (fls. 1276 a 1289).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Conforme relatado, o presente *habeas corpus* volta-se contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 97.155/SP, Relatora a Ministra **Jane Silva**, e tem como objetivo a revogação da prisão preventiva ou, alternativamente, a concessão de liberdade provisória ao paciente, bem como a anulação da Ação Penal 2007.61.20.002726-4, em trâmite na 2ª Vara Federal de Araraquara/SP, desde o início.

Narram os impetrantes, na inicial, os seguintes fatos:

Pela Delegacia da Polícia Federal de Araraquara, foi instaurado procedimento criminal, que teve como finalidade a investigação sobre uma suposta organização criminosa que estaria promovendo o tráfico de entorpecentes no interior paulista.

Referido feito culminou com a determinação da prisão preventiva do paciente, em data de 03 de abril de 2007, o qual, até a presente data, continua tolhido de sua liberdade, sob a alegação de garantia da ordem pública e segurança da futura aplicação da lei penal, e assim mantida, por entender-se que "cuida-se de crime (ou crimes) permanente (cuja ação danosa ou perigosa se prolonga no tempo) e profissional (praticado não só com habitualidade, mas intenção de lucro) de forma que manter os representados soltos significa permitir que a prática se perpetue".

Com a devida vênia, cultos Julgadores, no que tange à alegação de garantia de futura aplicação da lei penal, suas razões não foram demonstradas em momento algum existindo tão somente mera referência aos artigos 311 e 312, do Código de Processo Penal.

Pelo Douto Procurador da República oficiante foi oferecida denúncia, imputando ao paciente a prática das seguintes condutas penais, *in verbis*:

> "– Nas penas do art. 35 da Lei nº 11.343/06, por ter se associado a Romeu, Elvis, Cícero, Manoel Júnior, José Marcelo, Lucimar, para compra e transporte de droga vinda do exterior, assim como a Camilla, Melissa, Suzel, José Roberto, Wagner Brogna, Julio Vladimir, Luiz Alberto, Daniel, Marcus Miranda, João Aécio e Luiz Henrique (BIRO), e também a Edivilmo, Fabiana, a Edison, Priscila, Michael, Júlio César, Thiago, Cléber, William, Michelli, Carlos Alberto, Marcelo Luiz, Evandro, Josiani Ariovan, João Paulo, Wilson, Marcelo Alexandre e Silvio, para praticar, de forma reiterada, o tráfico de drogas, no período compreendido entre setembro/2005 e abril/2007, pelo menos;
>
> – Nas penas do artigo 12 c/c 18, I, da Lei nº 6.368/76, em continuidade delitiva (artigo 71, CP), em razão das duas apreensões de drogas ocorridas em 22/03/2006, que originaram as ações penais nº 659.01.2006.002047-9 e nº 583.50.2006.023045-0, em trâmite na 1ª Vara Criminal de Vinhedo/SP e na 9ª Vara Criminal de São Paulo/SP, respectivamente;
>
> – E, em concurso material, nas penas do artigo 33, *caput* e c/c o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, em razão da apreensão de drogas ocorridas em 03/04/2007, como consequência da deflagração da operação Conexão Alfa, tratado nestes autos;
>
> – Nas penas do artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06, em razão da posse e guarda de aparelhos destinados à preparação e transformação da droga, sem autorização legal, conforme apreensão ocorrida em 03/04/2007, como consequência da deflagração da operação Conexão Alfa, tratado nestes autos;
>
> – Nas penas do artigo 12 da Lei nº 6.368/76, em razão das apreensões de drogas ocorridas em 18/02/2006 (réu Evandro), que originou a ação penal nº 2006.61.15.001243-6 em trâmite na 1ª Vara Federal de São Carlos/SP;
>
> – Nas penas do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, em razão das apreensões de drogas ocorridas em 10/10/2006 (réu Edvilmo), que originou a ação penal nulo 999/2006, em trâmite na 1ª Vara Criminal de Araraquara/SP;

– Nas penas do art. 12 da Lei nº 6.368/76, em razão da apreensão de drogas ocorridas em 24/08/2006 (ré Michele), que originou a ação penal nº 320.01.2006.016409-2, em trâmite da 1ª Vara Criminal de Limeira;

– Nas penas do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, em razão da apreensão de drogas ocorridas em 27/10/2006 (réu Júlio César), que originou a ação penal nº 1000/2006, em trâmite na 2ª Vara Criminal de Araraquara/SP;

– Nas penas do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, em razão da apreensão de drogas ocorridas em 20/12/2006 (réu Cléber), que originou a ação penal nº 71/2007, em trâmite da 1ª Vara Criminal de Araraquara/SP;"

Pela defesa do paciente foi apresentada defesa preliminar pugnando pelo reconhecimento da inépcia da exordial, haja vista que não havia preenchido os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, mormente por não individualizar a conduta do paciente em cada uma das imputações que fez, bem como foi oposta exceção de incompetência, em decorrência da matéria ventilada na acusação.

Sua Excelência afastou as preliminares suscitadas, além de se declarar competente por prevenção para a apreciação e julgamento daquele feito. Iniciou-se, então a instrução, **com o interrogatório dos acusados, sendo que o interrogatório do paciente foi deprecado para a Subseção Judiciária de Guarulhos, onde foi realizado através de vídeo conferência, mesmo após manifestação deste Colendo Tribunal sobre a ilegalidade da prática de referido ato através de tal mecanismo**.

Após os interrogatórios foram ouvidas as testemunhas da acusação e da defesa, sendo que uma das testemunhas de acusação é pessoa incerta e não sabida, não identificada em momento algum, em flagrante desrespeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, contrariando a Lei de Proteção às testemunhas, que também deixou de ser aplicada.

Superada tal fase, foi aberta vista dos autos às partes, nos termos do artigo 499, do Código de Processo Penal, onde pela acusação nada foi requerido.

A defesa do paciente requereu:

a) Expedição de ofícios às empresas aéreas com o fim de comprovar que o paciente não viajava para o local onde lhe imputavam que supostamente adquiria as drogas:

b) Realização de perícia no celular utilizado por Romeu Villarde Arze, para que confirmasse que o referido número estava sendo usado em *roaming* internacional, uma vez que o prefixo é do Mato Grosso, com a finalidade de comprovar a efetiva internacionalidade das acusações que irrogaram ao paciente.

Contudo, injustificadamente, em desobediência ao disposto no artigo 93, IX da Constituição da República Federativa do Brasil, todas as providências requeridas foram indeferidas, em manifesto cerceamento de defesa, a ser oportunamente apreciado abaixo.

As partes apresentaram suas alegações finais, sobrevindo, nos seguintes termos (fls. 5778) daqueles autos, sentença condenatória (5654/5781) contra a pessoa do paciente:

"Como incurso em concurso material (a) duas vezes no art. 12, da Lei 6.368/76 à pena privativa de liberdade de 5 anos, 10 meses e 16 dias de reclusão e 82 dias-multa no valor mínimo, ou seja, de 1/30 do salário mínimo cada dia-multa que, repito, será usado, em todos os casos deste dispositivo (flagrante de 22/03/2006) e à pena privativa de liberdade de 3 anos e 6 meses de reclusão e 58 dias-multa no valor mínimo (flagrante do dia 18/07/2006);

(B) quatro vezes no art. 33 da Lei nº 11.343/06 à penas privativa de liberdade de 6 anos, 5 meses de reclusão e 583 dias-multa no valor mínimo (flagrante de 10/10/2006), à pena privativa de liberdade de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa no valor mínimo (flagrante de 27/10/2006), à pena privativa de liberdade de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa no valor mínimo (flagrante de 20/12/2006) e à pena privativa de liberdade de 8 anos e 2 meses de reclusão e 933 dias-multa no valor mínimo (flagrante de 03/04/2007); (C) no art. 35 da Lei nº 11.343/06 à pena privativa de liberdade de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e à pena pecuniária de 1244 dias-multa no valor mínimo."

Com o devido respeito, nobres Ministros, o desfecho dado àquele procedimento, com a absurda condenação do ora paciente, somente veio a coroar o festival de nulidades e arbitrariedades que marcaram todo o desenrolar da "indevida marcha processual", em um feito maculado desde seu início, pela falta de autorização legítima para que se iniciasse a investigação.

Os absurdos cometidos naquele feito são dignos de serem comparados às barbáries cometidas no tempo da inquisição, que podem ser sintetizadas pela máxima "se o acusado é inocente não precisa de defesa, se é culpado não a merece", onde pode se constatar, a todo momento, a violação de direitos consagrados desde o século XIX.

Um processo da maneira como aquele foi realizado não teria lugar nem em um romance kafkaniano, porém conseguiu ter lugar em sede de Juízo Federal em pleno século XXI.

Assim, diante de tamanhas atrocidades processuais, que abaixo serão analisadas detalhadamente, os subscritores do presente ingressaram perante o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região com pedido de *habeas corpus*, o qual foi denegado.

Diante de tal negativa, uma vez que o constrangimento ilegal permanecia, desta vez em função da não concessão da ordem pela C. 2ª Turma daquele E. Tribunal, foi impetrado novo *writ*, autuado sob o nº 97.155/SP, desta vez perante o E. Superior Tribunal de Justiça, cuja relatoria coube à eminente Desembargadora Convocada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais **Jane Silva**, a qual denegou a ordem."

(Fls. 4 a 7.)

Transcrevo a ementa daquele julgado:

Processual penal – Habeas corpus – Tráfico transnacional de drogas – Associação para o tráfico – Demora para o julgamento do writ impetrado perante a corte a quo – Superveniência do julgamento – Pedido prejudicado – Aditamento da inicial – Conhecimento do pedido como habeas corpus substitutivo de recurso ordinário – Excesso de prazo – Instrução encerrada – Súm. 52/STJ – Complexidade do feito – Trinta e sete denunciados – Expedição de várias cartas precatórias – Princípio da razoabilidade – Prisão preventiva – Decisão de 1º grau não juntada aos autos – Ônus do impetrante – Resguardo da ordem pública – Vultosa associação – Paciente tido como um de seus líderes – Modus operandi – Periculosidade concreta – Residência fixa e ocupação lícita – Irrelevância – Manutenção – Incompetência da Justiça Federal – Indícios da transnacionalidade do delito – Estreita via do habeas corpus – Competência da Subseção Judiciária de Araraquara-SP por prevenção – Ordem denegada.

1. Evidenciando-se que o *writ* impetrado perante a Corte Regional já foi julgado, prejudica-se o pedido de constrangimento ilegal em razão da demora para seu processamento.

2. A superveniência do julgamento do mérito do dito remédio constitucional possibilita o conhecimento do presente *habeas corpus* como substitutivo de recurso ordinário, tendo em vista o aditamento à inicial.

3. "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo" (Súm. 52⁄STJ).

4. A pluralidade de réus na ação penal de conhecimento (trinta e sete), bem como a necessidade de serem realizadas várias diligências imprescindíveis, autoriza a aplicação do princípio da razoabilidade a fim de permitir dilação no prazo para o término da instrução. Precedentes.

5. A concreta periculosidade do agente, revelada pelo *modus operandi* com que teria supostamente agido, porquanto tido como um dos líderes de vultosa associação destinada ao tráfico transnacional de drogas, é suficiente para motivar a necessidade da manutenção de sua prisão preventiva, a bem do resguardo da ordem pública. Precedentes.

6. Ademais, ausente dos autos cópia da decisão de 1º Grau que determinou a prisão preventiva do paciente, cuja juntada era ônus do impetrante, mostra-se dificultado o exame da *quaestio*.

7. Unicamente a residência fixa e ocupação lícita do paciente, ainda que comprovados estivessem, não são aptos a garantir-lhe a revogação da prisão preventiva, notadamente quando presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal no caso concreto. Precedentes.

8. "Salvo ocorrência de tráfico para o exterior, quando, então, a competência será da Justiça Federal, compete à Justiça dos Estados o processo e julgamento dos crimes relativos a entorpecentes" (Súm. 522⁄STF).

9. Evidenciando-se a existência de indícios dando conta de que o suposto tráfico possua natureza transnacional, a competência para o processamento e julgamento da ação penal é da Justiça Federal. Precedentes.

10. A estreita via do *habeas corpus*, carente de dilação probatória, não comporta o exame de questões que demandem o profundo revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos do inquérito policial instaurado contra o paciente, bem como da ação penal que sobreveio. Precedentes.

11. Quando incerto o local em que teria sido praticado o último ato de execução, a competência se firma pela prevenção.

12. Evidenciando-se que o primeiro Juízo a tomar conhecimento do feito foi o da Subseção Judiciária de Araraquara – SP, perante o qual foi requerida a quebra do sigilo telefônico dos investigados, ele se mostra prevento para conhecer da ação penal.

13. Pedido parcialmente prejudicado e, no restante, denegada a ordem.

(Fls. 685/686.)

É contra essa decisão que se insurgem os impetrantes neste *writ*.

Na hipótese dos autos, não há elementos aptos a sustentar a conclusão de que a ordem deva ser concedida, porquanto, pelo que se tem na decisão proferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, não se vislumbra nenhuma ilegalidade ou abuso de poder.

Daí por que mantenho os fundamentos lançados para indeferir o pedido de liminar, já agora confirmados pela análise mais aprofundada do caso.

Tem-se, nos autos, que o paciente foi preso, preventivamente, em 5-4-07, e, juntamente com mais 37 pessoas, denunciado pelos seguintes crimes: a) art. 35 da Lei 11.343/06, por praticar tráfico reiterado de drogas no período de setembro/05 a abril/07; b) art. 12, c/c art. 18 da Lei 6.368/76, em continuidade delitiva e em concurso material, em razão de duas apreensões de drogas ocorridas em 22-3-06; c) art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso I, da Lei 11.343/06, por conta de apreensões de drogas ocorridas em 3/4/07, delitos que, segundo o Ministério Público Federal, foram apurados a partir da deflagração da operação "Conexão Alfa".

No que concerne ao pedido de revogação da prisão preventiva do paciente (itens "d" e "e"), verifico, às fls. 558 a 684, a existência de sentença penal condenatória que negou ao paciente o direito de recorrer em liberdade. Neste caso, tenho que a pretensão dos impetrantes não encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, preconizada no sentido de que "a superveniência da sentença condenatória configura novo título para a prisão, inviabilizando o *habeas corpus* que tenha por objeto desconstituir a prisão preventiva" (HC 93.345/RS, Primeira Turma, de minha relatoria, *DJ* de 1º-8-08), pelo que não deve a impetração ser conhecida quanto a esse fundamento.

Perfilhando esse entendimento destaco os seguintes precedentes:

> *Prisão preventiva. Superveniência da sentença condenatória, que constitui novo título da prisão. Decisão que julgou prejudicado habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, no qual se alegava excesso de prazo da prisão e ausência de fundamentação cautelar para a preventiva. Decisão em consonância com a jurisprudência deste Supremo Tribunal. Ordem denegada.* 1**. A superveniência da sentença condenatória, que constitui novo título da prisão, prejudica a alegação de excesso de prazo da prisão e ausência de fundamentação cautelar válida para a prisão preventiva.** 2. Ordem denegada.
> (HC 94.293/MG, Primeira Turma, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 1º-8-08.)

> *Habeas corpus.* 2. Crimes contra o Sistema Financeiro. 3. Ausência de fundamentação da sentença monocrática. Matéria não arguida no Tribunal *a quo*. Supressão de instância. 4. Supostos vícios no decreto da prisão preventiva. Superveniência de sentença condenatória. Prejudicialidade do *writ*. Precedentes. 5. Ordem parcialmente conhecida e, na parte conhecida, indeferida.
> (HC 84.602/MT, Segunda Turma, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, *DJ* de 8-10-04.)

> *Penal. Processual penal. Habeas corpus. Custódia cautelar. Superveniência da sentença condenatória.* I – A superveniência da sentença condenatória prejudica o *habeas corpus* quando esse tenha por objeto o decreto de prisão preventiva, dado que passa a sentença a constituir novo título para a prisão. II – *Habeas corpus* indeferido.
> (HC 83.919/SP, Segunda Turma, Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 18-6-04.)

Deve ser destacado, ainda, nos termos do parecer do Ministério Público Federal, "que o paciente é um dos cabeças da organização criminosa com grande número de envolvidos (cerca de 37 pessoas), dedicada ao tráfico internacional de drogas, a partir da Bolívia para diversos pontos do território nacional (fls. 246/497)" (fl. 1285).

Além do mais, também não está comprovado preencher o paciente os requisitos necessários para a concessão de liberdade provisória (item "f"), já que, como alertado na decisão impugnada, estariam configurados, na hipótese, os pressupostos autorizadores da prisão cautelar.

De resto, verifico não ser possível analisar os argumentos dos impetrantes, de que o Juízo processante seria absolutamente incompetente para processar e julgar a causa (itens "a" e "b"), principalmente por demandar análise do conjunto fático-probatório constante na ação penal, não admitida na via estreita do *habeas corpus*. Nesse sentido: HC 94.160/SP, Primeira Turma, de minha relatoria, *DJ* de 22-8-08; HC 91.334/PA, Primeira Turma, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 17-8-07; HC 90.292/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 25-5-07; HC 88.978/DF, Segunda Turma, Rel. Min. **Cezar Peluso**, *DJ* de 21-9-07; e HC 84.278/SP, Segunda Turma, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, *DJ* de 22-10-04.

Por fim, no que diz respeito às alegações de inépcia da denúncia, nulidade do interrogatório do paciente, cerceamento de defesa decorrente do indeferimento de diligências requeridas ao juízo processante, falta de intimação da defesa para os interrogatórios realizados por carta precatória, proibição do defensor do paciente de participar do interrogatório de um dos corréus e existência de ilegalidade na duração das escutas telefônicas (itens "c", "g", "h", "i", "j" e "k"), destaco que o acórdão proferido pela Sexta Turma daquele Superior Tribunal de Justiça não se manifestou sobre esses temas, não tendo os impetrantes nem mesmo suscitado essas questões naquela Corte, o que impede que esta Suprema Corte os conheça, de forma originária, sob pena de indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

> *Habeas corpus*. Constitucional e processual penal. Reclamação. Decisão de Relator do Superior Tribunal de Justiça. Questões não analisadas na decisão reclamada. Negativa de seguimento. Impossibilidade de conhecimento do *habeas corpus*. Dupla supressão de instâncias. Inviável a concessão de *habeas corpus* de ofício. *Habeas corpus* não conhecido. Precedentes. *1. Assentado, nos autos, que a reclamação teve seguimento negado pelo eminente Ministro Relator do Superior Tribunal de Justiça porque as questões nela suscitadas, e trazidas no presente habeas corpus, não teriam sido objeto da decisão reclamada (HC nº 49.329/SP). Com efeito, a apreciação desses temas, de forma originária, neste momento, configuraria verdadeira supressão de instância, não admitida pela jurisprudência desta Corte.* 2. O preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos para a progressão de regime prisional, ou, ainda, os motivos pelos quais teria o paciente regredido de regime não podem ser afirmados sem exame minucioso de material

fático-probatório, o que impossibilita a concessão de *habeas corpus* de ofício. 3. *Habeas corpus* não conhecido.
(HC 92.264/SP, Primeira Turma, de minha relatoria, *DJ* de 14-12-07 – Grifo nosso.)

I. STJ e STF – *Habeas corpus* – Competência originária. 1. Não pode o Superior Tribunal de Justiça conhecer de questão suscitada pelo impetrante – excesso de prazo – que não foi enfrentada pelo Tribunal de origem, ao qual, em consequência, não se pode atribuir a alegada coação. 2. Pelo mesmo fundamento – impossibilidade de supressão de instância –, também não cabe ao Supremo Tribunal conhecer originariamente da questão. II. Denúncia: aptidão: descrição suficiente do delito de associação para o tráfico imputado aos pacientes. 1. É da jurisprudência do Tribunal, na linha do que se tem decidido quanto ao crime de quadrilha ou bando (Código Penal, art. 288), que a configuração do delito de associação para o tráfico independe "da realização ulterior de qualquer delito compreendido no âmbito de suas projetadas atividades criminosas" (*v.g.*, Ext 966, Plenário, 29-6-06, Pertence, *DJ* de 10-8-06). 2. Daí que, para a aptidão da denúncia, o que se "exige, sobretudo, é que a imputação descreva concretamente os elementos essenciais à realização do tipo cogitado" (*v.g.*, HC 70.290, Plenário, 30-6-93, Pertence, *RTJ* 162/559), o que, no caso, não foi descumprido.
(HC 90.654/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 25-5-07.)

Ainda que assim não fosse, todas as questões antes referidas também estão ligadas intrinsecamente com o mérito da ação penal, não sendo viável colocá-las em discussão na via restrita do *habeas corpus*.

Anote-se, ainda, que a presença de condições subjetivas favoráveis ao paciente não obsta a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica no caso presente. Nesse sentido: HC 90.330/PR, Segunda Turma, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 27-6-08; HC 93.901/RS, Primeira Turma, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 27-6-08; HC 92.204/PR, Primeira Turma, de minha relatoria, *DJ* de 19-12-07.

Com essas considerações, entendo não ser possível a concessão da ordem nos termos em que requerido na petição inicial.

Ante o exposto, conheço parcialmente do *habeas corpus* e, na parte conhecida, denego a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 96.769/SP — Relator: Ministro Menezes Direito. Paciente: Fernando Fernandes Rodrigues. Impetrantes: Marcus Vinicius Sayeg e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma conheceu, em parte, do pedido de *habeas corpus*, mas, nesta parte, o indeferiu. Unânime.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto.

Brasília, 10 de fevereiro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

———

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 170.145 — SP

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Recorrente: Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental – CETESB — Recorrido: Frigorífico Atenas do Sul Ltda.

Mandado de segurança. Recurso administrativo. Recolhimento da multa. Prejudicialidade com o julgamento do recurso em razão da medida liminar. Direito de ampla defesa.

1. Não se considera prejudicado o mandado de segurança em razão do julgamento do recurso administrativo por força da medida liminar se o direito pleiteado necessita de definição jurisdicional considerando a disciplina da Constituição Federal.

2. O recolhimento da multa aos cofres da unidade federada como condição de recorribilidade atinge o direito de ampla defesa do contribuinte, garantido pelo constituinte dos oitenta.

3. Recurso extraordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso extraordinário, mas negar-lhe provimento.

Brasília, 15 de abril de 2008 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental (CETESB) interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão da Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim fundamentado:

> Cuida-se de mandado de segurança pelo qual o impetrante objetiva interpor recurso administrativo independentemente do recolhimento da multa por dano ao meio ambiente, imposta em Auto de infração e imposição de Multa
>
> (...)
>
> Na realidade, ante o disposto nos incisos XXXIV e LV do artigo 5º da atual Constituição federal, que deram maior amplitude aos direitos de petição e de defesa, não há como condicionar a primeira defesa em procedimento administrativo ao prévio recolhimento da multa, ainda que aquela manifestação venha caracterizada, pela lei, como recurso.
>
> Note-se que os dispositivos da legislação estadual que serviriam de suporte à exigência do impetrado (artigo 10 da Lei 997/76 e 103 do Decreto 8.468/76) não

exigem mera garantia da instância, como o depósito, a caução ou a fiança, mas sim o efetivo recolhimento da multa no órgão arrecadador competente. Mais rigorosos, assim, do que a legislação federal sobre Política Nacional do Meio Ambiente, citada pelo impetrado, que condiciona o recurso apenas à garantia da instância (art. 46 do Decreto 88.351/83) e não especificamente ao recolhimento da multa.

Tal exigência frustra, sem dúvida, o pleno exercício daqueles direitos constitucionalmente assegurados, vedando ao acusado que não possa dispor desde logo da quantia correspondente à multa – usualmente de valor elevado – a apresentação de qualquer defesa no processo administrativo.

Daí o improvimento dos recursos.

(Fls. 119 a 121.)

Opostos embargos de declaração (fls. 126 a 130), foram rejeitados (fls. 133/134).

Sustenta a recorrente violação do art. 5º, XXXIV e LV, da Constituição Federal, haja vista que "o depósito ou a caução ou o recolhimento para garantia da instância administrativa, pouco importando o nome que se lhe empreste a esse instituto jurídico, é da essência da legislação pátria, quer no campo administrativo, quer no campo do poder judiciário, de cujas posturas legais adotadas pela Cetesb, ora Recorrente, não existe nenhuma contrariedade ao texto constitucional" (fl. 142).

Afirma que "do exame das regras que exigem o depósito prévio para recurso administrativo, revela que elas asseguram o exercício do direito de defesa, sendo relevante ressaltar que mera exigência não o inibe. Daí por que as afirmações formuladas no V. Acórdão recorrido, quanto ao cerceamento de defesa pela simples exigência do depósito prévio não pode prosperar, posto que tal entendimento, por mais respeito que se lhe possa emprestar não se afina com a jurisprudência dominante, nem com a melhor doutrina dos nossos mestres" (fl. 142).

Apresentadas contrarrazões (fls. 153 a 168), sustenta o recorrido, em preliminar, que o presente recurso perdeu seu objeto, haja vista que, amparado pela medida liminar deferida pelo Juiz de 1º grau, o impetrante já ofereceu defesa administrativa sem a necessidade do prévio pagamento da multa. Destaca, também, que "o recurso apresentado administrativamente pela ora Recorrida não foi provido, tendo sido o valor inscrito em Dívida Ativa, e posteriormente proposta a ação de Execução Fiscal. Este procedimento judicial encontra-se aguardando a decisão de Primeiro Grau, sendo que o valor da execução encontra-se garantido em Juízo pela efetivação da penhora" (fl. 155).

O recurso extraordinário (fls. 136 a 142) foi admitido (fls. 172 a 174).

Opina o Ministério Público Federal, com parecer do ilustrado Subprocurador-Geral da República, Dr. **Miguel Frauzino Pereira**, pela perda de objeto da ação, conforme informado nas contrarrazões e, no mérito, pelo não conhecimento do recurso (fls. 183 a 187).

Após, o relator originário proferiu o seguinte despacho: "Tendo em vista o pronunciamento da douta Procuradoria-Geral da República (fls. 183 a 187),

manifeste-se o recorrente, em cinco dias, esclarecendo se persiste o interesse no julgamento do presente recurso" (fl. 189).

Por meio da petição de fl. 193, a recorrente manifestou-se, demonstrando interesse no julgamento da matéria de mérito do seu recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Trata-se de mandado de segurança impetrado pela recorrida com o objetivo de "assegurar à **Impetrante** o direito constitucionalmente previsto de exercer sua ampla defesa, sem que esteja obrigada ao recolhimento antecipado da multa objeto da autuação" (fl. 12).

A medida liminar foi deferida (fl. 2).

A sentença concedeu a ordem.

O Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento à apelação. O Tribunal de origem considerou que "ante o disposto nos incisos XXXIV e LV do artigo 5º da atual Constituição Federal, que deram maior amplitude aos direitos de petição e de defesa, não há como condicionar a primeira defesa em procedimento administrativo ao prévio recolhimento da multa, ainda que aquela manifestação venha caracterizada, pela lei, como recurso" (fl. 120).

Os embargos de declaração foram rejeitados.

Concretamente, o recurso administrativo foi julgado em sentido contrário ao pretendido pela empresa impetrante, tendo sido proposta a ação de execução fiscal.

Todavia, não creio que essa circunstância torne prejudicada a impetração. É que se deve decidir o direito ao regime de prévio recolhimento da multa no plano constitucional, não sendo suficiente a satisfação do direito em virtude do cumprimento da decisão liminar, no caso.

Assim, ultrapassada essa questão preliminar, no mérito, com razão a impetrante na linha da orientação da Suprema Corte (RE 388.359/PE, Rel. Min. **Marco Aurélio**, Pleno, *DJ* de 22-6-07).

No caso, como assinalou o acórdão, a exigência não é de caução ou de fiança, depósito, isto é, não se trata de garantia de instância, mas, sim, de efetivo recolhimento da multa ao órgão arrecadador, o que, sem dúvida, invade o direito de ampla defesa do contribuinte.

Desprovido o extraordinário.

EXTRATO DA ATA

RE 170.145/SP — Relator: Ministro Menezes Direito. Recorrente: Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental – CETESB (Advogado: Walter

Rosa de Oliveira). Recorrido: Frigorífico Atenas do Sul Ltda. (Advogados: Fabio de Campos Lilla e outros).

Decisão: A Turma conheceu do recurso extraordinário, mas lhe negou provimento. Unânime. Ausentes, justificadamente, o Ministro Carlos Britto e a Ministra Cármen Lúcia.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Ricardo Lewandowski e Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, o Ministro Carlos Britto e a Ministra Cármen Lúcia. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 15 de abril de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 198.765 — SP

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Recorrentes: Genilda Morais Vilela e outros — Recorridos: Prefeito Municipal de Pereira Barreto e outro

Desapropriação. Descaracterizada a finalidade de reforma agrária, como posto no acórdão estadual e no Superior Tribunal de Justiça.

1. Destinando-se a expropriação a assentar população atingida por obra pública, não há falar em finalidade de reforma agrária, como bem examinado pelo Tribunal de origem e pelo Superior Tribunal de Justiça.

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 5 de maio de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Genilda Morais Vilela e outros interpõem recurso extraordinário, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão da Décima Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim fundamentado:

> (...)
> Vislumbram os Impetrantes no Decreto Expropriatório (Decreto nº 1.004 de 31.5.90 – fl. 88) ocorrência de desapropriação com autêntica feição de desapropriação para fins de reforma agrária, o que é defeso ao Município, à luz das disposições legais vigentes; de consequência estaria atingido direito líquido e certo dos Impetrantes. Proprietários que são dos imóveis objeto da expropriação, razão pela qual, pela presente via buscam resguardo daquele.
>
> Mencionado Decreto em seu artigo primeiro declara de utilidade Pública, para fins de desapropriação as áreas de propriedade dos Impetrantes; a finalidade do ato expropriatório é "a relocação da população rural não proprietária, atingida em função de enchimento do Reservatório da Usina Hidroelétrica de Três Irmãos, no Rio Tietê, áreas essas a serem adquiridas pela CESP – Companhia Energética de São Paulo, em nome da Prefeitura Municipal de Pereira Barreto (...)'. (*verbis* – fl. 88)."
>
> Anota-se, neste passo, que se reputa a Ação voltada contra o Município, Pessoa Jurídica de Direito Público bem como contra a Litisconsorte Passiva, por

força do que se tem do Ato Expropriatório, que estabeleceu obrigação de aquisição futura por Esta Litisconsorte; só assim se configura a legitimação passiva *ad causam* e se justifica, de outra sorte o Recurso Oficial, interposto que opera em prol Daquela Pessoa Jurídica.

À luz de literalidade do mencionado Decreto, quanto à finalidade da expropriação, não autorizada a conclusão dos Impetrantes no sentido de se cuidar de desapropriação para fins de reforma agrária. Lá não se faz nenhuma menção ao fato de a desapropriação dever-se a fim satisfativo a plano eventual da reforma agrária voltada para a transformação da estrutura fundiária do País; a finalidade é, como explicitado, relocação da população rural atingida pelo represamento das águas para a Usina citada. Tal relocação implicaria na criação de "um centro de população quer sob forma de mera concentração estável como núcleos coloniais ou concentração de trabalhador", como se esclareceu a fl. 234. Não é mera "distribuição das terras dos Impetrantes, para particulares, e não realizar obras públicas" como se acenou a fl. 9; operada a desapropriação, por imperativo legal, a Litisconsorte Passiva adquirirá a área para aquele fim de relocação populacional implementando aquelas comuns ou vilas (fl. 234), núcleos de pescadores, agricultores, hortifrutigranjeiros (fl. 503) e não distribuindo terras como alegam os Impetrantes, contrariamente. Ademais mitigam-se as agruras daqueles atingidos pelo represamento das águas, verdadeira calamidade pública. Uso útil e necessário, pois, do bem desapropriado o que autoriza a desapropriação como decretada, correlata a utilidade e a necessidade pública.

Desponta assim sem repercussão o fato de o Decreto em tela ter referenciado, em seu artigo quarto, a palavra módulos; igualmente sem repercussão, no deslinde da controvérsia, o explorado descompasso de áreas, diagnosticado, entre a Lei Municipal nº 1.744 de 31 de março de 1990 e o Decreto Expropriatório vez que Aquela autorizou uma aquisição *ad corpus*.

Em suma quadra, pois, a desapropriação em tela no previsto no artigo 5º, *c* e *e* do Decreto-lei nº 3.365 de 21 de junho de 1941, inocorrente a indigitada eiva no Ato Expropriatório, que assim é não lesivo ao mencionado direito dos Impetrantes, o que conduz a rejeição de seu pedido (art. 269, I do C.P.C.), desconstituído, pois, o julgado, provido para tanto o Apelo.

Custas pelos Impetrantes.

Em sede de reexame necessário e neste diapasão provê-se o Recurso Oficial, como assim nomeado e que opera em prol da Pessoa Jurídica de Direito Público, em resguardo de direito seu.

Dá-se provimento aos Recursos.

(Fls. 521 a 523.)

Sustentam os Recorrentes que "o Decreto-lei n. 3.365, de 1.941 e a Lei n. 4.132, de 1.982, não foram recepcionadas pela atual Constituição, até porque, com ela colide frontalmente em vários de seus artigos, como aquele que permite a imissão provisória na posse (art. 15), sem o pagamento da justa e prévia indenização, a que se refere a Constituição Federal" (fls. 688/689).

Aduzem contrariedade aos arts. 122, inciso XIV, da Constituição Federal de 1937; 141, § 16, da Constituição Federal de 1946; 5º, § 3º, da Emenda Constitucional 10/64; 160 e 161, § 2º e 4º, da Constituição Federal de 1967, com a redação da Emenda Constitucional 1/69; e 5º, inciso XXII; 184 e 185 da Constituição Federal de 1988; uma vez que a competência para a desapropriação

da propriedade territorial rural, por interesse social, ficou reservada, com exclusividade, à União Federal.

Destacam que "a finalidade expressa no decreto acima transcrito – **'relocação de população rural não proprietária' e 'em módulos preestabelecidos (art. 4º)'** – é a mesma (mesmíssima), constante do convênio celebrado entre a *Cesp* e a *Prefeitura*, autorizado pela Lei municipal n. 1.744, de 6.3.1990, lei essa que traz igual expressão e, ainda, o **Relatório de Impacto Ambiental-RIMA**, elaborado pela *Cesp em janeiro de 1990* se refere **'as 104 famílias, na condição de não proprietárias, serão objeto de programa específico de Reassentamento de Produtores Rurais, visando assegurar sua permanência no campo'... 'seguindo as orientações do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), no que se refere à área necessária à subsistência de uma família de pequenos agricultores na região do baixo Tietê, a gleba assim distribuída: ...' (e são distribuídos lotes de 2 a 13 hectares, por família)**. Mais, ainda, a inicial das ações expropriatórias (sustadas pelo presente *writ*), também se referem a terras necessárias à '**relocação da população rural proprietária**', (fl. 354 e 358/359)" (fls. 691/692).

Sustentam que, "desenganadamente, o decreto hostilizado pretende efetivamente o 'reassentamento definitivo de pequenos produtores rurais', seguindo as instruções do Incra e conforme orientação do mencionado Rima, realizando uma inegável **'reforma agrária municipal'**, da qual se adstringem os Apelados em apontar a sua **ilegalidade**, porque como diz o insigne professor **Helio Helene**, no seu excelente parecer, '**Não se entra no exame de razões de ordem social ou humanitária, que hajam inspirado a edição daquele ato, nem nos cabe focalizá-los neste parecer**' (fl. 331)" (fl. 692).

Asseveram que, "se se trata de *reforma agrária*, é esta regulada pela lei federal n. 554 de 25 de abril de 1969 e é de competência da União a expedição de ato expropriatório. Assim, se o Poder Municipal valeu-se de poderes inerentes à União e privativos desta, agiu fora dos limites de sua competência. Vale dizer: agiu com *usurpação de competência*, que se caracteriza pela utilização proibida de poderes deferidos a outro órgão institucional" (fl. 699).

Contra-arrazoado (fls. 719 a 729), o recurso extraordinário (fls. 678 a 700) foi admitido (fls. 734 a 737).

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão transitado em julgado (fl. 802), não conheceu do recurso especial dos ora recorrentes (fls. 785 a 801).

Opina o Ministério Público Federal, com parecer do ilustrado Subprocurador-Geral da República, Dr. **Flávio Giron**, pelo provimento do recurso (fls. 825 a 831).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Os Recorrentes impetraram ordem de segurança alegando que estão sendo desapropriados "por efeito da

mencionada bacia de acumulação das águas da Usina Três Irmãos" (fl. 5), correndo risco de serem desapropriados, "também e ilegalmente pela mesma Cesp, no restante da Fazenda, ou seja, da totalidade da área que a cada um coube, na citada divisão amigável, por efeito do Decreto nº 1.004, de 31 de maio de 1990, publicado no Diário Oficial do Estado em 5 do fluente, (...), Decreto esse editado pela Digna Autoridade Impetrada" (fl. 5). Pede que seja declarada a inconstitucionalidade desse decreto.

A liminar foi deferida, sendo confirmada pela sentença ao fundamento central de que o prefeito não tinha competência para desapropriar, para promover reforma agrária.

O Tribunal de Justiça de São Paulo proveu as apelações. Afirmou o acórdão que não se trata de decreto expropriatório para o fim de reforma agrária, mas, ao contrário, de "relocação da população rural atingida pelo represamento das águas para a Usina citada" (fl. 523). Concluiu o Tribunal local que se enquadra "a desapropriação em tela no previsto no art. 5º, *c* e *e* do Decreto-lei nº 3.365 de 21 de junho de 1941, inocorrente eiva no Ato Expropriatório, que assim é não lesivo ao mencionado direito dos Impetrantes, o que conduz à rejeição de seu pedido (art. 269, I do C.P.C.), desconstituído, pois, o julgado provido para tanto o Apelo" (fl. 524).

No Superior Tribunal de Justiça, o especial não foi conhecido, entendendo aquela Alta Corte que houve desapropriação para atender peculiar interesse municipal, não se tratando, no caso, de ato para fim de reforma agrária. Os embargos de declaração não foram conhecidos. Houve, enfim, o trânsito em julgado dessa decisão.

O especial não pode prosperar. Vejamos.

O óbice posto pelo extraordinário é que o Município não tem competência para praticar ato expropriatório para fim de reforma agrária. Ocorre que, de fato, o que se tem no Decreto impugnado é a declaração de utilidade pública para "relocação de população rural não proprietária, atingida em função do enchimento do Reservatório da Usina Hidrelétrica de Três Irmãos, no Rio Tietê, áreas essas a serem adquiridas pela *Cesp – Companhia Energética de São Paulo*, em nome da Prefeitura Municipal de Pereira Barreto, cadastradas (...), subdivididas em 08 (oito) glebas (...)". Anote-se que o acórdão cuidou de examinar a documentação existente mostrando que não se trata de reforma agrária, mas, sim, do esforço municipal para mitigar "as agruras daqueles atingidos pelo represamento das águas, verdadeira calamidade pública. Uso útil e necessário, pois, do bem desapropriado o que autoriza a desapropriação como decretada, correlata a utilidade e a necessidade pública" (fl. 789).

Com isso, confirmado em acórdão do Superior Tribunal de Justiça transitado em julgado, que destacou parecer do Ministério Público Federal assinalando que se realizou a expropriação com a finalidade de reparar prejuízos causados por obras públicas, fora do contexto da reforma agrária, feito o pagamento aos expropriados em dinheiro e não em títulos, afasta-se a sustentação material do pedido de segurança.

Nesse caso, tenho que a desapropriação está ao alcance do art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, não havendo nenhum obstáculo a que seja efetuada pelo Município. Nesse sentido: RE 161.552/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Ilmar Galvão**, *DJ* de 6-2-98.

Destarte, nego provimento ao recurso extraordinário.

EXTRATO DA ATA

RE 198.765/SP — Relator: Ministro Menezes Direito. Recorrentes: Genilda Morais Vilela e outros (Advogados: Luciano Ferreira Leite, Jose Carlos de Mello Dias e outros). Recorridos: Prefeito Municipal de Ferreira Barreto e outro (Advogados: Inae Lobo e outros).

Decisão: A Turma negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto Relator. Unânime.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Ela Wieco.

Brasília, 5 de maio de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 244.158 — SP

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Recorrente: Estado de São Paulo — Recorrido: Herbis Furlan

Policial militar. Demissão. Abrandamento. Impossibilidade de examinar-se a questão sob o ângulo do princípio da proporcionalidade.

1. Não havendo mácula no procedimento administrativo e presente a existência da pena de demissão, no âmbito da competência da autoridade militar, não pode o Poder Judiciário considerar apenas a inadequação da pena para aplicar outra menos severa.

2. O princípio da proporcionalidade somente pode ser examinado se é objeto do pedido inicial, o que não ocorre neste feito.

3. Em um quadro de generalizada agressão ao princípio da moralidade, princípio constitucional relevante, é necessário exigir comportamento ilibado do servidor público, principalmente no âmbito dos serviços policiais.

4. Recurso extraordinário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso extraordinário e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 2 de setembro de 2007 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: O Estado de São Paulo interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão da Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim fundamentado:

> 1. Não há dúvidas de que, sob o aspecto da legalidade formal, o ato demissório não padece de qualquer vício, conforme exaustivamente demonstrado pela r. sentença de fls. 205, incólume na sua fundamentação sob esse aspecto dos termos da impugnação recursal de fls. 208.
>
> 2. Consigna a r. sentença de fls. 203/204: Encerrada a instrução, os membros do Conselho de Disciplina emitiram parecer no sentido de que o autor deveria ser rigorosamente punido à luz do regulamento disciplinar, podendo permanecer

na Corporação, pois se encontrava no comportamento excepcional e admitiu espontaneamente o seu envolvimento nos autos (fls. 168/169). Neste passo, é de se ressaltar que o parecer do Conselho, sobre ser mero ato opinativo, não vincula a decisão da autoridade competente à qual é ele dirigido. Seguindo essa orientação, o Comandante do 3º Batalhão de Polícia Rodoviária propôs ao Comandante Geral, deixando de homologar o parecer do Conselho, a demissão do autor com base no dispositivo apontado na notificação, por entender que a sua condição de policial militar era incompatível com o envolvimento nos fatos apurados (fls. 171/172). O Comandante Geral, por sua vez, também discordou do parecer do Conselho e determinou a demissão do autor nos termos no art. 45, inc. III, do Decreto-lei nº 260/70. Ora, o autor não pode negar os fatos apurados pelo Conselho, de sorte que todo o deu inconformismo reside no juízo de valor do Comandante Geral, ao acatar a proposta do Comandante da Unidade. Mas o ato, como já se viu, não pode ser revisto pelo Judiciário sob o argumento de ter sido injusto, dado que a injustiça corre a conta do poder discricionário da Administração, através da qual são valorados os elementos informativos e é aplicada a sanção. Para a autoridade competente os fatos comprometeram de tal forma o autor que sua permanência na Corporação se tornou incompatível. Descabe ao Judiciário, de tal arte, substituir tal juízo de valor e, por conseguinte, a pena de demissão por outra mais branda.

(...)

Data venia, porém, esse poder discricionário irrogado à autoridade administrativa não pode ser levado aos seus extremos, sob pena de denegar em instrumento de injustiça, que acaba violando o próprio princípio da legalidade.

O ato demissório não prescinde de motivação, e como suporte para sustentar-se não pode se incompatível com os fatos que o terão determinado.

No caso dos autos, há unanimidade de prova testemunhal, inclusive com a manifestação ainda que opinativa dos integrantes do Conselho Disciplinar, não ter o autor, que, com 18 anos de milícia mantinha-se no comportamento excepcional, tivesse procedido dolosamente com vistas à obtenção da falsa carteira de motorista para seu vizinho, de instrução deficiente; terá, pura e simplesmente, servido de intermediário entre o cliente conhecido e a auto-escola de um conhecido, para a obtenção da carteira, sem supor que a carteira a ser fornecida seria falsa; releva notar, ainda, que, à unanimidade das provas, o autor não teve qualquer proveito econômico na simples indicação da escola.

Assim, inadequada a pena demissória, esta não pode prevalecer à falta de suporte de legalidade.

3. A pena, no caso, deve guardar certa proporcionalidade com a infração disciplinar incursa, pois não se confundem arbítrio e discricionariedade da autoridade competente.

4. Somente em juízo é que se procedeu à correta valoração da infração imputada ao policial militar, enquanto, por outro lado, este quedou-se inerte por mais de dois anos, uma vez que, demitido em 13 de janeiro de 1988, ajuizou a presente ação apenas em 5 de fevereiro de 1990.

Atendendo a esta circunstância e em conformidade com a orientação da E. Câmara, a reintegração far-se-á apenas a partir do ajuizamento da ação.

5. Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para julgar procedente a ação, reintegrado o autor na corporação a partir do ajuizamento da ação, pagando-se os atrasados conforme apurar-se em execução.

Correção monetária a partir do ajuizamento da ação, e juros a contar da citação; reembolso de custas e honorários de advogado em 10% sobre o débito que se apurar em execução.
(Fls. 34 a 37.)

Sustenta o Recorrente que a "decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça implica na substituição subjetiva da Administração pelo Judiciário, contrariando frontalmente o **princípio da independência dos poderes** expresso no artigo 2º da Constituição Federal" (fl. 41)

Aduz que a "matéria de mérito, sobre o ato administrativo, compreendida que está nos limites da discricionariedade da Administração, conforme bem salientou a r. sentença reformada, não enseja apreciação pelo Judiciário sob o argumento de ter sido injusto, dado que à Administração compete valorar os elementos informativos e aplicar a sanção cabível a seus servidores" (fl. 41).

Contra-arrazoado (fls. 52/53), o recurso extraordinário (fls. 39 a 45) não foi admitido (fls. 12 a 16), tendo seguimento por força de agravo de instrumento provido (fl. 82).

Opina o Ministério Público Federal, com parecer do ilustrado Subprocurador-Geral da República, Dr. **Miguel Frauzino Pereira**, pelo desprovimento do recurso (fl. 80).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): O Recorrido ajuizou ação de reintegração no serviço público alegando que foi demitido da Polícia Militar pela prática de atos incompatíveis com a função de policial militar.

A sentença julgou improcedente o pedido ao fundamento de que não houve ilegalidade insanável no ato.

O Tribunal de Justiça de São Paulo proveu o recurso e determinou a reintegração do autor. Considerou o acórdão que "há unanimidade de prova testemunhal, inclusive com a manifestação ainda que opinativa dos integrantes do Conselho Disciplinar, não ter o autor, que com 18 anos de milícia mantinha-se no comportamento excepcional tivesse procedido dolosamente com vistas à obtenção da falsa carteira de motorista para seu vizinho, de instrução deficiente; terá, pura e simplesmente, servido de intermediário entre o cliente conhecido e a autoescola de um conhecido, par a obtenção da carteira, sem supor que a carteira a ser fornecida seria falsa; releva notar, ainda que, à unanimidade das provas, o autor não teve qualquer proveito econômico na simples indicação da escola" (fl. 36).

A sentença narra a situação de fato que pode ser assim resumida: o autor serviu de intermediário da expedição de carteira de habilitação falsa fornecida por um soldado; o autor foi notificado da acusação; interrogado, admitiu a intermediação, constituindo advogado que acompanhou toda a instrução; encerrada

a instrução, os membros do Conselho de Disciplina emitiram parecer no sentido de que o autor deveria ser rigorosamente punido, "podendo permanecer na Corporação, pois se encontrava no comportamento excepcional e admitiu espontaneamente o seu envolvimento nos fatos (fls. 168/169)" (fls. 31/32); o Comandante do 3º Batalhão de Polícia Rodoviária, deixando de homologar o parecer, propôs a demissão do autor com base no dispositivo apontado na notificação, "por entender que a sua condição de policial militar era incompatível com o envolvimento nos fatos apurados (fls. 171/172)" (fl. 32); o Comandante Geral, "também discordou do parecer e determinou a demissão do autor nos termos do art. 45, inciso III, do Dec.-Lei nº 260/70" (fl. 32).

O que se vai analisar é a possibilidade de revisão do ato de demissão do policial militar pelo Poder Judiciário pelo reexame da adequação da pena imposta, reconhecido que o devido procedimento administrativo não padece de nenhum vício.

Tenho que com razão o Estado de São Paulo. Vejamos.

Houve procedimento administrativo disciplinar que identificou os fatos e mereceu do Conselho de Disciplina recomendação de rigorosa punição, mas mantido o policial na corporação. Dessa recomendação discordaram o Comandante do Batalhão e o Comandante-Geral, os quais entenderam que a participação do policial nos fatos que deram origem à acusação era incompatível com o comportamento que se exige de um policial.

Ora, o que houve efetivamente foi uma avaliação diversa, quanto à pena a ser aplicada, entre os membros do Conselho Disciplinar e os Comandantes do batalhão e Geral da Polícia Militar, este último no exercício da sua competência funcional. Não me parece possível, diante desse cenário, que o Poder Judiciário possa sobrepor-se na avaliação da pena, se o procedimento administrativo não está maculado e se a pena aplicada está prevista da legislação de regência. Diferente seria se houvesse discrepância entre a pena de demissão e a previsão legal. Aí sim caberia ao Poder Judiciário fazer a correção. Mas se essa discrepância não está presente, se o Tribunal de origem considerou apenas inadequada a pena de demissão, porque deveria "guardar certa proporcionalidade com a infração disciplinar incursa, pois não se confundem arbítrio e discricionariedade da autoridade competente" (fl. 36), na minha compreensão está evidente a invasão de competência do Poder Judiciário na esfera reservada à autoridade militar estadual. O exame do tema da proporcionalidade, se fosse possível examiná-lo neste feito, e não é porquanto o fundamento do pedido inicial não é esse, permitiria considerar o seu alcance em casos como o presente. É que, de fato, nós estamos diante de um quadro de generalizada agressão aos padrões de moralidade no serviço público, o que impõe exigência de comportamento absolutamente liso quanto à conduta dos servidores públicos, particularmente dos serviços policiais. A proporcionalidade, então, teria de ser examinada também sob este aspecto. Mas, no caso, como já disse, não poderia o tema ser objeto de análise pelo Poder Judiciário porque ausente da inicial.

Lembro precedente desta Primeira Turma, Rel. Min. **Carlos Britto**, em caso assemelhado ao presente, como se verifica do trecho que se segue:

> (...)
> 12. Pois bem, no final dos trabalhos a Comissão Processante manteve o "indiciamento" do servidor pela prática de atos de improbidade, conducente a pena de demissão (inciso IV do art. 132 da Lei 8.112/90). Não obstante, a mesma Comissão sugeriu um "abrandamento", para que se aplicasse ao investigado tão-somente uma suspensão de 90 (noventa) dias, tendo em vista o seu despreparo técnico e a falta de treinamento, imputável esta à própria Administração.
> 13. O certo é que a sugestão não foi acolhida. Disso resultou o ato impugnado, que demitiu o Impetrante, com base nos fatos apurados. Diante desse quadro, mesmo considerando que os outros investigados não sofreram a mesma desdita, não vejo como afastar a pena demissória no tocante ao autor – em homenagem ao princípio da proporcionalidade –, para lhe infligir outra, menos severa. Assim, em resumo, entendo que se há de aplicar a este caso a orientação firmada no julgamento do RMS 44.901, supramencionado.
> (RMS 25.627/DF, *DJ* de 10-10-07.)

Por outro lado, também naquela oportunidade, provocado pelo eminente Ministro **Marco Aurélio**, afastou-se, ainda, o exame sob o ângulo da proporcionalidade diante da inércia do próprio autor que não apresentou fundamento nesse sentido em sua petição inicial.

Destarte, conheço do recurso extraordinário e lhe dou provimento para restabelecer a sentença.

EXTRATO DA ATA

RE 244.158/SP — Relator: Ministro Menezes Direito. Recorrente: Estado de São Paulo (Advogados: Isa Nunes Umburanas – PGE-SP e outros). Recorrido: Herbis Furlan (Advogados: Joaquim Martins Neto e outros).

Decisão: A Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausentes, justificadamente, o Ministro Carlos Britto e a Ministra Cármen Lúcia.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Ricardo Lewandowski e Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Britto e Cármen Lúcia. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 2 de setembro de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

———

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 369.085 — RS

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Recorrente: Adão Ricardo Rodrigues Gomes — Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul

Praça não estável. Procedimento administrativo. Licenciamento por conveniência. Precedentes da Corte.

1. O licenciamento de praça não estável exige a garantia do contraditório e da ampla defesa.

2. Recurso extraordinário a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso extraordinário e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 2 de setembro de 2008 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Adão Ricardo Rodrigues Gomes interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

> Servidor público – Brigada militar – Licenciamento por conveniência da administração – Estabilidade do policial militar somente alcançada aos dez anos de serviço – Pedido de licenciamento voluntário a revelar que o policial militar tinha perfeito conhecimento do que estava acontecendo – Decisão administrativa calcada no poder discricionário – Apelação provida, prejudicado o reexame.
> (Fl. 93.)

Sustenta o Recorrente violação do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, haja vista que "a formalidade de oportunizar ampla defesa era imprescindível, e sua ausência realmente cristalizou cerceamento de defesa e materializou o vício do ato administrativo" (fl. 109).

Afirma que "a matéria em questão diz respeito a garantia constitucional, vale dizer, o devido processo legal, assegurando-se a mais ampla defesa – um dispositivo legal foi violado –, e tal violação se consubstancia não apenas quando se declara que não se deu observância a ele, mas também quando a inobservância resulta inequívoca do comportamento da autoridade." (fl. 110).

Sem contra-razões (fl. 113), o recurso extraordinário (fls. 103 a 112) foi admitido (fls. 120 a 122).

Opina o Ministério Público Federal, com parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. **Roberto Monteiro Gurgel Santos**, pelo provimento do recurso (fl. 128).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): O Recorrente ajuizou ação de anulação de licenciamento da Brigada Militar, c/c imediata reintegração no 16º BPM e pagamento dos atrasados.

A sentença julgou procedente o pedido para declarar nulo o licenciamento e determinar a reintegração com o "pagamento do valor correspondente à remuneração que teria recebido no período em esteve afastado" (fl. 61).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proveu a apelação. O Tribunal local afirmou primeiramente que não há estabilidade reconhecida aos praças após cinco anos de efetivo serviço, nos termos do art. 46, IV, da Constituição estadual, já declarado inconstitucional pelo órgão especial, aplicável o disposto no art. 50, IV, *a*, da Lei 6.880/80; segundo, considerou que o licenciamento decorreu de inquérito policial militar instaurado em decorrência de desvio de verbas, devidamente comprovadas as irregularidades. Assinalou o acórdão que o autor, "em momento algum, negou a prática dos atos que redundaram na denúncia formalmente recebida pela magistrada substituta da Auditoria Militar de Passo Fundo" (fl. 96). Revelou, ainda, que houve pedido de licenciamento voluntário, e a Administração optou não pelo licenciamento a bem da disciplina, mas, sim, pela conveniência, nos termos da Lei estadual 7.138/78, art. 125, II, § 2º, II, o que dispensa o devido procedimento legal e a ampla defesa.

Não creio que mereça prestígio as peculiaridades destacadas pelo acórdão quanto ao fato de haver reconhecimento do ilícito e de ter o autor pedido licenciamento voluntário. A Administração poderia ter deferido o pedido voluntário ou ter seguido o devido processo legal com o contraditório e a ampla defesa. É que a Corte Suprema tem sido rigorosa nessa matéria, exigindo que seja obedecido o devido processo legal (RE 339.989-AgR/RS, Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 19-12-02; MS 21.721/RJ, Rel. Min. **Moreira Alves**, *DJ* de 10-6-94; RE 217.579-AgR/PE, Rel. Min. **Cezar Peluso**, *DJ* de 4-3-05; RE 236.254/CE, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 7-4-00).

Destarte, dou provimento ao extraordinário para restabelecer a sentença, sem prejuízo de que outro procedimento seja devidamente instaurado.

EXTRATO DA ATA

RE 369.085/RS — Relator: Ministro Menezes Direito. Recorrente: Adão Ricardo Rodrigues Gomes (Advogado: José Carlos Galimberti). Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul (Advogada: Karina da Silva Brum – PGE/RS).

Decisão: A Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Britto e Cármen Lúcia.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Ricardo Lewandowski e Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Britto e Cármen Lúcia. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 2 de setembro de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 486.748 — PI

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Recorrente: Estado do Piauí — Recorridos: Manoel de Jesus da Silva e outros

Servidor público. Reintegração em decorrência de decreto Legislativo. Plano de Demissão Voluntária.

1. Não há direito líquido e certo de servidor que se beneficiou do Programa de Demissão Voluntária (PDV), apoiado em legislação estadual, quando a pretensão está baseada em decreto legislativo anulatório da manifestação de vontade com alegação da presença de vício de consentimento.

2. Recurso extraordinário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer do recurso extraordinário e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 17 de fevereiro de 2009 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: O Estado do Piauí interpõe recurso extraordinário, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, assim ementado:

> Mandado de Segurança – Falta de provas preconstituídas que comprovem o direito líquido e certo da maioria dos impetrantes – *Mandamus* negado – Ação judicial concedida a 10 (dez) impetrantes que provaram seus direitos.
> (Fl. 497.)

Opostos embargos de declaração (fls. 505 a 507), foram improvidos (fls. 512 a 515).

Alega o Recorrente que o Decreto Legislativo 179/03, que determinou a reintegração dos ex-servidores, está em confronto com os arts. 2º; 5º, *caput* e incisos XXXV e XXXVI; 37, inciso II; 49, inciso V; 61, § 1º, inciso II, alíneas *a* e *c*; 165, incisos II e III; e 169, § 1º, incisos I e II; da Constituição Federal.

Destaca que as inconstitucionalidades do referido decreto legislativo "não podem passar despercebidas pelo Excelso STF que, ao reconhecer as antinomias

listadas, certamente terá por absolutamente nulo o Decreto Legislativo 179/03 (por não guardar sintonia com a norma superior que lhe concede validade), de modo a não lhe reconhecer nenhum efeito jurídico, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e destituídos de eficácia (STF, ADI 652/MA, *RTJ* 146/461). Sendo nulo por inconstitucionalidade, o DL 179/03 não gera nenhum efeito e não faz surgir nenhum direito, muito menos líquido e certo" (fl. 528).

Sem contrarrazões (fl. 532), o recurso extraordinário (fls. 518 a 528) foi admitido (fls. 534 a 536).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Os Recorridos impetraram mandado de segurança alegando que foram obrigados a pedir desligamento do emprego em decorrência do chamado programa de Demissão Voluntária (PDV). A Assembleia Legislativa estadual, porém, anulou a demissão dos servidores e determinou a reintegração deles ao serviço público. Esta decisão da Assembleia não está sendo cumprida, daí o pedido.

A ordem foi deferida pelo Tribunal de Justiça do Piauí, em parte, alcançando os dez Impetrantes que provaram seu direito líquido e certo. O acórdão afirmou que o "Decreto Legislativo é um ato de atribuição da Assembleia Legislativa, conforme estatuído pelo Regimento Interno daquele Poder", sendo, assim, "legal e constitucional, não residindo nele nenhuma interferência no Poder Executivo" (fl. 560).

Na minha compreensão, o decreto legislativo que determinou a reintegração dos servidores anulando os pedidos de demissão dentro do Programa de Demissão Voluntário (PDV) não pode prosperar.

É absolutamente incompossível ao Poder Legislativo, por meio de decreto legislativo, interferir em ato espontâneo de adesão dos servidores ao PDV previsto na Lei 4.865, de 1996. Na verdade, o decreto legislativo invade competência específica do Poder Executivo que dá cumprimento à legislação própria instituidora desse programa especial de desligamento espontâneo dos servidores públicos.

Não reputo necessário perquirir sobre a impropriedade do meio judicial considerando que se trata de ordem de segurança apoiada em ato oriundo do Poder Legislativo que malfere o ato jurídico perfeito e acabado, assim, as adesões ao PDV manifestadas pelos Impetrantes e que foram sem nenhum amparo legal atropeladas por decreto legislativo anulando aquelas adesões. Diga-se que não decorrente sequer de lei formal em sentido técnico, a tanto não equivalendo, neste caso o decreto legislativo que tem alcance e natureza incompatíveis com o objeto deste que está sendo utilizado para deferir o pedido dos Impetrantes. Anoto que, no caso, o que o Poder Legislativo estadual fez foi praticar um ato próprio do Poder Judiciário ao reconhecer que teria havido coação, independentemente da provocação dos próprios interessados.

Essa orientação foi acolhida em decisão monocrática de que Relator o Ministro **Eros Grau** (RE 526.666/PI). De igual modo, Relator o Ministro **Carlos Ayres**, em matéria de idêntica origem, decidiu esta Primeira Turma na mesma linha (RE 463.097-AgR/PI, *DJ* de 23-6-06), embora sustentado em decisão do Tribunal de origem que decidiu a matéria com base no Código Civil e no decreto legislativo.

Veja-se, ainda, que há inúmeros precedentes desta Suprema Corte desqualificando intromissão indevida do Poder Legislativo em matéria reservada ao Poder Executivo concernente aos servidores públicos (por todos: ADI 1.594-MC/RN, Rel. Min. **Nelson Jobim**, *DJ* de 29-8-97, e ADI 2.192/ES, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 20-6-08).

Com essas razões fica bem evidenciado que os Impetrantes não dispõem de direito líquido e certo.

Flagrante, portanto, a ausência de sustentação jurídica do acórdão, o que me conduz ao conhecimento e provimento do extraordinário.

VOTO
(Sobre preliminar)
(Aditamento)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Menezes Direito (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), não julgou. Acabou decidindo apenas. Não julgou. Julgamento pressupõe fundamentação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Menezes Direito (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), por isso, no parecer da Procuradoria, apontou-se que não teria havido prequestionamento sobre esses temas, preconizando-se o conhecimento do recurso pela alínea *c* do inciso III do artigo 102, dispensando o instituto do prequestionamento, como se fosse possível dispensá-lo. Agora, tudo indica não termos uma letra quanto à premissa dessa conclusão sobre a constitucionalidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Menezes Direito (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), o voto condutor do julgamento, trouxe?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Menezes Direito (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), mas não disse por quê.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Menezes Direito (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), o próprio Estado admitiu que a matéria não estava prequestionada, tanto que protocolou embargos declaratórios.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Menezes Direito (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), mas, se pedida a anulação do julgado?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Menezes Direito (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), aí se potencializa, Ministro. Perdoe-me.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Menezes Direito (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), creio que o verbete mais pedagógico, sem falar no verbete da minha ex-Corte, o 297, é o 211 do Superior Tribunal de Justiça. Por quê? Porque revela que não se tem o prequestionamento pela simples interposição do recurso. O prequestionamento não resulta, não se perfaz por ato da parte. O ato da parte provoca o órgão a emitir entendimento explícito sobre a matéria. Mas temos que conjugar verbetes porque o nosso 356, numa visão isolada, leva à conclusão de que basta a parte protocolar embargos declaratórios, como se vivêssemos num mundo da forma pela forma e não no mundo da realidade do julgamento. Temos que conjugar o 356 com o 282.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Menezes Direito (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), daí a minha homenagem reiterada ao Superior Tribunal de Justiça.

O Sr. Hugo Napoleão (Advogado): Com licença, Senhor Ministro Relator, apenas para aduzir que o Estado só cita, ele não argumenta.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Não traz toda a matéria, porém opôs os embargos de declaração para fazê-lo. É como nós fazemos aqui. Uma situação complexa, mas...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: No extraordinário ele pede que se reconheça a pecha quanto ao acórdão proferido na origem? A nulidade?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Menezes Direito (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), e Vossa Excelência conhece para quê? Para anular?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Primeiro está conhecendo, dando como prequestionada a matéria constitucional.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Também, *data venia*, entendo que a matéria foi prequestionada.

Independentemente da discussão relativa aos embargos e à menção que se faz no acórdão do Tribunal de Justiça do Piauí, há uma eventual constitucionalidade do decreto legislativo. Para mim, é o quanto basta.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, nesses tantos anos de Colegiado, em sede extraordinária, aprendi que não se julga, pela vez primeira, matéria alguma, nem matéria de ordem pública. E por que não? A razão é muito simples:

para julgar-se, para ir-se ao fundo, para abrir-se o embrulho – como costumo dizer utilizando um linguajar carioca –, indispensável é proceder a cotejo. E há a impossibilidade de se cotejar o inexistente com o existente.

Não posso presumir decisão. Toda decisão deve ser fundamentada, vem-nos da Carta da República, sob pena de não se ter julgamento propriamente dito; sob pena de o órgão que aprecia o conflito de interesses fixar o entendimento, sem explicitar por que chegou a esse entendimento.

Sempre sustentei nesta Corte que não se pode potencializar, a mais não poder, o Verbete 356, que, numa leitura aligeirada, leva à conclusão de que basta a parte, para ver configurado o prequestionamento, chegar ao protocolo e ingressar com embargos de declaração. É muito pouco. É pouquíssimo para se ter os parâmetros próprios ao prequestionamento, presente a razão de ser do instituto – proceder-se ao cotejo.

Sempre, Presidente, nesta Corte, conciliei o Verbete 356 com o 282 da Súmula do Supremo.

No Verbete 282, temos:

> É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

O caso também envolve questão federal, *lato sensu*, gênero, considerada a Carta da República.

O Verbete 356 realmente não contém redação muito feliz, ao revelar – e não foi cancelado até hoje o Verbete 282 – que:

> O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.
>
> Aqueles que se contentam com a visão primeira partem do raciocínio, *a contrario sensu*. Se protocolados embargos declaratórios, tem-se como prequestionada a matéria.

Presidente, ainda estava no Tribunal Superior do Trabalho, quando aquela Corte editou o Verbete 297. Esse verbete, reconheço inclusive a autoria da proposta, revela que:

> (...)
>
> **I** – Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente [esta Corte não admitiu sequer o prequestionamento implícito no caso de incompetência absoluta, funcional ou em razão da matéria, por haver o órgão adentrado o tema de fundo], tese a respeito.
>
> **II** – Incumbe à parte interessada [aqui atuou o TST no campo pedagógico], desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão [preclusão quanto a um possível vício na arte de proceder, na observância da legislação instrumental, diz respeito à necessidade de a decisão judicial observar uma certa estrutura, contendo relatório, fundamentação e parte dispositiva].

Veio o Superior Tribunal de Justiça, responsável pela intangibilidade do direito federal comum, a editar, a meu ver com proficiência, o Verbete 211:

> Inadmissível recurso especial [que é recurso também de natureza extraordinária] quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.

Eis a situação concreta confirmada pelo Relator. Declarou-se a constitucionalidade dos decretos legislativos, mas não se apontou o ângulo dessa conclusão, não se analisou possível conflito desses decretos com a Carta da República, com a Lei Fundamental do País. Tanto assim que, no parecer da Procuradoria-Geral da República, da Doutora Sandra Cureau, tem-se que:

Também não comporta conhecimento recurso com base na alínea *a* – como se o prequestionamento estivesse jungido à apenas a alínea *a* do inciso III do art. 102 e não às alíneas *b*, *c* e, hoje, *d*, desse mesmo inciso -, na parte em que se alega afronta aos arts. 2º; 5º, *caput*, inciso XXXVI; 37, inciso II; 49, V – e teria pecado muito, segundo o Estado do Piauí, o Legislativo local ao emitir esses decretos, tantos são os dispositivos apontados como infringidos – § 1º, inciso III, alíneas *a* e *c*; 165, incisos II e III; 169, § 1º, incisos I e II, da Carta Maior.

Não há a menor dúvida. Não houve o debate e a decisão prévios, considerado o que previsto nesses dispositivos constitucionais. A Procuradoria, no entanto, preconiza o conhecimento do recurso, porque – e essa deve ser a premissa – se teria interposição também do extraordinário pela alínea *c*, ou seja, ante a declaração de validade de ato local contestado em face da Constituição.

Também aqui, Presidente, pela mesma razão, há a necessidade do prequestionamento, sob pena de virmos a substituir o Tribunal de Justiça e enfrentar, realmente, a controvérsia sob o ângulo do conflito dos decretos legislativos com a Carta Federal; sob pena – e vou me valer de uma expressão do ministro Francisco Rezek – de baratearmos a recorribilidade extraordinária. E a nomenclatura já revela que é uma recorribilidade excepcional, não é aquela ordinária, no bom sentido.

Presidente, não tenho como admitir, neste caso, prequestionado o tema. E estou lembrado de alguns precedentes da Segunda Turma – e não foi apenas um escoteiro – em que reconhecemos o vício de procedimento pela inobservância de normas instrumentais, por haver a Corte de origem claudicado na arte de proceder, segundo o figurino pátrio.

Creio que devemos partir – e o meu receio inicial se confirma, considerado o fato de se dizer sempre que, quando o julgador começa elogiando o advogado, é porque tende a votar contra os interesses defendidos pelo advogado –, neste caso – não que não mereça o ilustre advogado todas as nossas homenagens...

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): V. Exa. me permite? Nesse caso, especialmente, mantém esse conteúdo, porque eu e o Doutor Hugo Napoleão somos amigos há muitos anos, desde os tempos universitários, e, daí, a minha referência não como advogado nem como Ministro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Homem público merecedor de nossa homenagem, sem dúvida alguma. Mas não tenho como, Presidente, arvorar-me em instância ordinária para julgar, pela vez primeira, já que o mandado de segurança foi impetrado originariamente no Tribunal de Justiça, o pedido formulado, considerados esses dispositivos constitucionais.

Veiculou-se no extraordinário – daí eu ter feito a pergunta ao Relator – o que, para mim, é vício de procedimento, a nulidade, porque não aperfeiçoada a prestação jurisdicional considerado o acórdão proferido. E, sob a minha óptica, não devemos alçar a dogma sacrossanto aquela jurisprudência segundo a qual a violência à Carta da República, para respaldar o extraordinário, tem de ser frontal e direta, sob pena de colocar-se em segundo plano dois princípios muito caros em uma sociedade democrática: o princípio da legalidade – e não é crível que juiz revele, a não ser que seja partidário de direito alternativo, no ato proferido, a existência de lei em certo sentido e decida de forma diametralmente oposta – e, também, o do devido processo legal, que remete sempre à legislação comum. Caso a caso, devemos apreciar a situação, os parâmetros do processo e decidir a respeito.

Assento o não prequestionamento do tema constitucional.

Tenho presente que o Estado do Piauí protocolou embargos declaratórios, objetivando lograr que o órgão emitisse entendimento explícito a respeito. O órgão não o fez e, portanto, transgrediu o devido processo legal.

Por isso conheço do recurso, por essa vulneração, e o provejo não para julgar, pela vez primeira, sob o ângulo constitucional, o tema de fundo, mas para declarar a nulidade do acórdão e determinar que outro seja proferido, emitindo o órgão entendimento explícito sobre o que veiculado nos declaratórios.

Anulo, portanto, o acórdão que integrou o primeiro e que decorreu dos embargos declaratórios.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Peço vênia ao Ministro Marco Aurélio para acompanhar o eminente Relator que, a meu sentir, aplicou a jurisprudência pacífica, serena do Supremo Tribunal Federal e deu por prequestionada a matéria constitucional. Prequestionada não pela primeira vez nos embargos, mas anteriormente, embora meio de cambulhada com mérito e preliminares. Mas os embargos vieram para aclarar as coisas, suprir eventual atecnia.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A parte, com toda certeza, não tem o ofício judicante.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Mas entendo que, realmente, o eminente Relator julgou na linha da jurisprudência do Supremo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: De que forma?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Conheço primeiro do recurso.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Estamos julgando só a preliminar do conhecimento.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Estou conhecendo do recurso por haver prequestionamento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, seria interessante termos a consequência desse conhecimento. Penso que é primordial, porque o latim que gastei poderá se tornar inútil diante do pronunciamento do Relator e da possível adesão a esse pronunciamento.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, apenas um aparte ao voto de Vossa Excelência, como sempre brilhante, mas até como complemento ao meu voto.

Verifico que há um *leading case*, ou seja, o primeiro caso que interpretou esta súmula que ora debatemos, exatamente o RE 210.638, cujo Relator foi o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, Súmula 356. Sua Excelência, naquele voto – brilhante também, como sempre –, diz o seguinte: "Se o Tribunal se recusar a suprir a omissão, a matéria há de se ter como prequestionada."

Depois, fazendo uma rápida pesquisa aqui, vejo que há 3.104 referências a essa decisão primitiva, a esse *leading case* do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, precisamente o RE 210.638. Portanto, realmente, a jurisprudência da Casa... Foi a primeira vez que a matéria foi discutida, ou pelo menos interpretado o alcance desta Súmula 356.

Realmente, nunca me conformei, com todo o respeito, Ministro Marco Aurélio, com o fato, porque militei, antes de vir para este Tribunal – sete anos no Tribunal de Alçada Criminal e mais oito anos no Tribunal de Justiça –, e a minha experiência aqui nesse Tribunal, e verifiquei exatamente isto: muitas vezes o Tribunal se recusa a apreciar aquilo que é colocado nos embargos de declaração a pretexto de que não quer rejulgar o caso e, simplesmente, deixa de lado os argumentos que a parte traz nestes embargos. Simplesmente rejeita os embargos, dizendo que não vai rediscutir a matéria. Ou seja, o prequestionamento, a subida do recurso aos tribunais superiores fica ao exclusivo alvedrio do Tribunal, quer dizer, a parte fica manietada.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite ressaltar certo detalhe? Essa jurisprudência mitiga um pouco o que para mim se mostrou uma demasia e se mostrou discrepante da ordem jurídica, que é a conclusão de não se admitir o recurso extraordinário, considerada a violência indireta, como se esse fenômeno não consubstanciasse também uma violência à Constituição Federal. Daí o próprio rótulo "violência indireta".

Então, para justamente amenizar e temperar esta jurisprudência drástica no sentido do fechamento ao acesso ao Supremo, é que se passou a admitir como prequestionada a matéria, em que pese ao órgão de origem não ter emitido entendimento explícito a respeito, não a ter enfrentado.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Mas os embargos foram manejados exatamente para suprir a omissão.

O Senhor Ministro Marco Aurélio: Sim. Ministro Carlos Ayres Britto, surge a pergunta: a quem caberia o julgamento dos embargos declaratórios? Não foram julgados na origem. Agora o Supremo os julgará.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Senhor Presidente, aqui estou conhecendo do recurso extraordinário e dando provimento ao recurso extraordinário.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Para indeferir a ordem.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): É. Denegar a ordem. A consequência será essa.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: É um recurso extraordinário, não é?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): É um recurso extraordinário, mas na origem é mandado de segurança.

Então, o que aconteceu? O Poder Legislativo, de fato, interferiu na ordem determinada pela lei estadual que fez o Programa de Demissão Voluntária. Ele pura e simplesmente, depois desse Programa de Demissão Voluntária, chegou à conclusão de que teria havido coação nessas demissões voluntárias. Como ele identificou que teria havido coação, fez um decreto legislativo e determinou a reintegração de todos esses funcionários que haviam aderido ao Programa de Demissão Voluntária. Quer dizer, não há nenhum questionamento de que esses servidores aderiram ao Programa de Demissão Voluntária, realmente aderiram. Aí o Poder Legislativo estadual entendeu que essa adesão foi viciada, ou seja, praticando um ato típico do Judiciário, identificando que havia coação. Como ele identificou que havia coação, baixou um decreto legislativo e determinou que o Poder Executivo readmitisse todos os servidores que haviam aderido a esse Programa de Demissão Voluntária, que consta da Lei estadual 4.865/96.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, em que pese à brilhante sustentação do nobre advogado, peço vênia para acompanhar o ilustre Relator.

A toda evidência, o decreto legislativo invadiu escancaradamente a competência reservada, de um lado, ao Poder Judiciário e, de outro, ao Poder Executivo, ao qual compete, em caráter exclusivo, exercer os atos relativos à administração de pessoal.

Nesse sentido, acompanho o Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, diria que, a esta altura, pelo menos quanto ao primeiro processo, a associação teve uma vitória de Pirro. Ganhou na origem o mandado de segurança impetrado originariamente e agora, com o enfrentamento da defesa apresentada pelo Estado do Piauí, será derrotada.

Mantenho o voto primitivo, o qual diz respeito à nulidade, que é preliminar. Vencido, devo adentrar o tema de fundo. Ao fazê-lo, não vejo decisão proferida que, falha sob o ângulo do prequestionamento, não revela as premissas necessárias à conclusão quanto ao tema de fundo, ou seja, violência a qualquer artigo da Constituição Federal, sob pena de presumir que, ao enfrentar a matéria de defesa suscitada pelo Estado, viesse o órgão a alijar o que sustentado.

Não quero parecer incoerente, não assumo postura própria ao Tribunal de Justiça, julgando, pela vez primeira, sob os ângulos mencionados pelo Relator no voto proferido, o mandado de segurança. Não compete ao Supremo julgá-lo originariamente, mesmo porque já foi julgado na origem pelo Tribunal de Justiça. Compete, agora, ao Supremo perquirir se, consideradas as premissas, de todo inexistentes, do acórdão prolatado e impugnado mediante o recurso extraordinário, houve desrespeito, pela Corte de origem, à Constituição Federal.

A leitura do acórdão, feita com absoluta fidelidade pelo Ministro Menezes Direito, não revelou, para mim, qualquer dado conflitante com a Constituição.

Por isso, vencido na preliminar de nulidade do acórdão proferido, peço vênia a Sua Excelência para, a partir do que assentado pelo Tribunal de Justiça do Piauí, entender que não há revelação, no acórdão impugnado, de maltrato à Carta Federal.

Desprovejo os recursos.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Também concordo com o eminente Advogado quando lembra os PDVs que se espalharam por todo o Brasil, na crista do movimento conhecido como neoliberal. São os programas de desligamento voluntário, de demissão voluntária.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Hoje gravei pronunciamento a respeito de repercussão geral, não sei quem era o Relator, se o Ministro Menezes Direito, o Ministro Ricardo Lewandowski ou o Ministro Joaquim Barbosa. Estou em dúvida. Defrontei-me com três recursos extraordinários, que estão no sítio do Tribunal, para definir-se a repercussão ou não dos temas versados. O Tribunal Superior do Trabalho declarara insubsistente a transação, anulando a adesão ao programa, sem demonstração inequívoca do vício de vontade dos trabalhadores. Admiti a repercussão geral, muito embora o Relator não a tenha admitido.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): O eminente Advogado Hugo Napoleão bem lembra essa questão. De fato, houve muita coação. Até o nome é infeliz: Programa de Demissão Voluntária. Não existe demissão voluntária.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Em mercado desequilibrado como o nosso – a revelar escassez de empregos –, é difícil acreditar em demissão voluntária.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Agora, no caso dos autos, é bizarro e estranhíssimo que o Legislativo se substitua ao Judiciário para fiscalizar o ato do Poder Executivo e desfazê-lo. Quer dizer, um decreto legislativo que desfez os decretos executivos instituidores do programa de demissão voluntária.

O Sr. Advogado: Vossa Excelência me permite uma observação? Eminente, Presidente, aqui, a Constituição estadual prevê o decreto legislativo. Era apenas para...

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): A própria Constituição Federal também inclui o decreto legislativo no rol dos atos da ordem legislativa, art. 59, mas para sustar, e não para anular, desfazer, desconstituir, como foi o caso. Aí só o Judiciário pode fazê-lo, e o eminente Relator colocou muito bem.

DEBATE

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Senhor Presidente, o Ministro **Ricardo Lewandowski** está ponderando aqui, e talvez valesse a pena ouvir a sua ponderação no tocante à modulação dos efeitos.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Preocupo-me muito porque, evidentemente, vê-se claramente que os servidores, modestos todos eles, foram, na verdade, vítimas. Num momento aderiram voluntária ou involuntariamente ao PDV e, depois, tiveram esse ato anulado e, agora, supervenientemente, o Supremo...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Eles estão fora do serviço, mas, normalmente, a ordem em mandado de segurança é cumprida de imediato.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Pensei que estariam retornado. Então, retiro minha observação, que seria exatamente no sentido de que eles haviam retornado e, agora, seriam demitidos. Evidentemente, trabalharam de boa-fé e teriam a prevalecer essa posição do Supremo Tribunal Federal. Estando eles na ativa, eles teriam de devolver os vencimentos percebidos. Mas essa situação não se coloca.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Porque eles não retornaram, não foram reintegrados.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não houve cautelar, e a primazia do Judiciário caiu por terra. O próprio Estado descumpriu uma ordem do Tribunal de Justiça.

EXTRATO DA ATA

RE 486.748/PI — Relator: Ministro Menezes Direito. Recorrente: Estado do Piauí (Advogado: Luiz Gonzaga Soares Viana Filho – PGE/PI). Recorridos: Manoel de Jesus da Silva e outros (Advogados: Jorge Henrique Castro Tourinho e outros).

Decisão: Por maioria de votos, a Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator; vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. Falou o Dr. Hugo Napoleão, pela Recorrida.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

Brasília, 17 de fevereiro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 496.718 — RS

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Menezes Direito

Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul — Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul

Processo civil. Ministério Público. Legitimidade ativa. Medida judicial para internação compulsória de pessoa vítima de alcoolismo. Ausência.

1. O Ministério Público não tem legitimidade ativa *ad causam* para requerer a internação compulsória, para tratamento de saúde, de pessoa vítima de alcoolismo.

2. Existindo Defensoria Pública organizada, tem ela competência para atuar nesses casos.

3. Recurso extraordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, negar provimento ao recurso extraordinário.

Brasília, 12 de agosto de 2008 — Menezes Direito, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A Assessoria assim revelou os parâmetros deste extraordinário:

> 1. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento ao recurso de apelação, mediante o acórdão de fls. 29 a 33, assim sintetizado (fl. 29):
>
> *Processual Civil. Legitimidade ativa. Ministério Público. Direito individual.*
>
> 1. O Ministério Público não tem legitimidade ativa, por falta de expressa autorização legal (CPC, art. 6º), para pleitear em juízo direito individual alheio em nome próprio.
>
> 2. *Apelação desprovida.*
>
> O Ministério Público, no extraordinário de fls. 51 a 61, protocolado com base na alínea *a* do permissivo constitucional, articula com a transgressão dos arts. 5º, inciso LV, 127, cabeça, e 129, inciso II, da Carta Política da República. Aduz ter o órgão ministerial legitimidade ativa para pleitear a internação compulsória de alcoólatra, quando indispensável à preservação da saúde. Assevera competir ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, estando o direito à saúde inserido nesta última categoria.

O recurso foi admitido mediante o ato de fls. 68 e 69.

O especial simultaneamente interposto teve o seguimento negado pelo Superior Tribunal de Justiça, em decisão transitada em julgado (fl. 103).

Determinei o encaminhamento à Procuradoria-Geral da República, que se manifestou a fls. 108 a 110, pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Na interposição deste recurso, foram atendidos os pressupostos de recorribilidade. A peça, protocolada no prazo assinado em lei, foi subscrita por membro do Ministério Público.

Conforme ressaltado no parecer da Procuradoria-Geral da República, o Ministério Público, com a Constituição Federal de 1988, ganhou envergadura maior, passando a atuar em diversas áreas. Eis o que assentei quando do julgamento do RE 135.328-7/SP, apreciado pelo Pleno em 29 de junho de 2004:

> Inegavelmente, a Constituição atribuiu ao Ministério Público, como instituição permanente, papel tido como essencial à função jurisdicional do Estado. O artigo básico da Seção da Carta de 1988, concernente ao Ministério Público, consigna que àquele Órgão incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis – art. 127. Foi-lhe vedada a advocacia – alínea *b* do inciso II do art. 128, contendo o art. 129 rol exemplificativo de funções institucionais do Ministério Público. A leitura dos incisos que, de forma explícita, balizam a atuação do Ministério Público, revela que foi guardada a harmonia com o norte que se emprestou à Instituição – de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais indisponíveis. Previu-se-lhes como funções institucionais promover privativamente a ação penal pública na forma da lei – inciso I; zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à garantia – inciso II; promover o inquérito cível e a ação civil pública para proteção do patrimônio público e social do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos – inciso III; promover a ação de inconstitucionalidade ou de representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos na Carta – inciso IV; defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas – inciso V; expedir notificações nos procedimentos de sua competência requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva – inciso VI; exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior – inciso VII; requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais – inciso VIII.

O pano de fundo deste processo diz respeito a interesse social de maior vulto. Muito embora haja alusão a problemas causados pelo destinatário do pleito de internação compulsória no âmbito da própria residência, o alcoolismo do qual acometido gera incidentes de toda ordem. Então, surge a garantia fundamental da assistência à própria saúde no que indispensável a internação. Cumpre ter presente que não se faz em jogo interesse patrimonial propriamente dito, mas

interesse social e individual indisponível, enquadrando-se o caso na cabeça do art. 127 da Carta da República, consoante o qual incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Cabe levar em conta, mais, que, no precedente mencionado, mesmo ante quadro revelador de interesse patrimonial, o Plenário concluiu pela inconstitucionalidade progressiva no que o Estado de São Paulo, à época, ainda não teria estruturado a Defensoria Pública, vindo a assentar a legitimação do Ministério Público para a ação *ex delito* prevista no art. 68 do Código de Processo Penal.

A situação delineada neste processo é diversa, surgindo com diapasão maior o interesse de toda a sociedade no fim buscado pelo Ministério Público, a proteção do direito individual indisponível, afastando do convívio social, para tratamento, o cidadão em relação ao qual, ante o alcoolismo, mostra-se indispensável a medida. Eis a sempre oportuna advertência de Carlos Maximiliano, contida em *Hermenêutica e aplicação do Direito*, 5. ed., Livraria Freitas Bastos, p. 304:

> As expressões do direito interpretam-se de modo que não resultem em frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis. Pode uma palavra ter mais de um sentido e se apurado o adaptável à espécie, por meio do exame do contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva. Não se presume a existência de expressões supérfluas; em regra, supõe-se que leis e contratos foram redigidos com atenção e esmero; de sorte que traduzam o objetivo de seus autores.

Conheço e provejo este extraordinário, assentando a legitimação do Ministério Público para a ação intentada.

DEBATE

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Neste caso, ele entrou porque a pessoa precisava da assistência para internação, por alcoolismo, e o Ministério Público é quem entrou com a ação?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): O Ministério Público entrou, e ele não tem familiar!

O Sr. Ministro Menezes Direito: Isso é do Estado de São Paulo?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Este processo é do Rio Grande do Sul.

O Sr. Ministro Menezes Direiro: E não tem Defensoria Pública lá?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Lá existe uma Defensoria Pública.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Porque tendo a Defensoria Pública...

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Vejo a atuação da Defensoria Pública como concreta, visando à proteção do cidadão, à assistência

jurídica e judiciária. Mas, aqui, faz-se algo contra a vontade dele próprio. Por isso é que o enquadro no art. 127 como um direito indisponível.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Mas é a família que está pedindo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Não, o Ministério Público. A família não tem condições, é de escolaridade baixa.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Como é que apareceu?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: O Ministro Menezes Direito quer saber, parece-me, o seguinte: ele está entrando para garantir o direito à internação de quem não quer ser internado?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Ele não quer, para ficar perambulando pelas ruas, agredindo os filhos e a mulher.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas, nesse caso, eu não sei se é direito dele.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Agora, vejam bem, eu não estou adentrando a matéria de fundo, que competirá ao Juízo apreciá-la. Estou assentando que o Ministério Público pode ingressar com a ação. Eu tendo a reconhecer ao Ministério Público uma legitimação mais abrangente. Inclusive, no Plenário, sustentei a legitimação para ação em que se impugna um certo tributo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu me lembro, um caso de São Paulo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Foi o caso de São Paulo e também o do Paraná, se não me falha a memória. Há situações concretas em que se acaba colocando em segundo plano o espezinhamento de certo direito, por não querer o cidadão se aborrecer com um processo e também sofrer as agruras da morosidade da Justiça. E, aí, num processo coletivo, chega-se a um desfecho, à prestação jurisdicional abrangente.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Pela coletividade, ele não pode forçar alguém a se internar.

Ministro, comungo com Vossa Excelência, mas tenho uma dificuldade maior.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): A rigor, ele deveria estar interditado. Ele não tem hoje, pelo que se articula na inicial, a capacidade de autodeterminação e se mostra agressivo. Por isso é que se quer a internação para o tratamento. Agora, a procedência, ou não, do que o Ministério Público buscará ficará a cargo do Juízo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas a legitimação do Ministério Público é que me causa alguma dificuldade, porque, se ele começa a superar a própria condição da pessoa e da individualidade, penso que, nesse caso, entrou demais.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): É que a individualidade, como nós a concebemos, não se faz presente neste caso.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Por causa da condição dele, não é isso?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Pressupõe-se a capacidade de autodeterminação, que não existe. É o que sustenta o Ministério Público. Mas isso será apreciado, não sei nem se já houve julgamento pelo Juízo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Sim, mas o nosso caso seria exatamente a análise não da procedência do pedido, mas basicamente da legitimação do Ministério Público. E, nesse caso, eu tenho dificuldade quanto aos direitos individuais indisponíveis.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): O Juízo concluiu que não haveria também a legitimidade. A meu ver, é um tema social da maior envergadura possível. Não está em jogo questão patrimonial, mas a saúde em sentido maior, e a ponto de prejudicar terceiros.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Sabe o que me causa alguma dificuldade, Ministro? É a circunstância deste caso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): V. Exa. não quer ficar com vista?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não, penso que já sei como votar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): É um incapaz, ante surto psicótico.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Alega-se essa incapacidade. Imaginem o dia em que for uma doença, como nós já temos algumas e são causas de preconceitos, e num dia o promotor lá de uma cidade resolve, com base num precedente deste, também pedir a internação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Constrangimentos sociais e familiares. O caso é interessante.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: A questão é muito interessante, porque ela tem um aspecto fronteiriço em relação à ordem pública.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: É uma imbricação quase.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): O que o Ministério Público quer é compelir a Secretaria Municipal da Saúde de Encantado a realizar a internação.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Mas veja bem, Ministro **Marco Aurélio**, a minha dificuldade é a mesma da Ministra **Cármen Lúcia**. Quer dizer, no momento em que se vincula, na fronteira, a atividade do Ministério Público ao interesse público relevante, social e indisponível, nos termos que a discussão põe, se nós formos admitir uma intervenção do Ministério Público em matéria de internação e de recolhimento de menor na rua, nós vamos dar uma elasticidade que talvez não seja crítica no Rio de Janeiro, na capital, em São Paulo, mas em Laranjal?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Mas quem teria a iniciativa, Ministro?

O Sr. Ministro Menezes Direito: Aí é a família, é um problema da família.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Qual família?

O Sr. Ministro Menezes Direito: E se não é um problema da família, pode ser um problema dos órgãos assistenciais, mas não uma atividade inerente ao Ministério Público.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Se a família pretender, no caso, a internação, ela é passível de ser dizimada, porque o cidadão é um alienado pelo alcoolismo. Fica difícil.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ele teria de ser interditado eventualmente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Mantenho o voto, no sentido da legitimidade do Ministério Público.

O Sr. Ministro Menezes Direito: O recurso é do Ministério Público, não é?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Sim. E esclareceu a Prefeitura Municipal de Encantado:

> Esteve neste Setor de Serviço Social a Sra. *Terezinha Bagatini*, residente à Rua (...) "solicitando Internação Compulsória para tratamento de alcoolismo para seu marido *Geraldo Bagatini*, de 54 anos, [já teve tempo suficiente para amadurecer e não amadureceu] visto o mesmo não aceitar o referido tratamento (...)
>
> A esposa deseja internar (...), mas para isso, se faz necessário o auxílio da Brigada Militar para a internação.
>
> Salientamos que, após tratamento é necessário a participação do Sr. Geraldo nos Grupos de AA e sua família nos Grupos de Al-Anon.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Mas neste caso, se tem Defensoria Pública, a Defensoria Pública é capaz de fazer isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): É interessantíssima a matéria. E o cunho social da iniciativa do Ministério Público é enorme. Esperar que haja um episódio de gravidade maior no próprio lar para tomarem-se providências?

O Sr. Ministro Menezes Direito: Vou pedir vênia a V. Exa., eu vou desprover o extraordinário.

Estou entendendo que, nos termos do art. 127, *caput*, da Constituição Federal, essa não é uma competência que caiba ao Ministério Público. Ainda mais, como V. Exa. agora nos indicou, havendo a intervenção da própria mulher do Paciente, que pretende a internação, que foi recorrer ao Ministério Público. É uma matéria que não diz respeito ao Ministério Público, não se trata de um interesse social indisponível, ou de defesa da ordem pública, ou do regime democrático, aí a competência é bem própria da Defensoria Pública. Se existe a Defensoria Pública, há a possibilidade do recurso à Defensoria Pública, até mesmo para o caso de internação. E a própria Defensoria Pública pode recorrer aos órgãos administrativos, incluindo a Brigada Militar, se for necessário. Mas o Ministério Público assumir a responsabilidade de promover essa internação me parece, pelo menos no meu entender, uma contradição com os termos em que a Constituição põe a competência do Ministério Público.

Peço vênia a V. Exa. e desprovejo o extraordinário.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Vou pedir vênia a V. Exa., eu vou desprover o extraordinário.

Estou entendendo que, nos termos do artigo 127, *caput*, da Constituição Federal, essa não é uma competência que caiba ao Ministério Público. Ainda mais, como V. Exa. agora nos indicou, havendo a intervenção da própria mulher do Paciente, que pretende a internação, que foi recorrer ao Ministério Público. É uma matéria que não diz respeito ao Ministério Público, não se trata de um interesse social indisponível, ou de defesa da ordem pública, ou do regime democrático, aí a competência é bem própria da Defensoria Pública. Se existe a Defensoria Pública, há a possibilidade do recurso à Defensoria Pública, até mesmo para o caso de internação. E a própria Defensoria Pública pode recorrer aos órgãos administrativos, incluindo a Brigada Militar, se for necessário. Mas o Ministério Público assumir a responsabilidade de promover essa internação me parece, pelo menos no meu entender, uma contradição com os termos em que a Constituição põe a competência do Ministério Público.

Peço vênia a V. Exa. e desprovejo o extraordinário.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Também eu, apesar de – sem trocadilho, Presidente – ficar encantada com os termos do voto de V. Exa., mas, nesta Comarca de Encantado há, ao que consta, Defensoria. Na verdade, eu tenho muito receio e apreço quando a Constituição define o que é direito individual, porque hoje se interna por causa disso; amanhã, o próprio Ministério Público pode resolver também que uma determinada doença está causando algum mal, vem alguém, pede, e se interna. Eu sempre penso que cada um deve assumir os seus direitos e os seus deveres, inclusive com o próximo, muito mais nessas condições.

Peço vênia a V. Exa., mas vou acompanhar o voto dissidente, tal como já antecipei.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Presidente, com todo respeito, até coerentemente com a posição que vinha mantendo nas instâncias inferiores, no sentido de entender que o Ministério Público não possui legitimidade ativa para atuar em juízo nessas áreas, vou acompanhar a divergência. Como disse o eminente Ministro Carlos Alberto Direito, são situações fronteiriças, em que não está muito claro até aonde vai o direito individual e o coletivo. Não se sabe se se trata ou não de um direito indisponível, também entendo que a matéria pode ser resolvida no plano do Direito Civil.

EXTRATO DA ATA

RE 496.718/RS — Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Menezes Direito. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul (Advogada: PGE/RS – Karina da Silva Brum).

Decisão: Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao recurso extraordinário; vencido o Ministro Marco Aurélio, Presidente Relator. Relator para o acórdão o Ministro Menezes Direito. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Britto.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Britto. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 12 de agosto de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 505.369 — BA

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Recorrente: Mário de Melo Kértsz — Recorrido: César de Araújo Mata Pires

Penal e processual penal. Recurso extraordinário. Prequestionamento. Prescrição. *Habeas corpus.* Não cabimento. Matéria de ordem pública. Reconhecimento de ofício.

1. Não se conhece do recurso extraordinário que suscita a violação de dispositivos constitucionais não prequestionados. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF.

2. A prescrição de direito penal é matéria de ordem pública e pode ser arguida e reconhecida a qualquer tempo, independentemente de prequestionamento.

3. Recurso extraordinário não conhecido. Extinção da punibilidade declarada, no entanto, no *habeas corpus*, de ofício concedido, com base na prescrição da pretensão punitiva do Estado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso extraordinário e em conceder o *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 2 de setembro de 2008 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Mário de Melo Kértsz interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão da Segunda Turma Recursal Cível e Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, assim ementado:

> Prova da Materialidade do fato e da sua autoria – Manutenção da sentença. Não há de ser reformada decisão judicial que condenou o recorrente pela prática de crime, quando restaram provados nos autos a materialidade do crime e sua autoria. Decisão judicial irretocável, pois examinou bem a prova e aplicou a pena com moderação. Recurso improvido.
> (Fl. 303.)

Nas razões do extraordinário (fls. 323 a 342), alega que o juizado especial criminal não é o juízo natural para processar e julgar crimes de imprensa, porquanto o acórdão recorrido teria violado o princípio do devido processo legal inserto no art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal.

Afirma violado o art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, que estatui a garantia do devido processo legal, porque, no caso presente, teria havido supressão injustificada da fase de conciliação.

Argúi ofensa aos art. 5º, incisos XXXV (princípio da inafastabilidade da jurisdição), e 93, inciso IX (princípio da motivação), da Constituição Federal, porque o acórdão recorrido não teria se manifestado sobre todos os pontos suscitados no recurso de apelação interposto.

Sustenta contrariedade ao art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal, pois as declarações do Réu estavam amparadas no regular exercício da sua profissão de jornalista e no direito de livre manifestação de pensamento. Também afirma malferidos os arts. 1º, inciso III, e 5º, incisos IV e X, da Constituição Federal, porque as referidas declarações não teriam configurado ofensa à honra subjetiva do Querelante, ora Recorrido.

Com contrarrazões (fls. 346 a 356), o recurso extraordinário foi admitido (fls. 376/377).

O ilustrado Subprocurador-Geral da República, Dr. **Edson Oliveira de Almeida**, após a juntada dos documentos de fls. 398 a 429 protocolados pelo Recorrente, opinou pelo não conhecimento do recurso, mas pela concessão de *habeas corpus* de ofício com o objetivo de ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva e declarada a extinção da punibilidade (fls. 430 a 433).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Mário de Melo Kértsz foi condenado pelo 1º Juizado Especial Criminal de Salvador à pena de 3 meses de detenção em regime aberto substituída por outra restritiva de direitos na modalidade de Prestação Pecuniária, consistente no pagamento de 20 salários mínimos à entidade pública ou privada com destinação social.

Consta da sentença que o Réu, nos dias compreendidos entre 26 de março e 16 de abril de 2004, ofendeu a honra do Querelante, ora Recorrido, por declarações prestadas durante programa de rádio.

O recurso de apelação interposto, conforme relatado, foi desprovido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

O recurso extraordinário não pode ser conhecido.

É que os incisos III do art. 1º; IX, X, XXXV, LIII e LIV do art. 5º; e IX do art. 93 da Constituição Federal não foram apreciados pelo Tribunal de origem e nem foram opostos embargos de declaração com esse objetivo. Os temas suscitados ressentem-se, portanto, do necessário prequestionamento. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF.

No que diz respeito à concessão de *habeas corpus* de ofício para o efeito de reconhecimento da prescrição, verifico que a providência não merece acolhida.

É que o *habeas corpus* é remédio constitucional que tem por finalidade resguardar a liberdade de locomoção. Não tem cabimento, portanto, quando não seja possível divisar, desde logo, na situação jurídica do agente, lesão ou ameaça de lesão ao seu direito de ir e vir.

Essa é, com efeito, a razão de ser das Súmulas 695 e 693/STF, que dispõem, respectivamente, que "não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade" e que "não cabe *habeas corpus* contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada".

No caso dos autos, a pena privativa de liberdade imposta ao Réu recorrente foi substituída por uma restritiva de direitos consistente no pagamento de pecúnia. Contra essa decisão recorreu apenas a defesa, tendo havido trânsito em julgado para o Ministério Público. Como o ordenamento veda a possibilidade de *reformatio in pejus*, tem-se, em princípio, que não pesa contra o Réu nenhum risco de constrição indevida ao seu direito de locomoção.

Força é convir, no entanto, que a prescrição de direito penal, como bem assinalado pelo Ministério Público Federal em seu parecer, é matéria de ordem pública que, por isso, pode ser arguida e reconhecida a qualquer tempo, independentemente, inclusive, de prequestionamento.

Nesse sentido a lição de **Nucci**:

> (...) tendo em vista que a prescrição é considerada matéria de ordem pública, deve ser decretada de ofício (...) ou sob provocação das partes, inclusive em ações de impugnação ou por meio de recursos (*habeas corpus*, revisão criminal e outros). Trata-se de matéria preliminar, ou seja, impede a análise do mérito.
> (NUCCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado.* 7ª ed., 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 514.)

Anote-se, ainda:

> *Habeas corpus.* Prescrição. Material de ordem pública. Instrução deficiente. A prescrição é matéria de ordem pública e, por isso mesmo, pode ser declarada por qualquer juiz ou tribunal, independentemente de arguição do interessado.
> (...)
> (HC 87.898/BA, Segunda Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, *DJ* de 28-4-06.)

> 1. *Habeas corpus*. 2. Defensoria Pública. Intimação Pessoal. Vício. Nulidade. Princípio da eventualidade. (...) 5. Ocorrência de prescrição da pretensão punitiva do Estado. 6. A prescrição é matéria de ordem pública, podendo ser arguida de ofício em qualquer fase processual. 7. Recurso desprovido. 8. Deferimento da ordem, de ofício, para expedir alvará de soltura, salvo se por outro motivo não estiver preso o Recorrente
> (RHC 85.847/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, *DJ* de 11-11-06.)

Habeas corpus. Condenação mantida por Tribunal Regional, contra a qual foi interposto recurso extraordinário ainda pendente de apreciação. Pretensão de ver reconhecida a extinção da punibilidade dos pacientes pela prescrição da pretensão punitiva. Hipótese em que o *writ* não se enquadra nas hipóteses constitucionalmente previstas para a impetração de *habeas corpus* originário perante o STF, razão pela qual se conhece do pedido como petição, referente ao RE 287.078-0, declarando-se extinta a punibilidade dos Pacientes frente à prescrição da pretensão punitiva.
(HC 80.601/SC, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ilmar Galvão**, *DJ* de 23-3-01.)

Em termos de técnica jurídica, a questão é elucidada por **Nelson Nery**, ao tratar do efeito translativo dos recursos da seguinte forma:

(...)
O efeito devolutivo do recurso tem sua gênese no princípio dispositivo, não podendo o órgão *ad quem* julgar além do que lhe foi pedido na esfera recursal. Aplicam-se na instância recursal os arts. 128 e 460 do CPC. Caso o órgão destinatário do recurso extrapole o pedido de nova decisão, constante das razões do recurso, estará julgando *extra*, *ultra* ou *citra petita*, conforme o grau e a qualidade do vício em que incorrer.

Casos há, entretanto, em que o sistema processual autoriza o órgão *ad quem* a julgar fora do que consta das razões ou contrarrazões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento *extra*, *ultra* ou *infra petita*. Isto ocorre normalmente com **questões de ordem pública**, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão.
(NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 415.)

Diante desse panorama não é possível repelir o exame da questão.

Na hipótese vertente, como a pena restritiva de direitos foi aplicada em caráter substitutivo, a prescrição deve regular-se pela expressão em concreto da pena privativa de liberdade substituída, ou seja, 3 meses de reclusão, aos quais corresponde, nos termos do art. 109, inciso VI, do Código Penal, prazo prescricional de 2 anos.

Segundo consta dos autos, o Réu não iniciou o cumprimento da pena imposta, de modo que o último marco interruptivo da prescrição a ser considerado é a sentença condenatória recorrível proferida pelo Juiz singular (art. 117, inciso IV, do Código Penal).

Nesses termos, considerando que a referida sentença (fls. 262 a 265) foi publicada no dia 17-5-05 e que, dessa data até hoje, já se passaram mais de dois anos, cumpre reconhecer o advento da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Ante o exposto, não conheço do recurso extraordinário, mas, de ofício, declaro extinta a punibilidade do Recorrente, pela prescrição, e concedo o *habeas corpus* de ofício.

EXTRATO DA ATA

RE 505.369/BA — Relator: Ministro Menezes Direito. Requerente: Mário de Melo Kértsz (Advogados: Adriano Almeida Fonseca e outros). Requerido: César de Araújo Mata Pires (Advogado: Fernando Santana).

Decisão: A Turma não conheceu do recurso extraordinário. Concedeu, porém, *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Britto e Cármen Lúcia.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Ricardo Lewandowski e Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Britto e Cármen Lúcia. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 2 de setembro de 2008 — Ricardo Dias Duarte.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 506.793 — SC

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Recorrente: Estado de Santa Catarina — Recorridos: Tito Manoel Inácio e outros

Paridade. Art. 40, § 8º, da Constituição Federal.

1. A regra da paridade estabelecida no art. 40, § 8º, da Constituição Federal não autoriza negarem-se aos inativos benefícios ou vantagens concedidos aos vencimentos do cargo correspondente.

2. Recurso extraordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 2 de setembro de 2008 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Estado de Santa Catarina interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do Segundo Grupo de Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado:

> *Gratificação complementar de remuneração paritária – LC 137/95 e Decreto 206/95 – Estabilidade financeira – Policiais militares ocupantes do cargo de subtenente e 3º sargento, transferidos para a reserva com proventos de 2º tenente – Exclusão – Inadssibilidade.*
>
> O apostilamento do direito à estabilidade financeira torna inarredável a extensão da gratificação complementar de remuneração paritária, instituída pela Lei n. 9.847/95 e concedida aos ocupantes de cargos integrantes do Subgrupo Autoridade Policial Militar (LC 137/95) – ao qual pertencem os 2os Tenentes – a todos os policiais militares transferidos para a reserva com os proventos integrais destes.
>
> (Fl. 111.)

Opostos embargos de declaração (fls. 120 a 129), foram rejeitados (fls. 132 a 135).

Sustenta o Recorrente violação do art. 125, § 1º, da Constituição Federal, haja vista que "aceitar-se a competência do Tribunal de Justiça para processar e

julgar originariamente atos do Comandante-Geral da Polícia Militar, seria aceitar-se que Lei Ordinária cuidasse de matéria desta natureza, quando o § 1º, do artigo 125 da Carta da República reserva ao constituinte estadual, no exercício do poder constituinte, competência para de tal matéria cuidar" (fl. 161). Destaca que o Tribunal de Justiça é incompetente para processar e julgar o presente mandado de segurança, e que os autos devem ser encaminhados para a Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho de Florianópolis/SC.

Alega negativa de vigência dos arts. 37, inciso XIII, da Constituição Federal e 17 do Ato de suas Disposições Transitórias, uma vez que, "os recorridos nunca exerceram qualquer dos cargos privativos de Oficiais e neles não foram inativados, portanto não se pode vislumbrar aqui a existência de qualquer vantagem pessoal decorrente de tal exercício" (fl. 163). Menciona que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que "caso a vinculação ou equiparação tenha se materializado anteriormente ao regime constitucional que a proíbe, não têm os respectivos beneficiários, ativos ou inativos, direito a aumentos posteriores fundamentados na equiparação ou vinculação agora proibida" (fl. 168).

Aduz contrariedade aos arts. 2º, 25 e 61, § 1º, inciso II, alínea *a*, da Constituição Federal, na medida em que, tendo o acórdão recorrido atribuído aos recorridos o direito de receberem a denominada Gratificação Complementar de Remuneração Paritária, à revelia da existência de lei que assim determinasse e, demonstrado que somente por lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, poderia dar-se dito aumento, inquestionável que materializou-se a usurpação da competência dos Poderes Legislativo e Executivo, pelo Judiciário (fl. 171).

Assevera afronta ao art. 40, § 4º, da Constituição Federal, tendo em vista que "os *sargentos* e *subtenentes* em atividade, por não integrarem o Subgrupo Autoridade Policial Militar, não foram beneficiados pela Lei com a referida gratificação, em decorrência não a recebem. Ora, não tendo os *subtenentes* e *sargentos* em atividade, direito à referida vantagem, também não o têm, os *subtenentes* e *sargentos* inativados, já que a norma constitucional em questão autoriza a extensão da vantagem, apenas quando legalmente atribuída ao pessoal em atividade. Não é o caso" (fl. 172).

Contra-arrazoado (fls. 183 a 187), o recurso extraordinário (fls. 150 a 173) não foi admitido (fls. 200/201), tendo seguimento por força de agravo de instrumento provido (fl. 205).

Interposto recurso especial (fls. 137 a 148), não foi admitido (fls. 197/198).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Os Recorridos impetraram mandado de segurança contra ato do Comandante-Geral da Polícia Militar alegando que fazem jus a uma gratificação denominada "Gratificação Complementar de Remuneração Paritária", instituída pela Lei 9.847, de 15 de maio de 1995,

incidindo sobre ela o adicional por tempo de serviço. Sustenta a inicial que os Impetrantes foram transferidos para reserva com proventos integrais atribuídos ao posto correspondente de Segundo-Tenente-PM, com o que têm direito à referida gratificação, parcela que integra a remuneração da patente mencionada. Contra ato que nega esse direito expresso em lei é que impetram a ordem de segurança.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina concedeu a ordem. Para o acórdão, "se os impetrantes foram transferidos para a reserva remunerada com proventos de 2º Tenente, conforme demonstram as apostilas juntadas com a inicial, é evidente que fazem jus a todas as vantagens estendidas aos ocupantes deste cargo, posto que beneficiários da estabilidade financeira" (fl. 114), mencionando precedente desta Suprema Corte. Reiterou o Tribunal de origem ser "inescondível o direito a que a gratificação complementar de remuneração paritária, percebida pelos ocupantes do cargo de 2º Tenente, seja estendida também aos impetrantes, contemplados, por ocasião de suas respectivas inativações, com o benefício da estabilidade correspondente aos proventos integrais de tal cargo" (fl. 116). O acórdão entendeu que "a postulação dos impetrantes vem respaldada pela regra contida no artigo 40, p. 4º, da Carta Magna, dispositivo autoaplicável por conter densidade normativa plena" (fl. 115).

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 132 a 135).

O que vai examinar aqui é se os Impetrantes, que eram ocupantes dos cargos de subtenentes e de sargentos, quando transferidos para a reserva remunerada ou reformados o foram segundo a legislação vigente ao tempo da anterior Constituição, com o soldo de Segundo-Tenente, embora nunca tivessem ocupado esse cargo. Assim, a decisão da Suprema Corte é saber se o fato da reforma ou da reserva remunerada com soldo de posto superior inclui também as gratificações concedidas apenas aos ocupantes do posto efetivo.

Dúvida não há de que a gratificação pretendida pelos Impetrantes foi instituída "exclusivamente a ocupantes de cargos de grupos pertencentes aos Quadros de Pessoal da Administração Direta, Autarquias e Fundações do Poder Executivo, que possuam paridade remuneratória com outros cargos e que pela remuneração apresentem diferenciação" (fl. 151), nos termos da Lei estadual 9.847/95. A Lei Complementar 137/95 autorizou, em seguida, o Poder Executivo a conceder, "desde 1º de maio de 1.995, a Gratificação Complementar de Remuneração Paritária instituída pelo art. 10 da Lei n. 9.847, de 15 de maio de 1.995, **exclusivamente** aos ocupantes dos cargos integrantes do *Grupo Segurança Pública – Polícia Militar, Subgrupo: Autoridade Policial Militar* e do Grupo Segurança Pública – Polícia Civil, Subgrupo: Autoridade Policia (fl. 152 – grifos nossos). Nessa mesma Lei ficou estabelecido que o valor da gratificação "passa a integrar a remuneração normalmente percebida pelos servidores beneficiados, incidindo sobre ela o adicional por tempo de serviço" (fl. 152).

Com isso, a gratificação foi dada aos servidores ocupantes daqueles grupos expressamente indicados em lei complementar. Os Impetrantes não eram

ocupantes daqueles grupos, mas, apenas, passaram para a reserva remunerada ou foram reformados "com proventos integrais atribuídos ao **posto correspondente de 2º Tenente – PM**" (fl. 3).

O acórdão atendeu à impetração ao fundamento de que houve apostilamento do direito de estabilidade financeira, o que torna inarredável a extensão da gratificação a todos os policiais militares transferidos para a reserva com os proventos integrais dos paradigmas.

É certo que há precedente desta Primeira Turma no sentido de que o acórdão cuidou apenas da questão sob o ângulo da legislação estadual (RE 282.705/SC-AgR, Relator o Ministro **Carlos Britto**, *DJ* de 10-3-06). Mas não me parece que é o que está nestes autos. O que se estabeleceu aqui foi que a Constituição Federal acolheu a pretensão dos Impetrantes sob a capa do direito de estabilidade financeira.

E, de fato, esta Corte tem dado interpretação na mesma linha do acórdão do Tribunal de origem no que diz com o art. 40, § 4º, da Constituição Federal. Veja-se nesse sentido o RE 407.271/PA-AgR, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 29-6-07, assentando a Suprema Corte que a "regra da paridade com os vencimentos do cargo correspondente que tem precisamente o sentido de dispensar que a lei estenda ao inativo, em cada caso, o benefício ou vantagem que outorgue ao servidos em atividade: logo, quando incide, o dispositivo constitucional ilide a aplicação a **Súmula** 399", ancorado em outros precedentes.

Destarte, com as razões acima deduzidas, nego provimento ao extraordinário.

EXTRATO DA ATA

RE 506.793/SC — Relator: Ministro Menezes Direito. Requerente: Estado de Santa Catarina (Advogado: Osmar Jose Nora). Requeridos: Tito Manoel Inácio e outros (Advogados: Paulo Leonardo Medeiros Vieira e outros).

Decisão: A Turma negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausentes, justificadamente, o Ministro Carlos Britto e a Ministra Cármen Lúcia.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Ricardo Lewandowski e Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, o Ministro Carlos Britto e a Ministra Cármen Lúcia. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 2 de setembro de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 540.999 — SP

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Recorrente: Neder Cagliari — Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

Penal. Processual penal. Procedimento dos crimes da competência do Júri. *Idicium acusationis. In dubio pro societate.* Sentença de pronúncia. Instrução probatória. Juízo competente para julgar os crimes dolosos contra a vida. Presunção de inocência. Precedentes da Suprema Corte.

1. No procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, a decisão judicial proferida ao fim da fase de instrução deve estar fundada no exame das provas presentes nos autos.

2. Para a prolação da sentença de pronúncia, não se exige um acervo probatório capaz de subsidiar um juízo de certeza a respeito da autoria do crime. Exige-se prova da materialidade do delito, mas basta, nos termos do art. 408 do Código de Processo Penal, que haja indícios de sua autoria.

3. A aplicação do brocardo *in dubio pro societate*, pautada nesse juízo de probabilidade da autoria, destina-se, em última análise, a preservar a competência constitucionalmente reservada ao Tribunal do Júri.

4. Considerando, portanto, que a sentença de pronúncia submete a causa ao seu Juiz natural e pressupõe, necessariamente, a valoração dos elementos de prova dos autos, não há como sustentar que o aforismo *in dubio pro societate* consubstancie violação do princípio da presunção de inocência.

5. A ofensa que se alega aos arts. 5º, incisos XXXV e LIV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal (princípios da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal e da motivação das decisões judiciais) se existisse, seria reflexa ou indireta e, por isso, não tem passagem no recurso extraordinário.

6. A alegação de que a prova testemunhal teria sido cooptada pela assistência da acusação esbarra na Súmula 279/STF.

7. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por

maioria de votos, em conhecer, em parte, do recurso extraordinário, mas negar-lhe provimento.

Brasília, 22 de abril de 2008 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Neder Cagliari interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento a recurso em sentido estrito com os seguintes fundamentos:

> Bem por isso, para a nulidade da decisão judicial, é indispensável falte a ela, de todo, a fundamentação; não que se apresente com fundamentação; que se conceitue pobre, frágil ou incompleta, mas com fundamentação que se possa dizer inexistente por inteiro. É mister, para justificar o reconhecimento do vício, que o magistrado, no exercício de seu ofício, abstenha-se da indicação das razões que o levaram a optar pela solução adotada, que não deixe conhecer o desenvolvimento intelectual e lógico do trabalho que culminou com a decisão proferida.
>
> Especialmente em sede de pronúncia, pois, consoante preleciona Hermínio A. M. Porto, "na fundamentação, a valoração das provas, envolvendo indícios de autoria relacionados com a culpabilidade, é expressada nos limites de uma verificação não aprofundada, mas eficiente à formalização de um esquema classificador. Nem só ao rebater os argumentos das partes, como ao oferecer o seu convencimento, o Juiz na pronúncia, para não ultrapassar o permissivo à decisão interlocutória de encaminhamento da imputação, e para não influir, indevidamente, no espírito dos jurados, deve ter o comedimento das expressões, para que não sejam ultrapassados os limites da decisão marcadamente de efeitos processuais...; assim, a decisão de pronúncia tem somente por admissível acusação, sem sobre ela projetar um definitivo juízo de mérito" (Júri, pág. 77).
>
> (...)
>
> No caso presente, com a moderação, a prudência e a parcimônia necessárias, mas sem se afastar da suficiência e da clareza também indispensáveis, a magistrada pôs em destaque, pelas razões que enumerou, estar demonstrada a materialidade da infração; mostrou a existência de indícios de autoria e ressaltou não estarem sobejamente comprovadas as teses defensivas, ao menos de forma a merecer antecipado reconhecimento ao ensejo do juízo de admissibilidade da acusação. Disse mais, por fim, ser imperiosa a submissão das qualificadoras à apreciação dos jurados, porque não desmentidas pela prova, de sorte que, em suma, o que era preciso dizer foi dito. E o foi com equilíbrio, moderação e sem arroubos verbais, pelo que a decisão não padece de vício algum.
>
> (...)
>
> Na verdade, se para a prisão preventiva reclama-se a presença de pressupostos que vêm elencados no art. 312, do CPP, os quais, ao subscritor deste, aqui não se apresentavam caracterizados para o fim de determinar a custódia provisória, bem ao contrário, segundo disposição do art. 408, do CPP, a pronúncia se justifica e impõe, sempre que se convença o juiz da existência do crime e de que existem indícios de que o réu seja seu autor. Daí por que o julgamento pelo Tribunal popular,

em crimes da sua competência, será imperioso, mesmo preservada a liberdade do réu, quando, comprovada a ocorrência do fato com característica de tipicidade, alguns dados surgiram a responsabilidade daquele que é apresentado como seu autor, coautor ou partícipe.

Não se exige, é bem sabido, para o juízo de admissibilidade da acusação, prova cabal, segura e induvidosa. Até mesmo quando se mostre conflitante essa prova, quando alguns elementos de convicção estejam a indicar a responsabilidade do réu, em contradição com outros que a recusem, impõe-se a pronúncia. Ao Conselho de Sentença, único competente para decidir sobre o mérito de acusações concernentes a crimes dolosos contra a vida, é que compete, após exame cuidadoso da prova e análise acurada dos elementos de convicção, considerar as versões conflitantes, acolhendo aquela que mais se lhe mostre correspondente com a verdade (RT 557/323).

(...)

(...) em tema de crimes da competência do Tribunal do Júri, prevalece, na doutrina e na jurisprudência, o escólio de José Frederico Marques, para quem "a qualificadora somente deve ser subtraída da apreciação do Juiz natural da lide que é o Conselho de Jurados, quando patente a sua improcedência" (Elementos de Direito Processual Penal, vol. 3º, pág. 177).

(...)

(...) rejeita-se a preliminar de nulidade e nega-se provimento aos recursos, a fim de que, também por seus fundamentos, subsista a r. decisão recorrida, observado, apenas, o evidente equívoco que representou a pronúncia por quatro infrações ao art. 148, § 2º, do Código Penal, quando, na verdade, referiram-se a denúncia e a decisão de pronúncia a cinco pessoas sequestradas e bem identificadas. (Fls. 27 a 34.)

Os embargos de declaração opostos (fls. 38 a 48) foram rejeitados (fls. 49 a 53).

Nas razões do extraordinário (fls. 82 a 110), alega-se, em síntese, que a sentença de pronúncia está assentada em prova falsa. Afirma-se que o tema, submetido ao Tribunal de origem no recurso em sentido estrito e também nos embargos de declaração subsequentes, não foi apreciado por aquela Corte. Caracterizou-se, assim, segundo se afirma, ofensa aos arts. 5º, incisos XXXV e LIV, e 93, inciso IX, da Constituição e 381, inciso III, e 619 do Código de Processo Penal.

Aduz-se, ainda, que a aplicação do princípio *in dubio pro societate* na fase da pronúncia contraria a presunção de inocência insculpida no art. 5º, inciso LVII, da Constituição, especialmente quando a dúvida recair sobre a materialidade ou autoria/participação do crime.

Contra-arrazoado (fls. 127 a 133), o recurso extraordinário não foi admitido (fls. 134 a 137), tendo seguimento por força de agravo de instrumento (fls. 2 a 22) provido pelo Ministro **Sepúlveda Pertence** (fl. 306).

Paralelamente foi interposto recurso especial (fls. 55 a 81), não admitido (fls. 134 a 137). Consultando o sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça colhe-se que o agravo de instrumento interposto contra essa decisão (Ag 632.363/SP) também não teve êxito.

O ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. **Wagner Gonçalves,** opinou pelo não conhecimento do recurso ou, alternativamente, pelo seu indeferimento (fls. 312 a 316).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Consta dos autos que Néder Cagliari e outros réus foram denunciados como incursos nas penas dos arts. 121, § 2º, incisos I, III e IV; e 148, *caput* e § 2º, do Código Penal como mandantes da morte do então prefeito do Município de Igarapava/SP.

Segundo se extrai da sentença de pronúncia, a denúncia oferecida afirma que:

> (...) no dia 9 de outubro de 1998, por volta das 23 horas, nas proximidades da rodovia Anhanguera, Km 431, na cidade de Aramina, nesta Comarca, previamente conluiados com Sérgio Augusto de Freitas e agindo com identidade absoluta de propósitos entre si e com terceiras pessoas, impelidos por sentimento de vingança política, mediante paga e promessa de recompensa, meio cruel e recurso que teria dificultado a defesa da vítima, teriam privado a liberdade mediante sequestro e matado Gilberto Soares dos Santos; e também porque, na residência desta vítima, teriam privado a liberdade de Marilene Batista, Gilmara Natalia Batista dos Santos, Gilberto Soares dos Santos Filho, Gustavo Batista dos Santos e Gabriela Soares dos Santos, causando-lhes grave sofrimento moral.
>
> Consta da inicial que os indiciados teriam se reunido por diversas vezes com Sérgio Augusto de Freitas, em várias oportunidades, para deliberarem a execução da morte da vítima. Para tanto, teriam, por intermédio de Eurípedes Barcelos, Fued Maluf e Giovani Divino Soares, recrutado os executores da empreitada, prometendo-lhe recompensa no valor de R$ 26.000,00, a serem pagos após a consumação do crime.
>
> (Fls. 162/163.)

O Juiz da 1ª Vara da Comarca de Igarapava/SP, por oportunidade da pronúncia, deu como certa a materialidade dos crimes de homicídio e de sequestro. Além disso, considerou presentes indícios suficientes da autoria tendo em vista a delação apresentada por Adinilson Alves dos Santos, que, por sua vez, estava sendo processado em ação conexa pela execução do mesmo crime. Essa delação, segundo o Magistrado, teria sido parcialmente corroborada pelo depoimento de duas testemunhas: José Alves Filho e Cláudio Henrique dos Santos (fls. 162 a 167).

Inconformado, o réu ingressou com recurso em sentido estrito, pretendendo a nulidade da decisão recorrida e a impronúncia do recorrente, porque o depoimento do corréu Adinilson teria sido cooptado pela assistência da acusação, ou seja, a pronúncia estaria fundada em prova falsa, não havendo indícios concretos da sua participação no delito (fls. 168 a 194).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como já relatado, negou provimento ao recurso e também rejeitou os embargos de declaração que se seguiram.

A irresignação não merece prosperar.

O procedimento dos feitos submetidos à competência do Tribunal do Júri, como se sabe, está dividido em duas fases: o sumário da culpa, ou *iudicium acusationis*, e a fase do julgamento, ou *iudicium causae*.

Nos termos da legislação pátria, compete ao Tribunal do Júri processar e julgar os crimes dolosos contra a vida. O legislador entendeu inconveniente, porém, que todos os crimes contra a vida fossem desde logo submetidos a esse Juízo para ele próprio afirmar a existência ou não de um crime sujeito à sua competência.

A fase denominada sumário da culpa é reservada, portanto, para a decisão acerca da possível existência de um crime da competência do Tribunal do Júri. Ela se desenvolve perante o Juiz singular que examinará a existência provável ou possível de um crime doloso contra a vida e, ao final, decidirá (1) pela absolvição sumária, quando presente causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade; (2) pela desclassificação do crime, quando se convencer de que o crime praticado não é doloso e contra a vida; (3) pela impronúncia, quando ausente a prova da materialidade ou de indícios de autoria; ou (4) pela pronúncia, se reputar presente a prova e os indícios referidos.

No caso sob exame, o recorrente afirma que o Juiz da pronúncia tomou como indício de autoria a delação feita, por outro réu envolvido no crime, que, conforme sustenta, seria falsa. Afirma, ainda, que o acórdão recorrido, não tendo se manifestado sobre o tema, teria violado os arts. 5º, incisos XXXV e LIV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal, e 381, inciso III, e 619 do Código de Processo Penal.

A outra linha de argumentação desenvolvida no recurso é no sentido de que o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição, não admite que se pronuncie o réu no caso de dúvida acerca da autoria ou da participação.

No que concerne à assertiva de ofensa aos arts. 381, inciso III, e 619 do Código de Processo Penal, ressalto que ela não tem cabimento em sede de recurso extraordinário, que é voltado apenas ao enfrentamento de questões constitucionais, apenas.

No que diz respeito à suscitada violação dos arts. 5º, incisos XXXV e LIV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal, sublinho que tal violação (dos princípios da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal e da motivação das decisões judiciais), se existisse, seria reflexa ou indireta, o que igualmente não abre passagem ao recurso extraordinário.

Nesse sentido:

> *Agravo regimental. Alegada violação ao inciso LV do art. 5º da Magna Carta. Ofensa indireta à Constituição.* Caso em que ofensa à Carta da República, se existente, ocorreria de forma reflexa ou indireta, não ensejando a abertura da via extraordinária. Agravo desprovido.
> (AI 505.224/SP-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. **Carlos Britto**, *DJ* de 18-5-07.)

Agravo de instrumento – Alegação de ofensa ao postulado da motivação dos atos decisórios – Inocorrência – Ausência de ofensa direta à Constituição – Recurso improvido. O Supremo Tribunal Federal deixou assentado que, em regra, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário. Precedentes.
(AI 360.265/RJ-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 20-9-02.)

Processual penal. Agravo regimental em agravo de instrumento. Devido processo legal, ampla defesa, contraditório. Ofensa reflexa ao texto constitucional. Fundamentação do acórdão. Análise de fatos e provas. Impossibilidade. Súmula 279. Agravo improvido.
I – A alegada violação aos postulados constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, em regra, pode configurar ofensa reflexa ao texto constitucional
(...)
(AgR 641.845/ES, Primeira Turma, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 31-8-07.)

Processual penal. Agravo regimental no recurso extraordinário. Matéria infraconstitucional: ofensa reflexa à Constituição. Precedentes. Reexame De matéria probatória: incidência da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental ao qual se nega provimento.
1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que as alegações de afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, entre outros, configuram ofensa reflexa à Constituição da República. Precedentes
(...)
(RE 452.001/PB-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. **Cármen Lúcia,** *DJ* de 3-8-07.)

Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Prestação jurisdicional, devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Ofensa reflexa à Constituição Federal. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
(AI 622.415/RJ-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, *DJ* de 19-10-07.)

Quanto ao princípio da presunção de inocência, inscrito no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, verifico que, para a sentença de pronúncia, não se exige um acervo probatório capaz de subsidiar um juízo de certeza a respeito da autoria do crime. Basta, como diz expressamente o art. 408 do Código de Processo Penal, que haja prova da materialidade do delito e indícios de sua autoria.

Não por outro motivo sustentam muitos doutrinadores vigorar, nesta fase do processo penal, o princípio do *in dubio pro societate*. Outros há, ainda, que

colocam a questão sob outro prisma, o da competência. Com efeito, se o Tribunal do Júri é o Juízo originalmente competente para julgar os crimes dolosos contra a vida e se o sumário de culpa permite, em última análise, uma espécie de triagem dos casos que serão levados a julgamento por essa autoridade, impor-se-ia a conclusão de que, na dúvida, deveria ser preservada a competência estabelecida na Constituição Federal. Dessa forma, pronunciado o réu, poderá o próprio Tribunal do Júri examinar se esse réu é ou não responsável pela conduta criminosa imputada, exercendo, assim, a competência que lhe foi constitucionalmente reservada.

De qualquer modo, certo é que, na fase do sumário da culpa, não se exigem provas conclusivas, confiando-se a decisão, em caso de dúvida, ao Tribunal do Júri.

Apesar disso, deve-se reconhecer que essa fase encerra verdadeira dilação probatória, necessária, inclusive, para fornecer ao Juiz elementos de convicção sem os quais não estará habilitado a decidir por alguma das quatro alternativas antes mencionadas. Por isso é que, embora não se possa exigir que essa instrução probatória seja exauriente, pelo menos no que diz respeito à autoria ou à participação, impõe-se que ela seja efetiva. Sem isso não se poderá falar em uma ordem processual verdadeiramente garantista.

Nesse sentido, **Eugênio Paccelli** ensina que:

> Não se pede, na pronúncia (nem se poderia), o convencimento absoluto do juiz da instrução, quanto à materialidade e à autoria. Não é essa a tarefa que lhe reserva a lei. O que se espera dele é o exame do material probatório ali produzido, especialmente para a comprovação da inexistência de quaisquer das possibilidades legais de afastamento da competência do Tribunal do Júri. E esse afastamento, como visto, somente é possível por meio de convencimento judicial pleno, ou seja, por meio de juízo de certeza, sempre excepcional nessa fase. Mesmo na impronúncia, que é fundada na ausência de provas, o juiz deve realizar exame aprofundado de todo o material ali produzido para atestar a sua insuficiência, já que, em princípio, não é ele o competente para a valoração do fato.
> (OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. Curso de Processo Penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 553.)

Anote-se, ainda, a lição de **Nucci**:

> (...) é preciso destacar que o controle judiciário sobre a admissibilidade da acusação necessita ser firme e fundamentado, tornando-se inadequado remeter a julgamento pelo Tribunal do Júri um processo sem qualquer viabilidade de haver condenação do acusado. A dúvida razoável, que leva o caso ao júri, é aquela que permite tanto a absolvição quanto a condenação. Assim, não é trabalho do juiz togado 'lavar as mãos' no momento de efetuar a pronúncia, declarando, sem qualquer base efetiva em provas, haver dúvida e esta dever ser resolvida em favor da sociedade, remetendo o processo a julgamento pelo Tribunal Popular. Cabe-lhe, isto sim, filtrar o que pode e o que não pode ser avaliado pelos jurados, zelando pelo respeito ao devido processo legal e somente permitindo siga a julgamento a questão realmente controversa e duvidosa. Esta, afinal, é a função do *judicium*

acusationis – fase de instrução – pela qual passaram as partes, produzindo-se provas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.
(NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 688.)

Registre-se que o Código de Processo Penal, nessa fase preliminar, estabelece um procedimento bastante semelhante àquele dispensado em relação aos crimes comuns, com previsão de interrogatório do réu, defesa prévia, oitiva de testemunhas e alegações finais. Isso, por certo, está a indicar a necessidade de uma dilação probatória mínima. O próprio art. 408 desse diploma ressalta que, ao pronunciar o réu, o Juiz deve fazê-lo fundamentadamente. Aqui, como em todas as demais decisões estritamente judiciais, deve vigorar, portanto, o princípio do livre convencimento motivado.

Confira-se, a propósito:

I. *Habeas corpus*: cabimento: direito probatório. 1. Não é questão de prova, mas de direito probatório – que comporta deslinde em *habeas corpus* –, a de saber se é admissível a pronúncia fundada em dúvida declarada com relação à existência material do crime. II. Pronúncia: inadmissibilidade: invocação descabida do *in dubio pro societate* na dúvida quanto à existência do crime. 2. O aforismo *in dubio pro societate* que – malgrado as críticas procedentes à sua consistência lógica, tem sido reputada adequada a exprimir a inexigibilidade de certeza da autoria do crime, para fundar a pronúncia –, jamais vigorou no tocante à existência do próprio crime, em relação a qual se reclama esteja o juiz convencido. 3. O convencimento do juiz, exigido na lei, não é obviamente a convicção íntima do jurado, que os princípios repeliriam, mas convencimento fundado na prova: donde, a exigência – que aí cobre tanto a da existência do crime, quanto da ocorrência de indícios de autoria, de que o juiz decline, na decisão, "os motivos do seu convencimento". 4. Caso em que, à frustração da prova pericial – que concluiu pela impossibilidade de determinar a causa da morte investigada –, somou-se a contradição invencível entre a versão do acusado e a da irmã da vítima: consequente e confessada dúvida do juiz acerca da existência de homicídio, que, não obstante, pronunciou o réu sob o pálio da invocação *do in dubio pro societate*, descabido no ponto. 5. *Habeas-corpus* deferido por falta de justa causa para a pronúncia.
(HC 81.646/PE, Primeira Turma, Rel. o Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 9-8-02.)

Considerando, portanto, que a sentença de pronúncia permite, em última análise, que a causa seja submetida ao seu Juízo natural, e, além disso, que ela pressupõe, necessariamente, a valoração dos elementos de prova coligidos aos autos, não há como sustentar que a aplicação do aforismo *in dubio pro societate* consubstancie violação do princípio da presunção de inocência.

No que diz respeito à alegada licitude da prova em que fundada a sentença de pronúncia, verifico que, a rigor, o que discute o recorrente é se o Magistrado, por ocasião da pronúncia, poderia ter deixado de apreciar uma das teses suscitadas pela defesa e, bem assim, se essa decisão poderia subsistir em função da alegada falsidade de prova.

A decisão em comento se apresenta vazada nos seguintes termos:

> A materialidade do crime de homicídio ficou provada pelo exame necroscópio de fls. 21/28.
>
> A materialidade dos crimes de sequestro ficou comprovada pelo interrogatório policial de Johnson Gonçalves (fls. 66/73), visto que o mesmo narra, com riqueza de detalhes, como a vítima Gilberto teve privada sua liberdade, sendo conduzida no veículo Passat, bem como que as demais vítimas foram encarceradas no banheiro de sua residência.
>
> Quanto à autoria dos ora réus, existem nos autos indícios suficientes para a prolação da pronúncia, não sendo o caso de subtrair do Tribunal do Júri, órgão competente para o conhecimento dos fatos, o julgamento da questão. Senão, vejamos.
>
> Ouvido nos autos nº 468/98, os quais tratam dos mesmos fatos ora em questão, o corréu *Adinilson* delatou os ora réus, imputando-lhes o mando do crime e informando os motivos pelos quais o delito foi cometido.
>
> Em seu poder foram encontrados documentos por ele manuscritos, cujo conteúdo se assemelha ao de seu depoimento.
>
> A delação foi parcialmente corroborada pelas testemunhas José Alves Filho (fls. 269 e 520 do terceiro volume do feito 18/00-B em apenso) e Cláudio Henrique dos Santos Bichuette (fls. 275/276), os quais confirmaram a participação dos réus em reuniões que precederamm tanto a candidatura da vítima como sua morte.
>
> Em conclusão, há nos autos indícios que se apresentam suficientes para a pronúncia, cabendo, futuramente, ao Tribunal do Júri aquilatar seu conteúdo para decidir pela condenação ou absolvição.
>
> (Fls. 165/166.)

A primeira das questões agitadas, relativa à omissão no enfrentamento de uma das teses da defesa, está circunscrita à legislação infraconstitucional e, por isso, não pode ser conhecida. Em outras palavras, se o Juiz da pronúncia estava obrigado a se manifestar sobre determinada tese de defesa e não o fez, incorreu em omissão a que a legislação infraconstitucional põe cobro através de instrumentos específicos. Não se teria, na hipótese, questão constitucional capaz de desafiar a interposição de recurso extraordinário. Na hipótese, se houvesse violação de preceito constitucional, essa violação, como antes assinalado, seria indireta ou reflexa.

Quanto à segunda das questões agitadas, relativa à falsidade da prova, destaco que o exame da pretensão recursal neste momento processual está por demandar verdadeiro exame de prova, o que não admite a Súmula 279/STF. Com efeito, apenas o exame minucioso do caderno probatório poderia revelar se a delação do corréu foi, de fato, cooptada pela assistência da acusação e, por qualquer motivo, não corresponde à realidade.

Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário em parte e, nesta parte, nego-lhe provimento.

Em consequência, julgo prejudicada a cautelar, revogadas as decisões de fls. 16 e 26 a 28, que deferiram a liminar e fizeram-na alcançar os corréus.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): A leitura da sentença de pronúncia deixou escancarado que o Juízo se valeu, para submeter o acusado ao Júri, da delação.

Houve a interposição de recurso em sentido estrito e se apontou a existência de vício, quanto à delação, que teria sido, no tocante a corréu, inclusive, admitido pelo Superior Tribunal de Justiça, muito embora para efeito de afastar a custódia provisória.

Pois bem, interposto o recurso, veiculando o tema, o órgão competente para apreciá-lo não emitiu entendimento a respeito, deixando sem resposta a defesa.

Foram protocolados embargos de declaração, colaborando a defesa com o Judiciário para a perfeição da prestação jurisdicional entregue. Mesmo diante dos declaratórios, não houve o enfrentamento do tema.

Indago: ocorreu o respeito devido ao processo tal como agasalhado, tal como protegido pela Constituição Federal? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa. Dir-se-á que não impulsiona o recurso extraordinário a violência indireta à Carta da República. Penso que a violência indireta não deixa de ser violência; penso que, a levar às últimas consequências essa jurisprudência, dois princípios muito caros, em uma sociedade que se diga democrática, ficarão sem a proteção do Supremo Tribunal Federal, guarda da Constituição como um grande todo: o princípio da legalidade e o do devido processo legal.

Não é crível, por exemplo, que órgão investido do ofício judicante admita a existência de norma em certo sentido e decida de forma diametralmente oposta. Quase sempre se tem interpretação de diploma legal e essa interpretação pode beirar a transgressão ao princípio da legalidade, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

O devido processo legal, o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, está alcançado pelo conceito respectivo. É uma garantia do cidadão, uma garantia do jurisdicionado. O mínimo que se pode pretender é a resposta às causas de pedir veiculadas, no caso, pela defesa.

Não vejo como placitar quadro em que houve a impugnação à sentença de pronúncia no que baseada, primordialmente, na delação, apontando-se vício nessa delação, e o órgão competente para julgar o recurso em sentido estrito não enfrentou a matéria de defesa. A parte protocolou, repito, embargos declaratórios e, mesmo assim, esses embargos foram desprovidos, não se adentrando o tema.

Peço vênia para não alçar a dogma sacrossanto essa jurisprudência, segundo a qual a violência à Carta para ensejar o trânsito do extraordinário há de ser sempre direta e frontal, sob pena, como disse, de colocar em segundo plano os dois princípios a que me referi: o princípio da legalidade e o princípio do devido processo legal. As balizas instrumentais não estão integralmente na Constituição Federal.

Sob esse ângulo, peço vênia ao relator para conhecer e prover o extraordinário, a fim de que o Tribunal de Justiça enfrente as matérias veiculadas no recurso com o qual se defrontou, o recurso em sentido estrito protocolado contra a decisão que implicou a submissão do acusado ao Júri.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

RE 540.999/SP — Relator: Ministro Menezes Direito. Recorrente: Neder Cagliari (Advogado: Leônidas Ribeiro Scholz). Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma conheceu, em parte, do recurso extraordinário, mas lhe negou provimento; vencido o Ministro Marco Aurélio, Presidente. Falaram o Dr. Pierpaolo Cruz Bottini, pelo recorrente, e o Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas, Subprocurador-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Britto.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presente à sessão os Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Britto. Subprocurador-geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 22 de abril de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 568.030 — RN

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte — Recorrido: Alexandre Veiga Salles

Concurso público. Policial civil. Idoneidade moral. Suspensão condicional da pena. Art. 89 da Lei 9.099/95.

1. Não tem capacitação moral para o exercício da atividade policial o candidato que está subordinado ao cumprimento de exigências decorrentes da suspensão condicional da pena prevista no art. 89 da Lei 9.099/95 que impedem a sua livre circulação, incluída a frequência a certos lugares e a vedação de ausentar-se da Comarca, além da obrigação de comparecer pessoalmente ao Juízo para justificar suas atividades. Reconhecer que candidato assim limitado preencha o requisito da idoneidade moral necessária ao exercício da atividade policial não é pertinente, ausente, assim, qualquer violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

2. Recurso extraordinário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso extraordinário e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 2 de setembro de 2008 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Estado do Rio Grande do Norte interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, assim ementado:

> *Constitucional e administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Idoneidade moral. Investigação social. Processo penal submetido a suspensão condicional. Presunção de não culpabilidade. Matrícula em curso de formação que se impõe. Recurso e remessa conhecidos e improvidos.*
> (Fl. 112.)

Colhe-se do voto condutor:

> Sendo assim, entendo que a presença de ação penal contra o acusado e, ainda, estando referida ação suspensa com base no instituto despenalizador, tal fato não pode obstar que o apelado prossiga no referido certame. Não macula, por si só, a sua idoneidade moral, como disso o Apelante. Tudo isso em obediência ao princípio constitucional da não culpabilidade, ou da inocência.
> (Fl. 115.)

Opostos embargos de declaração (fls. 118 a 120), foram rejeitados (fls. 121 a 125).

Alega o Recorrente contrariedade aos arts. 5º, inciso LV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal, tendo em vista que não foram sanadas as omissões do acórdão recorrido, ainda que interpostos embargos declaratórios.

Afirma que "a existência de ação penal em desfavor do Recorrido é fator grave a ponto de desqualificá-lo e forte o suficiente para se assegurar ser ele dotado de procedimento incompatível com o exercício do cargo" (fl. 143) de agente da polícia civil.

Sustenta negativa de vigência dos arts. 5º, inciso II, e 37, *caput*, da Constituição Federal, haja vista que, "havendo a exigência legal e legítima de comprovação do requisito de moral inatacável, não poderia a administração passar ao largo desta e desconsiderá-la" (fl. 145).

Sem contrarrazões (fl. 155), o recurso extraordinário (fls. 135 a 153) foi admitido (fls. 156 a 159).

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão transitada em julgado, negou seguimento ao recurso especial interposto paralelamente ao extraordinário sob o fundamento de que "não cabe ao STJ, na análise de violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, examinar omissão de dispositivo constitucional, sob pena de usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal na análise do juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários" (fls. 164/165).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): O Recorrido impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor da Academia de Polícia Civil alegando que foi convocado para fazer provas de capacidade física, tendo obtido êxito, além de ter sido aprovado no exame psicotécnico. Todavia, não foi chamado para a última etapa do concurso, assim, o curso de formação, "em razão do número de vagas existente no Edital e de sua colocação no Certame" (fl. 4). Em virtude dessa negativa, impetrou mandado de segurança e obteve medida liminar para participar da última etapa do referido concurso. Ocorre que nem assim foi admitido ao argumento de não ter apresentado a comprovação de idoneidade exigida no edital, uma vez que a certidão da Justiça Federal indicava a existência de ação penal em que o Impetrante figurava como réu. Segundo a inicial, essa atitude violenta o princípio da inocência, porquanto ainda não julgada a ação que se encontrava

aguardando o interrogatório, após o que é que seria aberto o prazo para defesa prévia.

A medida liminar foi deferida (fl. 38).

A sentença concedeu a ordem ao fundamento de que o fato de estar o Impetrante respondendo a processo penal, "submetido a *sursis* processual, não pode servir como limitativo dos seus direitos, em homenagem ao princípio da presunção de não culpabilidade" (fl. 77).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte manteve a sentença. O acórdão entendeu que, "malgrado o fato do Impetrante, ora apelado, ter sido denunciado pela infração de uso de documento falso, o mesmo encontra-se em gozo do instituto legal da suspensão condicional do processo, pelo prazo de dois anos, submetendo-se às condições fixadas para tanto, conforme pode ser observado na certidão de fl. 76" (fl. 114). Por essa razão, considerou o Tribunal de origem que a "presença da ação penal contra o acusado e, ainda, estando a referida ação suspensa com base no instituto despenalizador, tal fato não pode obstar que o apelado prossiga no referido certame. Não macula, por si só, a sua idoneidade moral, como disse o apelante. Tudo isso em obediência ao princípio constitucional da não culpabilidade, ou da inocência" (fl. 115).

Os embargos de declaração foram rejeitados.

Não há negativa de prestação jurisdicional. O acórdão contém fundamentação bastante, estando o tema suficientemente prequestionado, presente a disciplina da Súmula 356 desta Suprema Corte.

No mérito, com razão o Recorrente. Sem a menor sombra de dúvida, a "existência de ação penal em desfavor do recorrido é fator grave a ponto de desqualificá-lo e forte o suficiente para se assegurar ser ele dotado de procedimento incompatível com o exercício do cargo" (fl. 143), como bem está assinalado no recurso extraordinário. Por outro lado, correto ainda o Recorrente quando sustenta que "cabe à administração utilizar a cada dia critérios mais rigorosos na seleção de policiais, a fim de escoimar de tal corporação agentes que não tenham a imperiosa qualificação moral para exercer o cargo suso referido" (fl. 146).

De fato, assusta constatar que o Poder Judiciário autorize seja ultrapassada a exigência de folha corrida limpa para aquele que pretende ocupar o cargo de policial, quando está evidente a aceitação da suspensão condicional da pena e a natureza do delito, uso de documento falso, o que, induvidosamente, mancha a possibilidade do cumprimento da exigência de documentação adequada para a comprovação da necessária idoneidade moral do candidato. O princípio da presunção da inocência passa ao largo da exigência de comportamento ilibado, sem nenhuma réstia de dúvida, para quem pretende o exercício de cargo de policial. Fragilizar essa exigência significa aceitar o quadro de flacidez moral dos integrantes desse serviço público.

Esta Corte Suprema, com o voto condutor do Ministro **Marco Aurélio**, assentou que a administração pode, sem malferir o princípio do contraditório e da

ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal), examinar o cumprimento dos requisitos relativos à inscrição dos candidatos (RE 156.400/SP, *DJ* de 15-9-95).

O cenário dos autos, pelo menos na minha avaliação, não permite que seja aplicado outro precedente desta Suprema Corte, por sua Segunda Turma, que indica não ser possível concluir pela ausência de capacitação moral apenas baseado na acusação "e, portanto, no envolvimento do candidato em ação penal" (RE 194.872/RS, *DJ* de 2-2-01; no mesmo sentido: RE 111.918/PE, Relator o Ministro **Aldir Passarinho**, *DJ* de 5-2-88). É que neste feito não se trata de presunção, mas, sim, da circunstância de que houve efetivamente o reconhecimento do fato com a suspensão condicional da pena, submetido o Impetrante ao cumprimento de condições fixadas para o período de suspensão da pena, de modo a obter a extinção da punibilidade, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95.

Não se trata de esmiuçar a natureza da suspensão, se condenação ou não, sendo suficiente saber que a chamada suspensão processual é uma forma de composição do conflito de interesses penal. Aqui, portanto, há uma situação concreta, a subordinação do acusado ao cumprimento das condições do perío-do de prova, as quais uma vez cumpridas servem para decretar a extinção da punibilidade.

Veja-se que o § 1º do art. 89 da Lei 9.099/95 estabelece condições especiais para o período de prova, assim, a reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, proibição de frequentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da Comarca onde reside sem autorização do Juiz, comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades, sem que outras possam ser impostas, "desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado".

Ora, não tem capacitação moral para o exercício da atividade policial o candidato que está subordinado ao cumprimento de exigências que impedem a sua livre circulação, incluída a frequência a certos lugares e a vedação de ausentar-se da Comarca, além da obrigação de comparecer pessoalmente ao juízo para justificar suas atividades. Reconhecer que candidato assim limitado preencha o requisito da idoneidade moral necessária ao exercício da atividade policial, não tenho como pertinente. Ademais, nesses casos, não há falar em violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

Com tais razões, conheço do extraordinário e lhe dou provimento para denegar a ordem.

EXTRATO DA ATA

RE 568.030/RN — Relator: Ministro Menezes Direito. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte (Advogada: PGE/RN – Tereza Cristina Ramalho Teixeira). Recorrido: Alexandre Veiga Salles (Advogados: Francisco Edeltrudes Duarte Neto e outros).

Decisão: A Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Britto e Cármen Lúcia.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Ricardo Lewandowski e Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Britto e Cármen Lúcia. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 2 de setembro de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

———

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 591.818 — RS

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Agravante: Anatpat Laboratório de Patologia S/C Ltda. — Agravada: União

Agravo regimental em agravo de instrumento. Cofins. Isenção concedida pela Lei Complementar 70/91. Possibilidade de revogação pela Lei ordinária 9.430/96. Matéria constitucional. Reexame em recurso especial. Impossibilidade. Precedentes.

1. Surgindo a questão constitucional na ocasião em que proferido o acórdão recorrido, a interposição pertinente de embargos declaratórios satisfaz a exigência do prequestionamento, ainda que não seja devidamente suprida pelo tribunal de origem a omissão apontada.

2. O tema referente à possibilidade de revogação, pelo art. 56 da Lei 9.430/96, da isenção para o recolhimento da Cofins, concedida, na forma do art. 6º, inciso II, da Lei Complementar 70/91, às sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada, deve ser dirimido à luz de preceitos constitucionais e, por conseguinte, é insuscetível de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 3 de março de 2009 — Ministro Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Anatpat Laboratório de Patologia S/C Ltda. interpõe agravo regimental (fls. 315 a 322 – fax e fls. 325 a 332 – original) contra decisão de fl. 312, da lavra do Ministro **Sepúlveda Pertence**, que deu provimento ao recurso extraordinário interposto pela União, com a seguinte fundamentação:

> Agravo de instrumento de decisão que inadmitiu recurso extraordinário, *a*, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que julgou ilegítima a revogação pela Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pela Lei Complementar 70/91, em razão do princípio da hierarquia das leis.

Alega o recurso extraordinário que o acórdão do STJ ofendeu os seguintes dispositivos constitucionais: a) 102, III, e 105, III, uma vez que o conflito entre lei ordinária e lei complementar tem fundamento constitucional, razão pela qual não poderia ter sido examinada pelo STJ; b) art. 97 por ter havido declaração de inconstitucionalidade por órgão fracionário; e c) arts. 146, 150, § 6º, e 195, I, para afirmar que a isenção do recolhimento da Cofins é matéria que poderia ser disciplinada por lei ordinária, razão pela qual a Lei Complementar 70/91 pode ser revogada pela Lei 9.430/96.

Decido.

Tem razão a União. Ao deferir liminar na AC 346, afirmei que "o conflito entre lei complementar e lei ordinária não há de solver-se pelo princípio da hierarquia, mas sim em função de a matéria estar ou não reservada ao processo de legislação complementar".

Por se tratar de matéria constitucional resolvida pelo TRF e, principalmente, objeto do recurso extraordinário interposto pelo sindicato, não poderia o Superior Tribunal de Justiça examiná-la sob pena de usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal para o deslinde da questão (AI 145.589-AgR, **Pertence**, *RTJ* 153/684; RE 419.629, Primeira Turma, 23-5-06, **Pertence**).

Na linha dos precedentes, provejo o agravo, que converto em recurso extraordinário (art. 544, § 3º e 4º, do CPC) e, desde logo, dou provimento a este (art. 557, § 1º-A, do CPC) para anular o acórdão do STJ e determinar que outro seja proferido – adstrito a eventuais questões infraconstitucionais aventadas.

Inicialmente, a Agravante alega que "a matéria na qual se apega a União Federal objetivando nulificar o acórdão proferido pelo STJ, não foi, em nenhum momento suscitada nos autos, mesmo tendo havido ocasião própria para tanto, através da apresentação de embargos de declaração interpostos por ela" (fl. 326). Sustenta que não houve o devido prequestionamento, destacando que "os embargos de declaração da União Federal foram sumariamente rejeitados pela Segunda Turma do STJ (fl. 326).

No tocante ao tema de fundo, aduz que, "não obstante o legislador tivesse a faculdade de instituir através de lei ordinária a contribuição social prevista na alínea *b*, do inciso I, do art. 195 da CF/88, no momento em que elegeu o instrumento legislativo mais rígido – Lei Complementar – pelo qual não só instituiu o tributo, mas também, criou o regime isencional, este passa a ser o único instrumento que pode revogá-lo" (fl. 330).

Conclui afirmando o seguinte:

(...)

Assim sendo, diz o articulista citado, tendo o legislador infraconstitucional exercido sua competência dentro do limite que lhe assegurava a Constituição, optando por lei complementar para a instituição da isenção, inexiste possibilidade de ser discutida a legitimidade do ato em outro nível, que não seja o complementar.

Na realidade, valendo-se dessa competência o legislador ordinário instituiu uma norma isencional através de lei complementar (LC 70/91), a qual, posteriormente, foi revogada pelo mesmo legislador infraconstitucional mediante lei ordinária (Lei 9.430/96), o que consubstancia uma discussão de índole infraconstitucional, sem a necessidade de buscar a solução no âmbito constitucional.

> O conflito, portanto, se resume unicamente aos preceitos de nível federal, criados pelo legislador ordinário, os quais, à toda evidência, devem ser resolvidas pelo Superior Tribunal de Justiça, competente constitucionalmente para tais situações. (Fls. 330/331.)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): O inconformismo não merece prosperar.

Diversamente do que alega a Agravante, surgida a matéria constitucional no momento em que proferido o acórdão que deu provimento ao recurso especial, a interposição pertinente de embargos declaratórios satisfaz a exigência do prequestionamento, ainda que não seja devidamente suprida pelo tribunal de origem a omissão apontada. Nesse sentido, anote-se:

> (...)
> Por outro lado, é inequívoco, também, que houve o prequestionamento dessa questão constitucional, porquanto ela surgiu no momento em que foi prolatado o acórdão que deu provimento à apelação, tendo o ora recorrente interposto embargos de declaração para prequestioná-la, não se frustrando esse intento pelo fato de o acórdão que rejeitou os embargos ter entendido, erroneamente, que não cabia esse recurso.
> (...)
> (RE 221.291/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. **Moreira Alves**, *DJ* de 9-6-00.)

Por outro lado, é pacífico nesta Corte o entendimento de que o tema referente à possibilidade de revogação, pelo art. 56 da Lei 9.430/96, da isenção para o recolhimento da Cofins, concedida, na forma do art. 6º, inciso II, da Lei Complementar 70/91, às sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada, deve ser dirimido à luz de preceitos constitucionais sendo, por conseguinte, insuscetível de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, os RE 377.457/PR e 381.964/MG, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, julgados pelo Plenário em 17 de setembro de 2008.

Nego provimento ao agravo regimental.

Junte-se cópia deste acórdão nos autos do RE 585.954/RS.

EXTRATO DA ATA

AI 591.818-AgR/RS — Relator: Ministro Menezes Direito. Agravante: Anatpat Laboratório de Patologia S/C Ltda. (Advogados: Marcelo André Pierdoná e outros e Daimar Paulo Somm). Agravada: União (Advogado: PFN – Adriana Nogueira Tigre Coutinho).

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator. Unânime.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio. Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Claúdia Sampaio Marques.

Brasília, 3 de março de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

———

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 668.393 — SP

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Agravante: Caixa Beneficente dos Funcionários do Banco do Estado de São Paulo – CABESP — Agravado: Ricardo Alex Jesus Brilhante Nogueira.

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Princípio da legalidade. Ofensa reflexa.

1. A parte teve acesso aos recursos cabíveis e a jurisdição foi prestada. Não houve negativa de prestação jurisdicional.

2. A jurisprudência desta corte está consolidada no sentido de que as alegações de afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, entre outros, se dependente de reexame de normas infraconstitucionais, configura ofensa reflexa à constituição federal.

3. O tema objeto do processo, sendo o autor tutelado e neto do falecido, postulando assistência médica conferida ao dependente, está claramente no plano infraconstitucional, impertinente, assim, o extraordinário.

4. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 16 de dezembro de 2008 — Ministro Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Caixa beneficente dos funcionários do Banco do Estado de São Paulo – Cabesp interpõe agravo regimental contra decisão de fls. 59/60, que negou provimento ao agravo de instrumento com a seguinte fundamentação:

> Caixa beneficente dos funcionários do banco do estado de São Paulo – Cabesp interpõe agravo de instrumento contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário assentado em contrariedade aos arts. 5º, inciso II, e 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"*Plano de saúde – Falecimento do titular – Assistência médica e hospitalar – Manutenção conferida ao dependente – Admissibilidade – Art. 14 do regulamento da ré – Autor que afora ostentar a condição de tutelado também é neto do falecido – Recurso desprovido.*"

(Fl. 27.)

Decido.

Anote-se, primeiramente, que o acórdão, conforme expresso na certidão de fl. 30 foi publicado em 10-3-06, não sendo exigível, conforme decidido na questão de ordem no AI 664.567, Pleno, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 6-9-07, a demonstração da existência de repercussão geral das questões constitucionais trazidas no recurso extraordinário.

A irresignação não merece prosperar, haja vista que os dispositivos constitucionais apontados como violados carecem do necessário prequestionamento, sendo certo que o acórdão proferido na apelação não cuidou das referidas normas, as quais, também, não foram objetos de embargos declaratórios. Incide na espécie as Súmulas 282 e 356 desta Corte.

O acórdão atacado se limitou a aplicar a legislação infraconstitucional pertinente ao caso. A alegada violação dos dispositivos constitucionais invocados seria, se ocorresse, indireta ou reflexa, o que não enseja reexame em recurso extraordinário. Nesse sentido, anote-se:

"*Agravo de instrumento – Alegação de ofensa ao postulado da motivação dos atos decisórios – Inocorrência – Ausência de ofensa direta à constituição – Recurso improvido.* O Supremo Tribunal Federal deixou assentado que, em regra, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário. Precedentes."

(AI 360.265-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Celso de Mello**, *DJ* de 20-9-02.)

Nego provimento ao agravo.

Insiste a Agravante na violação dos artigos constitucionais mencionados no recurso extraordinário. Aduz que "não pode a Agravante ser compelida a manter o Agravado em seu quadro de beneficiário ao arrepio do seu estatuto, das suas normas regulamentos e da própria lei" (fl. 76).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): É certo que não houve negativa de prestação jurisdicional ou inexistência de motivação no julgado recorrido, uma vez que a decisão está suficientemente motivada, não obstante contrária à pretensão da Recorrente, tendo o tribunal de origem justificado suas razões de decidir.

Ressalte-se que o referido art. 93, inciso IX, da Constituição Federal não exige que o órgão judicante manifeste-se sobre todos os argumentos de defesa apresentados, mas que fundamente as razões que entendeu suficientes à formação de seu convencimento. Sobre o tema, anotem-se os seguintes precedentes:

> *Processual penal. Agravo regimental em agravo de instrumento. Devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Ofensa reflexa ao texto constitucional. Art. 93, IX, da Constituição. Decisão suficientemente fundamentada. Análise de fatos e provas. Impossibilidade. Súmula 279 do STF. Agravo improvido.* I – A alegada violação aos postulados constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, em regra, configura ofensa reflexa ao texto constitucional. II – A exigência do art. 93, IX, da Constituição, não impõe seja a decisão exaustivamente fundamentada, bastando que o julgador informe, de forma clara e concisa, as razões de seu convencimento, tal como ocorreu no caso em tela. III – Necessidade do reexame do contexto fático probatório que envolve a matéria, o que é inadmissível em recurso extraordinário. Incidência da Súmula 279 do STF. IV – Agravo regimental improvido.
> (AI 653.010-AgR/DF, Primeira Turma, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 29-8-08.)

> *Agravo regimental. Ofensa ao art. 93, IX, da CF/88. Inexistência.* Acórdão recorrido que se encontra devidamente fundamentado, ainda que com sua fundamentação não concorde o ora Agravante. O órgão judicante não é obrigado a se manifestar sobre todas as teses apresentadas pela defesa, bastando que aponte fundamentadamente as razões de seu convencimento. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (RE 463.139-AgR/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, *DJ* de 3-2-06.)

O inconformismo não merece prosperar, uma vez que, além de o acórdão recorrido ter analisado apenas legislação infraconstitucional, a jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que as alegações de afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame de normas infraconstitucionais, podem configurar apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República, o que não enseja reexame em recurso extraordinário. Nesse sentido, anote-se:

> *Agravo regimental no recurso extraordinário. Cerceamento de defesa. Matéria infraconstitucional. Ofensa indireta.* 1. O acórdão que mantém o indeferimento de diligência probatória tida por desnecessária não ofende o artigo 5º, IV, da Constituição do Brasil. Precedentes. 2. As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame prévio de normas inferiores, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da constituição. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (RE 531.906-AgR/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. **Eros Grau**, *DJ* de 14-11-07.)

Processual penal. Agravo regimental no agravo de instrumento. Cerceamento de defesa. Matéria infraconstitucional ofensa indireta à Constituição. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que as alegações de afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, entre outros, configuram ofensa reflexa à constituição da república. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido.
(AI 643.654-AgR/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 22-6-07.)

Anoto, por fim, que o tema objeto deste processo, sendo o autor tutelado e neto do falecido, postulando a assistência médica conferida ao dependente, está claramente no plano infraconstitucional. Impertinente, portanto, o extraordinário.

Nego provimento ao agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

AI 668.393-AgR/SP — Relator: Ministro Menezes Direito. Agravante: Caixa Beneficente dos Funcionários do Banco do Estado de São Paulo – CABESP (Advogados: Antonio Manoel Leite e outros). Agravado: Ricardo Alex Jesus Brilhante Nogueira (Advogados: Armando Mendonça Junior e outros).

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento o Ministro Carlos Britto.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 16 de dezembro de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

PrSTF ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** Conhecimento. Parâmetro constitucional: ausência de alteração substancial. CF/88, art. 195, I, redação da EC 20/98. ADC 18-MC *RTJ* 210/50

PrSTF ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** Julgamento: preferência. Recurso extraordinário em curso: óbice inocorrente. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 138: inaplicabilidade. ADC 18-MC *RTJ* 210/50

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** *Amicus curiae*: indeferimento. Pedido após inclusão do processo em pauta de julgamento. ADI 4.071-AgR *RTJ* 210/207

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Indeferimento. Norma impugnada declarada constitucional pelo Plenário do STF: RE 377.457 e RE 381.964. Alterações de ordem jurídica, social ou econômica: inexistência. Lei 9.430/96, art. 56. Lei 9.868/99, art. 4º. ADI 4.071-AgR *RTJ* 210/207

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Perda do objeto: inocorrência. Declaração de inconstitucionalidade por Tribunal de Justiça. Recurso extraordinário pendente. ADI 3.773 *RTJ* 210/168

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Preliminar: rejeição. Constituição do Estado de São Paulo/89, art. 24, § 2º, 6: ausência de impugnação. Lei estadual 12.227/06/SP: fundamento diverso. ADI 3.773 *RTJ* 210/168

PrPn ***Ação penal.*** Crime contra a ordem tributária. Prescrição inocorrente. Termo inicial: lançamento definitivo do débito tributário. Lei 8.137/90, art. 1º. HC 94.096 *RTJ* 210/291

PrPn ***Ação penal.*** Crime contra a ordem tributária. Procedimento administrativo fiscal exaurido. Constituição definitiva do crédito tributário. Mandado de segurança sem efeito suspensivo. Lei 8.137/90, art. 1º, I. HC 95.578 *RTJ* 210/383

PrPn ***Ação penal.*** Prescrição inocorrente. Prescrição antecipada pela pena em perspectiva: ausência de previsão legal. Inq 2.728 *RTJ* 210/159

PrPn ***Ação penal.*** Tráfico de entorpecente. Crime praticado na vigência da Lei 6.368/76. Paciente dedicado à atividade criminosa. Causa de diminuição de pena prevista na Lei 11.343/06: inaplicabilidade. RHC 95.615 *RTJ* 210/391

PrPn ***Ação penal.*** Trancamento: descabimento. Justa causa. Crime em tese. Crime contra a ordem tributária. Procedimento administrativo fiscal exaurido. Constituição definitiva do crédito tributário. Lei 8.137/90, art. 1º. HC 94.852 *RTJ* 210/344

PrPn ***Ação penal.*** Trancamento: descabimento. Justa causa. Materialidade do crime e indícios de autoria. Homicídio qualificado. HC 94.272 *RTJ* 210/302

Int Ações cíveis em curso na Justiça brasileira: irrelevância. (...) ***Extradição.*** Ext 1.120 *RTJ* 210/97

PrSTF Acolhimento. (...) ***Proposta de súmula vinculante.*** PSV 1 *RTJ* 210/11

PrPn ***Acórdão criminal.*** Fatos descritos na denúncia. Enquadramento jurídico. *Emendatio libelli*. CPP/41, art. 383. Súmula 453: ofensa inocorrente. HC 95.660 *RTJ* 210/401

PrSTF Acórdão proferido pelo STF. (...) ***Reclamação.*** Rcl 6.352-AgR *RTJ* 210/236

Adm Admissibilidade. (...) ***Recurso administrativo.*** RE 170.145 *RTJ* 210/435

PrPn Advogado constituído: acesso às informações incorporadas aos autos. (...) ***Inquérito policial.*** HC 96.511 *RTJ* 210/413

Ct Alteração dos critérios de cálculo pelo TST: impossibilidade. (...) ***Precatório.*** Rcl 2.267 *RTJ* 210/134

PrSTF Alterações de ordem jurídica, social ou econômica: inexistência. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.071-AgR *RTJ* 210/207

PrSTF *Amicus curiae*: indeferimento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.071-AgR *RTJ* 210/207

Pn Antecedentes criminais: irrelevância. (...) ***Descaminho.*** HC 94.502 *RTJ* 210/328

Adm Anulação por decreto legislativo municipal: descabimento. (...) ***Servidor público.*** RE 486.748 *RTJ* 210/452

PrPn Apelação criminal. (...) ***Habeas corpus.*** HC 94.854 *RTJ* 210/353

PrCv Apreciação pelo Poder Judiciário: impossibilidade. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 25.588-AgR *RTJ* 210/241

Pn Apreensão e perícia da arma: prescindibilidade. (...) ***Roubo qualificado.*** HC 94.638 *RTJ* 210/334

Pn ***Arma de fogo.*** Porte ilegal: *abolitio criminis* temporária inocorrente. Prazo para regularização da autorização de porte. Possuidor e proprietário: prazo para registro ou entrega à Polícia Federal. Lei 10.826/03, arts. 14, 30 e 32. HC 94.213 *RTJ* 210/297

PrSTF Assistência médica conferida a dependente. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 668.393-AgR *RTJ* 210/501

Pn Atipicidade da conduta. (...) ***Descaminho.*** HC 94.502 *RTJ* 210/328

Adm Atividade jurídica há três anos: quarenta e cinco dias faltantes. (...) ***Concurso público.*** MS 26.681 *RTJ* 210/247

PrCv Ato do presidente da Câmara dos Deputados. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 25.588-AgR *RTJ* 210/241

Ct Atribuição. (...) ***Ministério Público estadual.*** ACO 1.233-AgR *RTJ* 210/108

Ct Atuação de procurador de justiça estadual: impossibilidade. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** MS 27.339 *RTJ* 210/267

PrCv Autos: devolução ao STJ. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 26.959 *RTJ* 210/259

B

Trbt Base de cálculo. (...) ***Contribuição social.*** ADC 18-MC *RTJ* 210/50

Pn Bem de pequeno valor. (...) ***Furto.*** HC 94.439 *RTJ* 210/321

Pn *Bis in idem*: inocorrência. (...) ***Pena.*** HC 94.903 *RTJ* 210/361

C

PrPn Cabimento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 94.638 *RTJ* 210/334 – HC 94.854 *RTJ* 210/353 – HC 94.903 *RTJ* 210/361

Int ***Carta rogatória.*** *Exequatur.* Participação de autoridade estrangeira: possibilidade. Interferência: impossibilidade. Cooperação internacional. Direção do processo: juiz federal brasileiro. HC 89.171 *RTJ* 210/274

Int ***Carta rogatória.*** *Exequatur*: concessão. Diligência. Prévia notificação: ausência. Risco de frustração da diligência. Direito de defesa: exercício diferido. Resolução 9/05-STJ. HC 89.171 *RTJ* 210/274

PrPn Causa de diminuição de pena prevista na Lei 11.343/06: inaplicabilidade. (...) ***Ação penal.*** RHC 95.615 *RTJ* 210/391

PrPn Cerceamento de defesa: inocorrência. (...) ***Inquérito policial.*** HC 96.511 *RTJ* 210/413

Adm CF/88, art. 5º, XXIV. (...) ***Desapropriação.*** RE 198.765 *RTJ* 210/439

Adm CF/88, art. 5º, XXXIV e LV. (...) ***Recurso administrativo.*** RE 170.145 *RTJ* 210/435

PrPn CF/88, arts. 5º, LXXVIII; e 93, IX. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 95.505 *RTJ* 210/376

Ct CF/88, art. 21, XIV. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 2.102 *RTJ* 210/126

Ct CF/88, art. 22, I. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.161-MC *RTJ* 210/232

Adm CF/88, art. 40, § 8º. (...) ***Proventos.*** RE 506.793 *RTJ* 210/477

Ct CF/88, arts. 75 e 130. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** MS 27.339 *RTJ* 210/267

Ct CF/88, art. 93, IX. (...) ***Decisão judicial.*** AI 668.393-AgR *RTJ* 210/501

Ct CF/88, art. 96, II, *b* e *d*: ofensa. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 3.773 *RTJ* 210/168

Ct CF/88, art. 102, I, *f*: inteligência. (...) ***Competência originária.*** ACO 1.233-AgR *RTJ* 210/108

PrSTF CF/88, art. 103-A. (...) ***Proposta de súmula vinculante.*** PSV 1 *RTJ* 210/11

Adm CF/88, art. 129, § 3º. (...) ***Concurso público.*** MS 26.681 *RTJ* 210/247

PrCv CF/88, art. 149, § 2º, I, redação da EC 33/01. (...) ***Medida cautelar.*** AC 1.890-MC *RTJ* 210/121

PrSTF CF/88, art. 195, I, redação da EC 20/98. (...) ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** ADC 18-MC *RTJ* 210/50

Trbt CF/88, art. 195, I, *b*. (...) ***Contribuição social.*** ADC 18-MC *RTJ* 210/50

PrPn Circunstâncias que não obstam a custódia. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 95.505 *RTJ* 210/376 – HC 96.769 *RTJ* 210/424

PrPn Citação pessoal do acusado: falta. (...) ***Interrogatório.*** HC 95.234 *RTJ* 210/372

PrSTF Coisa julgada: limites. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 668.393-AgR *RTJ* 210/501

Adm Comissão: proposta de pena diversa da demissão. (...) ***Processo administrativo disciplinar.*** RE 244.158 *RTJ* 210/444

Ct ***Competência legislativa.*** União Federal. Direito processual. Exigência de depósito recursal. Juizado Especial Cível. CF/88, art. 22, I. ADI 4.161-MC *RTJ* 210/232

Ct ***Competência legislativa.*** União Federal. Polícia Militar do Distrito Federal. Organização administrativa e regime jurídico. CF/88, art. 21, XIV. Lei distrital 1.481/97/DF: inconstitucionalidade. ADI 2.102 *RTJ* 210/126

Ct ***Competência originária.*** Supremo Tribunal Federal (STF). Conflito negativo de atribuições. Ministério Público Federal e Ministério Público estadual. CF/88, art. 102, I, *f*: inteligência. ACO 1.233-AgR *RTJ* 210/108

PrPn Complexidade da causa: pluralidade de réus e delitos. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 95.505 *RTJ* 210/376

PrPn Complexidade da causa e pluralidade de réus. (...) ***Inquérito.*** Inq 2.706-AgR *RTJ* 210/151

PrPn Concessão de ofício. (...) ***Habeas corpus.*** HC 94.025 *RTJ* 210/285 – HC 94.638 *RTJ* 210/334 – HC 94.854 *RTJ* 210/353 – RE 505.369 *RTJ* 210/472

Adm ***Concurso público.*** Ministério Público: ingresso. Inscrição definitiva. Prática forense: comprovação. Termo inicial: inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Atividade jurídica há três anos: quarenta e cinco dias faltantes. Peculiaridades do caso. CF/88, art. 129, § 3º. MS 26.681 *RTJ* 210/247

Adm ***Concurso público.*** Policial civil. Idoneidade moral: ausência. Suspensão condicional do processo penal – *sursis* processual: cumprimento de exigências. Livre circulação: impedimento. Princípio da não culpabilidade: ofensa inocorrente. Lei 9.099/95, art. 89. RE 568.030 *RTJ* 210/492

PrPn Condições subjetivas favoráveis. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 95.505 *RTJ* 210/376 – HC 96.769 *RTJ* 210/424

Ct Conflito negativo de atribuições. (...) ***Competência originária.*** ACO 1.233-AgR *RTJ* 210/108

PrSTF Conhecimento. (...) ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** ADC 18-MC *RTJ* 210/50

PrSTF Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. (...) ***Proposta de súmula vinculante.*** PSV 1 *RTJ* 210/11

PrPn Constituição definitiva do crédito tributário. (...) ***Ação penal.*** HC 94.852 *RTJ* 210/344 – HC 95.578 *RTJ* 210/383

PrSTF Constituição do Estado de São Paulo/89, art. 24, § 2º, 6: ausência de impugnação. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.773 *RTJ* 210/168

PrPn Constrangimento ilegal inocorrente. (...) ***Habeas corpus.*** HC 95.166 *RTJ* 210/368 – HC 95.505 *RTJ* 210/376

PrPn Constrangimento ilegal inocorrente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 96.511 *RTJ* 210/413

Adm Contraditório e ampla defesa: necessidade. (...) ***Policial militar.*** RE 369.085 *RTJ* 210/449

Trbt Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). (...) ***Contribuição social.*** ADC 18-MC *RTJ* 210/50

Trbt ***Contribuição social.*** Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Programa de Integração Social (PIS). Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP). Base de cálculo. Faturamento. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS): inclusão. Substituição tributária: inocorrência. Lei 9.718/98, art. 3º, § 2º, I. CF/88, art. 195, I, *b.* ADC 18-MC *RTJ* 210/50

Trbt ***Contribuição social.*** Isenção de Cofins: revogação pela Lei 9.430/96. Sociedade civil de profissão. Lei Complementar 70/91. AI 591.818-AgR *RTJ* 210/497

PrCv Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). (...) ***Medida cautelar.*** AC 1.890-MC *RTJ* 210/121

Adm Controle jurisdicional: impossibilidade. (...) ***Processo administrativo disciplinar.*** RE 244.158 *RTJ* 210/444

PrPn Conveniência da instrução criminal. (...) ***Inquérito.*** Inq 2.706-AgR *RTJ* 210/151

PrPn Conveniência da medida: elementos concretos nos autos. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 95.505 *RTJ* 210/376 – HC 96.769 *RTJ* 210/424

PrPn Conversão em *habeas corpus.* (...) ***Recurso em habeas corpus.*** RHC 95.615 *RTJ* 210/391

Int Cooperação internacional. (...) ***Carta rogatória.*** HC 89.171 *RTJ* 210/274

PrPn Corréus sem prerrogativa de foro e deputado federal. (...) ***Inquérito.*** Inq 2.706-AgR *RTJ* 210/151

Pn CP/40, art. 33. (...) ***Regime prisional.*** HC 94.025 *RTJ* 210/285

Pn CP/40, arts. 59 e 61, I. (...) ***Pena.*** HC 94.903 *RTJ* 210/361

PrPn CP/40, art. 109, VI. (...) ***Habeas corpus.*** RE 505.369 *RTJ* 210/472

Pn CP/40, art. 157, § 2º, I. (...) ***Roubo qualificado.*** HC 94.638 *RTJ* 210/334

PrCv CPC/73, art. 515, § 3º: inaplicabilidade. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 26.959 *RTJ* 210/259

PrPn CPP/41, art. 41. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.728 *RTJ* 210/159 – HC 94.272 *RTJ* 210/302

PrPn CPP/41, art. 80. (...) ***Inquérito.*** Inq 2.706-AgR *RTJ* 210/151

PrPn CPP/41, art. 312. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 94.854 *RTJ* 210/353 – HC 96.511 *RTJ* 210/413

PrPn CPP/41, arts. 360 e 563. (...) ***Interrogatório.*** HC 95.234 *RTJ* 210/372

PrPn CPP/41, art. 383. (...) ***Acórdão criminal.*** HC 95.660 *RTJ* 210/401

PrPn CPP/41, art. 408. (...) ***Júri.*** RE 540.999 *RTJ* 210/481

PrPn Crime contra a ordem tributária. (...) ***Ação penal.*** HC 94.096 *RTJ* 210/291 – HC 94.852 *RTJ* 210/344 – HC 95.578 *RTJ* 210/383

PrPn Crime de descaminho. (...) ***Habeas corpus.*** HC 94.502 *RTJ* 210/328

Int Crime de tráfico de pessoas. (...) ***Extradição.*** Ext 1.075 *RTJ* 210/92

PrPn Crime em tese. (...) ***Ação penal.*** HC 94.852 *RTJ* 210/344

Pn Crime hediondo. (...) ***Regime prisional.*** HC 94.025 *RTJ* 210/285

PrPn Crime praticado na vigência da Lei 6.368/76. (...) ***Ação penal.*** RHC 95.615 *RTJ* 210/391

Int Crimes contra a liberdade sexual. (...) ***Extradição.*** Ext 1.075 *RTJ* 210/92

Pn Critério trifásico. (...) ***Pena.*** HC 94.903 *RTJ* 210/361

D

PrPn Decisão de relator do STF: aplicação da Súmula 691. (...) ***Habeas corpus.*** HC 95.166 *RTJ* 210/368

PrPn Decisão de Tribunal de Justiça. (...) ***Habeas corpus.*** HC 94.391 *RTJ* 210/316

Ct Decisão desfavorável. (...) ***Decisão judicial.*** AI 668.393-AgR *RTJ* 210/501

Ct Decisão do juízo originário da causa com trânsito em julgado. (...) ***Precatório.*** Rcl 2.267 *RTJ* 210/134

Ct ***Decisão judicial.*** Fundamentação suficiente. Decisão desfavorável. Prestação jurisdicional: ocorrência. CF/88, art. 93, IX. AI 668.393-AgR *RTJ* 210/501

PrPn Decisão judicial: fundamentação. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 95.505 *RTJ* 210/376

Ct Decisão na ADI 1.662: descumprimento. (...) ***Precatório.*** Rcl 2.267 *RTJ* 210/134

PrSTF Declaração de inconstitucionalidade por Tribunal de Justiça. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.773 *RTJ* 210/168

Adm Decreto expropriatório municipal: possibilidade. (...) ***Desapropriação.*** RE 198.765 *RTJ* 210/439

PrPn Defensor: prerrogativa profissional. (...) ***Procedimento investigatório.*** PSV 1 *RTJ* 210/11

PrCv Definição jurisdicional: necessidade. (...) ***Mandado de segurança.*** RE 170.145 *RTJ* 210/435

Adm Demissão. (...) ***Processo administrativo disciplinar.*** RE 244.158 *RTJ* 210/444

Adm Demissão: previsão legal. (...) ***Processo administrativo disciplinar.*** RE 244.158 *RTJ* 210/444

PrPn Demora em julgamento de revisão criminal. (...) ***Habeas corpus.*** HC 94.391 *RTJ* 210/316

PrPn ***Denúncia.*** Inépcia inocorrente. Descrição suficiente do fato. Narração genérica: ausência. Direito de defesa: exercício. CPP/41, art. 41. HC 94.272 *RTJ* 210/302

PrPn ***Denúncia.*** Inépcia inocorrente. Descrição suficiente do fato e indícios de autoria. Tráfico de influência. CPP/41, art. 41. Inq 2.728 *RTJ* 210/159

PrCv Denúncia por crime de responsabilidade do presidente da República: não recebimento. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 25.588-AgR *RTJ* 210/241

Adm Depósito prévio do valor da multa: inexigibilidade. (...) ***Recurso administrativo.*** RE 170.145 *RTJ* 210/435

Adm ***Desapropriação.*** Utilidade pública. Represamento de água para usina. Relocação da população rural. Decreto expropriatório municipal: possibilidade. CF/88, art. 5º, XXIV. RE 198.765 *RTJ* 210/439

PrPn Descabimento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 94.025 *RTJ* 210/285 – HC 94.391 *RTJ* 210/316 – HC 95.166 *RTJ* 210/368 – HC 95.505 *RTJ* 210/376 – HC 96.769 *RTJ* 210/424

PrCv Descabimento. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 25.588-AgR *RTJ* 210/241

Pn ***Descaminho.*** Atipicidade da conduta. Antecedentes criminais: irrelevância. Princípio da insignificância: avaliação objetiva. HC 94.502 *RTJ* 210/328

PrPn Descrição suficiente do fato. (...) ***Denúncia.*** HC 94.272 *RTJ* 210/302

PrPn Descrição suficiente do fato e indícios de autoria. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.728 *RTJ* 210/159

PrPn Desmembramento. (...) ***Inquérito.*** Inq 2.706-AgR *RTJ* 210/151

Int Detração penal. (...) ***Extradição.*** Ext 1.075 *RTJ* 210/92

Int Diligência. (...) ***Carta rogatória.*** HC 89.171 *RTJ* 210/274

PrPn Diligência não concluída: restrição de acesso. (...) ***Inquérito policial.*** HC 96.511 *RTJ* 210/413

Int Direção do processo: juiz federal brasileiro. (...) ***Carta rogatória.*** HC 89.171 *RTJ* 210/274

PrPn Direito de defesa: exercício. (...) ***Denúncia.*** HC 94.272 *RTJ* 210/302

PrPn Direito de defesa: exercício. (...) ***Procedimento investigatório.*** PSV 1 *RTJ* 210/11

Int Direito de defesa: exercício diferido. (...) ***Carta rogatória.*** HC 89.171 *RTJ* 210/274

PrCv Direito indisponível: ausência. (...) ***Medida judicial.*** RE 496.718 *RTJ* 210/464

Ct Direito processual. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.161-MC *RTJ* 210/232

Int Dupla punibilidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.120 *RTJ* 210/97

Int Dupla tipicidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.075 *RTJ* 210/92 – Ext 1.120 *RTJ* 210/97

E

PrCv Efeito suspensivo a recurso extraordinário. (...) ***Medida cautelar.*** AC 1.756 *RTJ* 210/114 – AC 1.890-MC *RTJ* 210/121

PrSTF Embargos de declaração. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 591.818-AgR *RTJ* 210/497

PrPn *Emendatio libelli*. (...) ***Acórdão criminal.*** HC 95.660 *RTJ* 210/401

PrPn Enquadramento jurídico. (...) ***Acórdão criminal.*** HC 95.660 *RTJ* 210/401

Ct Erro material: ausência. (...) ***Precatório.*** Rcl 2.267 *RTJ* 210/134

Adm Estabilidade financeira. (...) ***Proventos.*** RE 506.793 *RTJ* 210/477

Adm Exame da proporcionalidade da pena: impossibilidade. (...) ***Processo administrativo disciplinar.*** RE 244.158 *RTJ* 210/444

Int Exame de mérito: impossibilidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.120 *RTJ* 210/97

PrPn Excesso de prazo: não configuração. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 95.505 *RTJ* 210/376 – HC 96.511 *RTJ* 210/413

Int *Exequatur.* (...) ***Carta rogatória.*** HC 89.171 *RTJ* 210/274

Int *Exequatur*: concessão. (...) ***Carta rogatória.*** HC 89.171 *RTJ* 210/274

Ct Exigência de depósito recursal. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.161-MC *RTJ* 210/232

PrPn Extinção da punibilidade. (...) ***Habeas corpus.*** RE 505.369 *RTJ* 210/472

Int ***Extradição.*** Ações cíveis em curso na Justiça brasileira: irrelevância. Extraditando representado judicialmente por advogado. Ext 1.120 *RTJ* 210/97

Int ***Extradição.*** Dupla tipicidade. Dupla punibilidade. Tráfico de entorpecente. Prescrição inocorrente. Promessa de reciprocidade da Alemanha. Ext 1.120 *RTJ* 210/97

Int ***Extradição.*** Exame de mérito: impossibilidade. Sistema de contenciosidade limitada. Ext 1.120 *RTJ* 210/97

Int ***Extradição.*** Extradição executória. Dupla tipicidade. Crimes contra a liberdade sexual. Prescrição inocorrente. Prisão preventiva cumprida no Brasil. Detração penal. Promessa de reciprocidade da Alemanha. Ext 1.075 *RTJ* 210/92

Int ***Extradição.*** Extradição executória: indeferimento. Crime de tráfico de pessoas. Prescrição. Ext 1.075 *RTJ* 210/92

Int ***Extradição.*** Possibilidade. Tratado: ausência. Promessa de reciprocidade. Ext 1.075 *RTJ* 210/92 – Ext 1.120 *RTJ* 210/97

Int Extradição executória. (...) ***Extradição.*** Ext 1.075 *RTJ* 210/92

Int Extradição executória: indeferimento. (...) ***Extradição.*** Ext 1.075 *RTJ* 210/92

Int Extraditando representado judicialmente por advogado. (...) ***Extradição.*** Ext 1.120 *RTJ* 210/97

F

PrSTF Falsidade de prova. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 540.999 *RTJ* 210/481

Pn Fato praticado no período de vigência da redação originária da Lei 8.072/90, art. 2º, § 1º. (...) ***Regime prisional.*** HC 94.025 *RTJ* 210/285

PrPn Fatos descritos na denúncia. (...) ***Acórdão criminal.*** HC 95.660 *RTJ* 210/401

Trbt Faturamento. (...) ***Contribuição social.*** ADC 18-MC *RTJ* 210/50

Pn Fixação. (...) ***Pena.*** HC 94.903 *RTJ* 210/361

PrPn Fixação da pena: erro material. (...) ***Habeas corpus.*** HC 94.638 *RTJ* 210/334

PrPn Flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia: inocorrência. (...) ***Habeas corpus.*** HC 95.505 *RTJ* 210/376

Ct Fundamentação suficiente. (...) ***Decisão judicial.*** AI 668.393-AgR *RTJ* 210/501

PrPn Fundamentação suficiente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 94.854 *RTJ* 210/353 – HC 96.511 *RTJ* 210/413

PrPn Fundamentação suficiente: materialidade do crime e indícios de autoria. (...) ***Júri.*** RE 540.999 *RTJ* 210/481

Pn ***Furto.*** Bem de pequeno valor. Reprovabilidade da conduta. Princípio da insignificância: inaplicabilidade. HC 94.439 *RTJ* 210/321

G

PrPn Garantia da ordem pública. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 96.511 *RTJ* 210/413

PrPn Garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 94.854 *RTJ* 210/353

Adm Gratificação complementar de remuneração paritária: extensão. (...) ***Proventos.*** RE 506.793 *RTJ* 210/477

PrPn Grupo de extermínio. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 96.511 *RTJ* 210/413

H

PrPn ***Habeas corpus.*** Cabimento. Sentença condenatória: trânsito em julgado. HC 94.638 *RTJ* 210/334

PrPn ***Habeas corpus.*** Cabimento. Sentença condenatória: trânsito em julgado. Matéria de direito. HC 94.903 *RTJ* 210/361

PrPn ***Habeas corpus.*** Concessão de ofício. Apelação criminal. Cabimento. Recolhimento à prisão: desnecessidade. HC 94.854 *RTJ* 210/353

PrPn ***Habeas corpus.*** Concessão de ofício. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva. Matéria de ordem pública. CP/40, art. 109, VI. RE 505.369 *RTJ* 210/472

PrPn ***Habeas corpus.*** Concessão de ofício. Fixação da pena: erro material. HC 94.638 *RTJ* 210/334

PrPn ***Habeas corpus.*** Concessão de ofício. Progressão de regime prisional: requisito temporal. HC 94.025 *RTJ* 210/285

PrPn ***Habeas corpus.*** Descabimento. Decisão de relator do STF: aplicação da Súmula 691. Rediscussão da matéria: impossibilidade. Constrangimento ilegal inocorrente. HC 95.166 *RTJ* 210/368

PrPn ***Habeas corpus.*** Descabimento. Decisão de Tribunal de Justiça. Incompetência do STF. HC 94.391 *RTJ* 210/316

PrPn ***Habeas corpus.*** Descabimento. Matéria de prova. HC 94.025 *RTJ* 210/285 – HC 94.391 *RTJ* 210/316 – HC 96.769 *RTJ* 210/424

PrPn ***Habeas corpus.*** Descabimento. Medida liminar indeferida por relator do STJ. Situação excepcional: ausência. Constrangimento ilegal inocorrente. Flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia: inocorrência. Súmula 691: inadmissibilidade de abrandamento. HC 95.505 *RTJ* 210/376

PrPn ***Habeas corpus.*** Descabimento. Medida liminar indeferida por relator do STJ. Súmula 691. HC 94.025 *RTJ* 210/285

PrPn ***Habeas corpus.*** Prejudicialidade. Demora em julgamento de revisão criminal. Julgamento realizado. HC 94.391 *RTJ* 210/316

PrPn ***Habeas corpus.*** Prejudicialidade. Prisão preventiva: pedido de revogação. Sentença condenatória superveniente. HC 96.769 *RTJ* 210/424

PrPn ***Habeas corpus.*** Questão não apreciada pelo STJ. Reclassificação do crime e exclusão da continuidade delitiva: impossibilidade. HC 95.578 *RTJ* 210/383

PrPn ***Habeas corpus.*** Questão não apreciada pelo STJ. Supressão de instância. Crime de descaminho. Lei 9.249/95, art. 34: pedido de aplicação analógica. HC 94.502 *RTJ* 210/328

PrPn ***Habeas corpus.*** Questão não apreciada pelo STJ. Supressão de instância. Injustiça na fixação da pena. HC 94.638 *RTJ* 210/334

PrPn ***Habeas corpus.*** Questão não apreciada pelo STJ. Supressão de instância. Nulidade processual. HC 96.769 *RTJ* 210/424

PrPn Homicídio qualificado. (...) ***Ação penal.*** HC 94.272 *RTJ* 210/302

I

Adm Idoneidade moral: ausência. (...) ***Concurso público.*** RE 568.030 *RTJ* 210/492

Trbt Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS): inclusão. (...) ***Contribuição social.*** ADC 18-MC *RTJ* 210/50

Ct Improbidade administrativa: contrato de permissão de uso. (...) ***Ministério Público estadual.*** ACO 1.233-AgR *RTJ* 210/108

PrPn *In dubio pro societate*. (...) ***Júri.*** RE 540.999 *RTJ* 210/481

PrPn Incompetência do STF. (...) ***Habeas corpus.*** HC 94.391 *RTJ* 210/316

PrSTF Indeferimento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.071-AgR *RTJ* 210/207

PrPn Inépcia inocorrente. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.728 *RTJ* 210/159 – HC 94.272 *RTJ* 210/302

Ct Iniciativa do governador. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 3.773 *RTJ* 210/168

PrPn Injustiça na fixação da pena. (...) ***Habeas corpus.*** HC 94.638 *RTJ* 210/334

PrPn ***Inquérito.*** Desmembramento. Complexidade da causa e pluralidade de réus. Corréus sem prerrogativa de foro e deputado federal. Conveniência da instrução criminal. CPP/41, art. 80. Inq 2.706-AgR *RTJ* 210/151

PrPn ***Inquérito policial.*** Sigilo. Advogado constituído: acesso às informações incorporadas aos autos. Diligência não concluída: restrição de acesso. Cerceamento de defesa: inocorrência. Súmula Vinculante 14. HC 96.511 *RTJ* 210/413

Adm Inscrição definitiva. (...) ***Concurso público.*** MS 26.681 *RTJ* 210/247

PrPn Intempestividade. (...) ***Recurso em habeas corpus.*** RHC 95.615 *RTJ* 210/391

Int Interferência: impossibilidade. (...) ***Carta rogatória.*** HC 89.171 *RTJ* 210/274

PrCv Internação compulsória de vítima de alcoolismo. (...) ***Medida judicial.*** RE 496.718 *RTJ* 210/464

PrPn ***Interrogatório.*** Réu preso. Citação pessoal do acusado: falta. Requisição para apresentação em juízo. Prejuízo à defesa: ausência. Legislação vigente à época do ato. Nulidade inocorrente. CPP/41, arts. 360 e 563. HC 95.234 *RTJ* 210/372

Trbt Isenção de Cofins: revogação pela Lei 9.430/96. (...) ***Contribuição social.*** AI 591.818-AgR *RTJ* 210/497

J

Ct Juizado Especial Cível. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.161-MC *RTJ* 210/232

PrSTF Julgamento: preferência. (...) ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** ADC 18-MC *RTJ* 210/50

PrPn Julgamento realizado. (...) ***Habeas corpus.*** HC 94.391 *RTJ* 210/316

PrSTF Juntada do acórdão paradigma: desnecessidade. (...) ***Reclamação.*** Rcl 6.352-AgR *RTJ* 210/236

PrPn ***Júri.*** Pronúncia. Fundamentação suficiente: materialidade do crime e indícios de autoria. Prova plena: inexigibilidade. *In dubio pro societate*. Princípio da não culpabilidade: ofensa inocorrente. CPP/41, art. 408. RE 540.999 *RTJ* 210/481

PrPn Justa causa. (...) ***Ação penal.*** HC 94.272 *RTJ* 210/302 – HC 94.852 *RTJ* 210/344

L

PrPn Legislação vigente à época do ato. (...) ***Interrogatório.*** HC 95.234 *RTJ* 210/372

PrSTF Legitimidade ativa. (...) ***Proposta de súmula vinculante.*** PSV 1 *RTJ* 210/11

PrCv Legitimidade ativa: Defensoria Pública. (...) ***Medida judicial.*** RE 496.718 *RTJ* 210/464

PrCv Legitimidade passiva. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 26.959 *RTJ* 210/259

PrPn Lei 8.137/90, art. 1º. (...) ***Ação penal.*** HC 94.096 *RTJ* 210/291 – HC 94.852 *RTJ* 210/344

PrPn Lei 8.137/90, art. 1º, I. (...) ***Ação penal.*** HC 95.578 *RTJ* 210/383

Adm Lei 9.099/95, art. 89. (...) ***Concurso público.*** RE 568.030 *RTJ* 210/492

PrPn Lei 9.249/95, art. 34: pedido de aplicação analógica. (...) ***Habeas corpus.*** HC 94.502 *RTJ* 210/328

PrSTF Lei 9.430/96, art. 56. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.071-AgR *RTJ* 210/207

Trbt Lei 9.718/98, art. 3º, § 2º, I. (...) ***Contribuição social.*** ADC 18-MC *RTJ* 210/50

PrSTF Lei 9.868/99, art. 4º. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.071-AgR *RTJ* 210/207

Pn Lei 10.826/03, arts. 14, 30 e 32. (...) ***Arma de fogo.*** HC 94.213 *RTJ* 210/297

PrSTF Lei 11.417/06. (...) ***Proposta de súmula vinculante.*** PSV 1 *RTJ* 210/11

Pn Lei 11.464/07: inaplicabilidade. (...) ***Regime prisional.*** HC 94.025 *RTJ* 210/285

Trbt Lei Complementar 70/91. (...) ***Contribuição social.*** AI 591.818-AgR *RTJ* 210/497

Pn Lei de Execução Penal (LEP), art. 112. (...) ***Regime prisional.*** HC 94.025 *RTJ* 210/285

Ct Lei distrital 1.481/97/DF: inconstitucionalidade. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 2.102 *RTJ* 210/126

PrSTF Lei estadual 12.227/06/SP: fundamento diverso. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.773 *RTJ* 210/168

Ct Lei estadual 12.227/06/SP: inconstitucionalidade. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 3.773 *RTJ* 210/168

Adm Licenciamento por conveniência. (...) ***Policial militar.*** RE 369.085 *RTJ* 210/449

Adm Livre circulação: impedimento. (...) ***Concurso público.*** RE 568.030 *RTJ* 210/492

M

PrCv ***Mandado de segurança.*** Descabimento. Ato do presidente da Câmara dos Deputados. Denúncia por crime de responsabilidade do presidente da República: não recebimento. Questão *interna corporis*. Apreciação pelo Poder Judiciário: impossibilidade. Princípio da independência e harmonia dos Poderes. MS 25.588-AgR *RTJ* 210/241

PrCv ***Mandado de segurança.*** Legitimidade passiva. Ministro da Defesa e comandante do Exército. Pensão de militar anistiado: desconto de imposto de renda. RMS 26.959 *RTJ* 210/259

PrCv ***Mandado de segurança.*** Prejudicialidade inocorrente. Medida liminar. Recurso administrativo: julgamento. Definição jurisdicional: necessidade. RE 170.145 *RTJ* 210/435

PrCv ***Mandado de segurança.*** Recurso ordinário. Autos: devolução ao STJ. CPC/73, art. 515, § 3º: inaplicabilidade. RMS 26.959 *RTJ* 210/259

PrPn Mandado de segurança sem efeito suspensivo. (...) ***Ação penal.*** HC 95.578 *RTJ* 210/383

PrPn Manutenção. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 95.505 *RTJ* 210/376 – HC 96.769 *RTJ* 210/424

PrSTF Matéria constitucional suscitada em embargos de declaração. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 486.748 *RTJ* 210/452

PrPn Matéria de direito. (...) ***Habeas corpus.*** HC 94.903 *RTJ* 210/361

Ct Matéria de iniciativa do Poder Judiciário. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 3.773 *RTJ* 210/168

PrPn Matéria de ordem pública. (...) ***Habeas corpus.*** RE 505.369 *RTJ* 210/472

PrPn Matéria de prova. (...) ***Habeas corpus.*** HC 94.025 *RTJ* 210/285 – HC 94.391 *RTJ* 210/316 – HC 96.769 *RTJ* 210/424

PrSTF Matéria de prova. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 540.999 *RTJ* 210/481

PrSTF Matéria infraconstitucional. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 540.999 *RTJ* 210/481 – AI 668.393-AgR *RTJ* 210/501

PrPn Materialidade do crime e indícios de autoria. (...) ***Ação penal.*** HC 94.272 *RTJ* 210/302

Pn Maus antecedentes e reincidência: fatos diversos. (...) ***Pena.*** HC 94.903 *RTJ* 210/361

PrCv ***Medida cautelar.*** Efeito suspensivo a recurso extraordinário. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Receita e lucro decorrentes de exportação. *Periculum in mora* e *fumus boni iuris*. CF/88, art. 149, § 2º, I, redação da EC 33/01. AC 1.890-MC *RTJ* 210/121

PrCv ***Medida cautelar.*** Referendo. Efeito suspensivo a recurso extraordinário. Prescrição da pretensão punitiva e poderes de investigação do MP. *Periculum in mora* e *fumus boni iuris*. AC 1.756 *RTJ* 210/114

PrCv ***Medida judicial.*** Internação compulsória de vítima de alcoolismo. Ministério Público: ilegitimidade. Direito indisponível: ausência. Legitimidade ativa: Defensoria Pública. RE 496.718 *RTJ* 210/464

PrCv Medida liminar. (...) ***Mandado de segurança.*** RE 170.145 *RTJ* 210/435

PrPn Medida liminar indeferida por relator do STJ. (...) ***Habeas corpus.*** HC 94.025 *RTJ* 210/285 – HC 95.505 *RTJ* 210/376

Adm Mérito do ato. (...) ***Processo administrativo disciplinar.*** RE 244.158 *RTJ* 210/444

PrCv Ministério Público: ilegitimidade. (...) ***Medida judicial.*** RE 496.718 *RTJ* 210/464

Adm Ministério Público: ingresso. (...) ***Concurso público.*** MS 26.681 *RTJ* 210/247

Ct Ministério Público especial: legitimidade. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** MS 27.339 *RTJ* 210/267

Ct ***Ministério Público estadual.*** Atribuição. Sociedade de economia mista federal. Improbidade administrativa: contrato de permissão de uso. ACO 1.233-AgR *RTJ* 210/108

Ct Ministério Público Federal e Ministério Público estadual. (...) ***Competência originária.*** ACO 1.233-AgR *RTJ* 210/108

PrCv Ministro da Defesa e comandante do Exército. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 26.959 *RTJ* 210/259

N

PrPn Narração genérica: ausência. (...) ***Denúncia.*** HC 94.272 *RTJ* 210/302

PrSTF Norma impugnada declarada constitucional pelo Plenário do STF: RE 377.457 e RE 381.964. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.071-AgR *RTJ* 210/207

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Interrogatório.*** HC 95.234 *RTJ* 210/372

PrPn Nulidade processual. (...) ***Habeas corpus.*** HC 96.769 *RTJ* 210/424

O

PrSTF Ofensa indireta. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 540.999 *RTJ* 210/481 – AI 668.393-AgR *RTJ* 210/501

Ct Organização administrativa e regime jurídico. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 2.102 *RTJ* 210/126

P

PrPn Paciente dedicado à atividade criminosa. (...) ***Ação penal.*** RHC 95.615 *RTJ* 210/391

PrSTF Parâmetro constitucional: ausência de alteração substancial. (...) ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** ADC 18-MC *RTJ* 210/50

Int Participação de autoridade estrangeira: possibilidade. (...) ***Carta rogatória.*** HC 89.171 *RTJ* 210/274

Adm Peculiaridades do caso. (...) ***Concurso público.*** MS 26.681 *RTJ* 210/247

PrSTF Pedido após inclusão do processo em pauta de julgamento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.071-AgR *RTJ* 210/207

Adm Pedido inicial: ausência. (...) ***Processo administrativo disciplinar.*** RE 244.158 *RTJ* 210/444

Pn ***Pena.*** Fixação. Critério trifásico. Maus antecedentes e reincidência: fatos diversos. *Bis in idem*: inocorrência. CP/40, arts. 59 e 61, I. HC 94.903 *RTJ* 210/361

PrCv Pensão de militar anistiado: desconto de imposto de renda. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 26.959 *RTJ* 210/259

PrSTF Perda do objeto: inocorrência. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.773 *RTJ* 210/168

PrCv *Periculum in mora* e *fumus boni iuris*. (...) ***Medida cautelar.*** AC 1.756 *RTJ* 210/114 – AC 1.890-MC *RTJ* 210/121

Ct Polícia Militar do Distrito Federal. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 2.102 *RTJ* 210/126

Adm Policial civil. (...) ***Concurso público.*** RE 568.030 *RTJ* 210/492

Adm ***Policial militar.*** Praça não estável. Licenciamento por conveniência. Contraditório e ampla defesa: necessidade. RE 369.085 *RTJ* 210/449

Adm Policial militar. (...) ***Processo administrativo disciplinar.*** RE 244.158 *RTJ* 210/444

Pn Porte ilegal: *abolitio criminis* temporária inocorrente. (...) ***Arma de fogo.*** HC 94.213 *RTJ* 210/297

Int Possibilidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.075 *RTJ* 210/92 – Ext 1.120 *RTJ* 210/97

Pn Possuidor e proprietário: prazo para registro ou entrega à Polícia Federal. (...) ***Arma de fogo.*** HC 94.213 *RTJ* 210/297

Adm Praça não estável. (...) ***Policial militar.*** RE 369.085 *RTJ* 210/449

Adm Prática forense: comprovação. (...) ***Concurso público.*** MS 26.681 *RTJ* 210/247

Pn Prazo para regularização da autorização de porte. (...) ***Arma de fogo.*** HC 94.213 *RTJ* 210/297

Ct ***Precatório.*** Decisão do juízo originário da causa com trânsito em julgado. Erro material: ausência. Alteração dos critérios de cálculo pelo TST: impossibilidade. Decisão na ADI 1.662: descumprimento. Rcl 2.267 *RTJ* 210/134

PrPn Prejudicialidade. (...) ***Habeas corpus.*** HC 94.391 *RTJ* 210/316 – HC 96.769 *RTJ* 210/424

PrCv Prejudicialidade inocorrente. (...) ***Mandado de segurança.*** RE 170.145 *RTJ* 210/435

PrPn Prejuízo à defesa: ausência. (...) ***Interrogatório.*** HC 95.234 *RTJ* 210/372

PrSTF Preliminar: rejeição. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.773 *RTJ* 210/168

PrSTF Prequestionamento. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 486.748 *RTJ* 210/452 – AI 591.818-AgR *RTJ* 210/497

PrSTF Prequestionamento: ausência. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 505.369 *RTJ* 210/472

Int	Prescrição. (...) ***Extradição.*** Ext 1.075 *RTJ* 210/92
PrPn	Prescrição antecipada pela pena em perspectiva: ausência de previsão legal. (...) ***Ação penal.*** Inq 2.728 *RTJ* 210/159
PrPn	Prescrição da pretensão punitiva. (...) ***Habeas corpus.*** RE 505.369 *RTJ* 210/472
PrCv	Prescrição da pretensão punitiva e poderes de investigação do MP. (...) ***Medida cautelar.*** AC 1.756 *RTJ* 210/114
PrPn	Prescrição inocorrente. (...) ***Ação penal.*** Inq 2.728 *RTJ* 210/159 – HC 94.096 *RTJ* 210/291
Int	Prescrição inocorrente. (...) ***Extradição.*** Ext 1.075 *RTJ* 210/92 – Ext 1.120 *RTJ* 210/97
Ct	Prestação jurisdicional: ocorrência. (...) ***Decisão judicial.*** AI 668.393-AgR *RTJ* 210/501
Int	Prévia notificação: ausência. (...) ***Carta rogatória.*** HC 89.171 *RTJ* 210/274
PrPn	Princípio da fungibilidade. (...) ***Recurso em habeas corpus.*** RHC 95.615 *RTJ* 210/391
PrSTF	Princípio da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal e da motivação das decisões judiciais. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 540.999 *RTJ* 210/481
PrCv	Princípio da independência e harmonia dos Poderes. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 25.588-AgR *RTJ* 210/241
Pn	Princípio da insignificância: avaliação objetiva. (...) ***Descaminho.*** HC 94.502 *RTJ* 210/328
Pn	Princípio da insignificância: inaplicabilidade. (...) ***Furto.*** HC 94.439 *RTJ* 210/321
PrSTF	Princípio da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 668.393-AgR *RTJ* 210/501
Adm	Princípio da não culpabilidade: ofensa inocorrente. (...) ***Concurso público.*** RE 568.030 *RTJ* 210/492
PrPn	Princípio da não culpabilidade: ofensa inocorrente. (...) ***Júri.*** RE 540.999 *RTJ* 210/481
PrPn	Princípio da razoável duração do processo: ofensa inocorrente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 95.505 *RTJ* 210/376
PrPn	***Prisão preventiva.*** Excesso de prazo: não configuração. Complexidade da causa: pluralidade de réus e delitos. Princípio da razoável duração do processo: ofensa inocorrente. Decisão judicial: fundamentação. CF/88, arts. 5º, LXXVIII; e 93, IX. HC 95.505 *RTJ* 210/376

PrPn ***Prisão preventiva.*** Excesso de prazo: não configuração. Responsabilidade da defesa. Constrangimento ilegal inocorrente. HC 96.511 *RTJ* 210/413

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação suficiente. Garantia da ordem pública. Grupo de extermínio. CPP/41, art. 312. HC 96.511 *RTJ* 210/413

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação suficiente. Garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Réu não localizado. CPP/41, art. 312. HC 94.854 *RTJ* 210/353

PrPn ***Prisão preventiva.*** Manutenção. Condições subjetivas favoráveis. Circunstâncias que não obstam a custódia. Conveniência da medida: elementos concretos nos autos. HC 95.505 *RTJ* 210/376 – HC 96.769 *RTJ* 210/424

PrPn Prisão preventiva: pedido de revogação. (...) ***Habeas corpus.*** HC 96.769 *RTJ* 210/424

Int Prisão preventiva cumprida no Brasil. (...) ***Extradição.*** Ext 1.075 *RTJ* 210/92

PrPn Procedimento administrativo fiscal exaurido. (...) ***Ação penal.*** HC 94.852 *RTJ* 210/344 – HC 95.578 *RTJ* 210/383

PrPn ***Procedimento investigatório.*** Prova: elementos documentados. Direito de defesa: exercício. Defensor: prerrogativa profissional. Súmula Vinculante 14. PSV 1 *RTJ* 210/11

Adm ***Processo administrativo disciplinar.*** Policial militar. Comissão: proposta de pena diversa da demissão. Demissão: previsão legal. Controle jurisdicional: impossibilidade. Mérito do ato. RE 244.158 *RTJ* 210/444

Adm ***Processo administrativo disciplinar.*** Policial militar. Demissão. Exame da proporcionalidade da pena: impossibilidade. Pedido inicial: ausência. RE 244.158 *RTJ* 210/444

Ct ***Processo legislativo.*** Matéria de iniciativa do Poder Judiciário. Serventia judicial e extrajudicial. Iniciativa do governador. CF/88, art. 96, II, *b* e *d*: ofensa. Lei estadual 12.227/06/SP: inconstitucionalidade. ADI 3.773 *RTJ* 210/168

Adm Programa de Demissão Voluntária (PDV): instituição por lei estadual. (...) ***Servidor público.*** RE 486.748 *RTJ* 210/452

Trbt Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP). (...) ***Contribuição social.*** ADC 18-MC *RTJ* 210/50

Trbt Programa de Integração Social (PIS). (...) ***Contribuição social.*** ADC 18-MC *RTJ* 210/50

Pn Progressão: possibilidade. (...) ***Regime prisional.*** HC 94.025 *RTJ* 210/285

PrPn Progressão de regime prisional: requisito temporal. (...) ***Habeas corpus.*** HC 94.025 *RTJ* 210/285

Int Promessa de reciprocidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.075 *RTJ* 210/92 – Ext 1.120 *RTJ* 210/97

Int Promessa de reciprocidade da Alemanha. (...) ***Extradição.*** Ext 1.075 *RTJ* 210/92 – Ext 1.120 *RTJ* 210/97

PrPn Pronúncia. (...) ***Júri.*** RE 540.999 *RTJ* 210/481

PrSTF ***Proposta de súmula vinculante.*** Acolhimento. Legitimidade ativa. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Lei 11.417/06. CF/88, art. 103-A. PSV 1 *RTJ* 210/11

PrPn Prova: elementos documentados. (...) ***Procedimento investigatório.*** PSV 1 *RTJ* 210/11

PrPn Prova plena: inexigibilidade. (...) ***Júri.*** RE 540.999 *RTJ* 210/481

Adm ***Proventos.*** Servidor público estadual. Estabilidade financeira. Gratificação complementar de remuneração paritária: extensão. CF/88, art. 40, § 8º. RE 506.793 *RTJ* 210/477

Q

PrSTF Questão constitucional surgida no acórdão recorrido. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 591.818-AgR *RTJ* 210/497

PrCv Questão *interna corporis*. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 25.588-AgR *RTJ* 210/241

PrPn Questão não apreciada pelo STJ. (...) ***Habeas corpus.*** HC 94.502 *RTJ* 210/328 – HC 94.638 *RTJ* 210/334 – HC 95.578 *RTJ* 210/383 – HC 96.769 *RTJ* 210/424

R

PrCv Receita e lucro decorrentes de exportação. (...) ***Medida cautelar.*** AC 1.890-MC *RTJ* 210/121

PrSTF ***Reclamação.*** Juntada do acórdão paradigma: desnecessidade. Acórdão proferido pelo STF. Rcl 6.352-AgR *RTJ* 210/236

PrPn Reclassificação do crime e exclusão da continuidade delitiva: impossibilidade. (...) ***Habeas corpus.*** HC 95.578 *RTJ* 210/383

PrPn Recolhimento à prisão: desnecessidade. (...) ***Habeas corpus.*** HC 94.854 *RTJ* 210/353

Adm ***Recurso administrativo.*** Admissibilidade. Depósito prévio do valor da multa: inexigibilidade. CF/88, art. 5º, XXXIV e LV. RE 170.145 *RTJ* 210/435

PrCv Recurso administrativo: julgamento. (...) ***Mandado de segurança.*** RE 170.145 *RTJ* 210/435

PrPn ***Recurso em habeas corpus.*** Intempestividade. Conversão em *habeas corpus*. Princípio da fungibilidade. RHC 95.615 *RTJ* 210/391

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Matéria de prova. Falsidade de prova. Súmula 279. RE 540.999 *RTJ* 210/481

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Matéria infraconstitucional. Assistência médica conferida a dependente. AI 668.393-AgR *RTJ* 210/501

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Matéria infraconstitucional. Ofensa indireta. Coisa julgada: limites. Princípio da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. AI 668.393-AgR *RTJ* 210/501

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Matéria infraconstitucional. Ofensa indireta. Princípio da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal e da motivação das decisões judiciais. RE 540.999 *RTJ* 210/481

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Prequestionamento. Matéria constitucional suscitada em embargos de declaração. RE 486.748 *RTJ* 210/452

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Prequestionamento. Questão constitucional surgida no acórdão recorrido. Embargos de declaração. AI 591.818-AgR *RTJ* 210/497

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Prequestionamento: ausência. Súmulas 282 e 356. RE 505.369 *RTJ* 210/472

PrSTF Recurso extraordinário em curso: óbice inocorrente. (...) ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** ADC 18-MC *RTJ* 210/50

PrSTF Recurso extraordinário pendente. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.773 *RTJ* 210/168

PrCv Recurso ordinário. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 26.959 *RTJ* 210/259

PrPn Rediscussão da matéria: impossibilidade. (...) ***Habeas corpus.*** HC 95.166 *RTJ* 210/368

PrCv Referendo. (...) ***Medida cautelar.*** AC 1.756 *RTJ* 210/114

Pn ***Regime prisional.*** Progressão: possibilidade. Crime hediondo. Fato praticado no período de vigência da redação originária da Lei 8.072/90, art. 2º, § 1º. Sistema jurídico mais benéfico. Lei 11.464/07: inaplicabilidade. Lei de Execução Penal (LEP), art. 112. CP/40, art. 33. HC 94.025 *RTJ* 210/285

PrSTF Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 138: inaplicabilidade. (...) ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** ADC 18-MC *RTJ* 210/50

Adm Reintegração: impossibilidade. (...) ***Servidor público.*** RE 486.748 *RTJ* 210/452

Adm Relocação da população rural. (...) ***Desapropriação.*** RE 198.765 *RTJ* 210/439

Adm Represamento de água para usina. (...) ***Desapropriação.*** RE 198.765 *RTJ* 210/439

Pn Reprovabilidade da conduta. (...) ***Furto.*** HC 94.439 *RTJ* 210/321

PrPn Requisição para apresentação em juízo. (...) ***Interrogatório.*** HC 95.234 *RTJ* 210/372

Int Resolução 9/05-STJ. (...) ***Carta rogatória.*** HC 89.171 *RTJ* 210/274

PrPn Responsabilidade da defesa. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 96.511 *RTJ* 210/413

PrPn Réu não localizado. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 94.854 *RTJ* 210/353

PrPn Réu preso. (...) ***Interrogatório.*** HC 95.234 *RTJ* 210/372

Int Risco de frustração da diligência. (...) ***Carta rogatória.*** HC 89.171 *RTJ* 210/274

Pn ***Roubo qualificado.*** Uso de arma de fogo. Apreensão e perícia da arma: prescindibilidade. CP/40, art. 157, § 2º, I. HC 94.638 *RTJ* 210/334

S

PrPn Sentença condenatória: trânsito em julgado. (...) ***Habeas corpus.*** HC 94.638 *RTJ* 210/334 – HC 94.903 *RTJ* 210/361

PrPn Sentença condenatória superveniente. (...) ***Habeas corpus.*** HC 96.769 *RTJ* 210/424

Ct Serventia judicial e extrajudicial. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 3.773 *RTJ* 210/168

Adm ***Servidor público.*** Reintegração: impossibilidade. Programa de Demissão Voluntária (PDV): instituição por lei estadual. Anulação por decreto legislativo municipal: descabimento. RE 486.748 *RTJ* 210/452

Adm Servidor público estadual. (...) ***Proventos.*** RE 506.793 *RTJ* 210/477

PrPn Sigilo. (...) ***Inquérito policial.*** HC 96.511 *RTJ* 210/413

Int Sistema de contenciosidade limitada. (...) ***Extradição.*** Ext 1.120 *RTJ* 210/97

Pn Sistema jurídico mais benéfico. (...) ***Regime prisional.*** HC 94.025 *RTJ* 210/285

PrPn Situação excepcional: ausência. (...) ***Habeas corpus.*** HC 95.505 *RTJ* 210/376

Trbt Sociedade civil de profissão. (...) ***Contribuição social.*** AI 591.818-AgR *RTJ* 210/497

Ct Sociedade de economia mista federal. (...) ***Ministério Público estadual.*** ACO 1.233-AgR *RTJ* 210/108

Trbt Substituição tributária: inocorrência. (...) ***Contribuição social.*** ADC 18-MC *RTJ* 210/50

PrSTF Súmula 279. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 540.999 *RTJ* 210/481

PrSTF Súmulas 282 e 356. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 505.369 *RTJ* 210/472

PrPn Súmula 453: ofensa inocorrente. (...) ***Acórdão criminal.*** HC 95.660 *RTJ* 210/401

PrPn Súmula 691. (...) ***Habeas corpus.*** HC 94.025 *RTJ* 210/285

PrPn Súmula 691: inadmissibilidade de abrandamento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 95.505 *RTJ* 210/376

PrPn Súmula Vinculante 14. (...) ***Inquérito policial.*** HC 96.511 *RTJ* 210/413

PrPn Súmula Vinculante 14. (...) ***Procedimento investigatório.*** PSV 1 *RTJ* 210/11

Ct Supremo Tribunal Federal (STF). (...) ***Competência originária.*** ACO 1.233-AgR *RTJ* 210/108

PrPn Supressão de instância. (...) ***Habeas corpus.*** HC 94.502 *RTJ* 210/328 – HC 94.638 *RTJ* 210/334 – HC 96.769 *RTJ* 210/424

Adm Suspensão condicional do processo penal – *sursis* processual: cumprimento de exigências. (...) ***Concurso público.*** RE 568.030 *RTJ* 210/492

T

Adm Termo inicial: inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). (...) ***Concurso público.*** MS 26.681 *RTJ* 210/247

PrPn Termo inicial: lançamento definitivo do débito tributário. (...) ***Ação penal.*** HC 94.096 *RTJ* 210/291

PrPn Tráfico de entorpecente. (...) ***Ação penal.*** RHC 95.615 *RTJ* 210/391

Int Tráfico de entorpecente. (...) ***Extradição.*** Ext 1.120 *RTJ* 210/97

PrPn Tráfico de influência. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.728 *RTJ* 210/159

PrPn Trancamento: descabimento. (...) ***Ação penal.*** HC 94.272 *RTJ* 210/302 – HC 94.852 *RTJ* 210/344

Int Tratado: ausência. (...) ***Extradição.*** Ext 1.075 *RTJ* 210/92 – Ext 1.120 *RTJ* 210/97

Ct ***Tribunal de Contas estadual.*** Atuação de procurador de justiça estadual: impossibilidade. Ministério Público especial: legitimidade. CF/88, arts. 75 e 130. MS 27.339 *RTJ* 210/267

U

Ct União Federal. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 2.102 *RTJ* 210/126 – ADI 4.161-MC *RTJ* 210/232

Pn Uso de arma de fogo. (...) ***Roubo qualificado.*** HC 94.638 *RTJ* 210/334

Adm Utilidade pública. (...) ***Desapropriação.*** RE 198.765 *RTJ* 210/439

ÍNDICE NUMÉRICO

ACÓRDÃOS

1	(PSV)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/11
18	(ADC-MC)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/50
1.075	(Ext)	Rel. p/ o ac.: Min. Menezes Direito	210/92
1.120	(Ext)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/97
1.233	(ACO-AgR)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/108
1.756	(AC)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/114
1.890	(AC-MC)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/121
2.102	(ADI)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/126
2.267	(Rcl)	Rel. p/ o ac.: Min. Menezes Direito	210/134
2.706	(Inq-AgR)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/151
2.728	(Inq)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/159
3.773	(ADI)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/168
4.071	(ADI-AgR)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/207
4.161	(ADI-MC)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/232
6.352	(Rcl-AgR)	Rel. p/ o ac.: Min. Menezes Direito	210/236
25.588	(MS-AgR)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/241
26.681	(MS)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/247
26.959	(RMS)	Rel. p/ o ac.: Min. Menezes Direito	210/259
27.339	(MS)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/267
89.171	(HC)	Rel. p/ o ac.: Min. Menezes Direito	210/274
94.025	(HC)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/285
94.096	(HC)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/291
94.213	(HC)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/297
94.272	(HC)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/302
94.391	(HC)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/316
94.439	(HC)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/321

94.502	(HC)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/328
94.638	(HC)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/334
94.852	(HC)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/344
94.854	(HC)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/353
94.903	(HC)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/361
95.166	(HC)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/368
95.234	(HC)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/372
95.505	(HC)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/376
95.578	(HC)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/383
95.615	(RHC)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/391
95.660	(HC)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/401
96.511	(HC)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/413
96.769	(HC)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/424
170.145	(RE)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/435
198.765	(RE)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/439
244.158	(RE)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/444
369.085	(RE)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/449
486.748	(RE)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/452
496.718	(RE)	Rel. p/ o ac.: Min. Menezes Direito	210/464
505.369	(RE)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/472
506.793	(RE)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/477
540.999	(RE)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/481
568.030	(RE)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/492
591.818	(AI-AgR)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/497
668.393	(AI-AgR)	Rel.: Min. Menezes Direito	210/501