Revista Trimestral de Jurisprudência

volume 214
outubro a dezembro de 2010

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: Eduardo Franco Dias

Capa: Núcleo de Programação Visual

(Supremo Tribunal Federal — Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal)

Revista Trimestral de Jurisprudência / Supremo Tribunal Federal. – V. 1, n. 1 (abr./jun. 1957) - . – Brasília : STF, 1957- .

v. ; 22 x 16 cm.
Trimestral.
Título varia: RTJ.
Repositório Oficial de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.
Nome do editor varia: Imprensa Nacional / Supremo Tribunal Federal, 1957 a 2001; Editora Brasília Jurídica, 2002 a 2006; Supremo Tribunal Federal, 2007- .
Disponível também em formato eletrônico a partir de abr. 1957: http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/pesquisarIndiceRtj.asp.
ISSN 0035-0540.

1. Tribunal supremo, jurisprudência, Brasil. 2. Tribunal supremo, periódico, Brasil. I. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência. II. Título: RTJ.

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 Antonio CEZAR PELUSO (25-6-2003), Presidente
Ministro Carlos Augusto AYRES de Freitas BRITTO (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 GILMAR Ferreira MENDES (20-6-2002)
Ministro JOAQUIM Benedito BARBOSA Gomes (25-6-2003)
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 Enrique RICARDO LEWANDOWSKI, Presidente
Ministro MARCO AURÉLIO Mendes de Farias Mello
Ministra CÁRMEN LÚCIA Antunes Rocha
Ministro José Antonio DIAS TOFFOLI

SEGUNDA TURMA

Ministro GILMAR Ferreira MENDES, Presidente
Ministro José CELSO DE MELLO Filho
Ministra ELLEN GRACIE Northfleet
Ministro Carlos Augusto AYRES de Freitas BRITTO
Ministro JOAQUIM Benedito BARBOSA Gomes

PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Doutor ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS

COMPOSIÇÃO DAS COMISSÕES

COMISSÃO DE REGIMENTO

Ministro MARCO AURÉLIO
Ministro GILMAR MENDES
Ministra CÁRMEN LÚCIA
Ministro DIAS TOFFOLI – Suplente

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministra ELLEN GRACIE
Ministro AYRES BRITTO
Ministro JOAQUIM BARBOSA

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro CELSO DE MELLO
Ministro DIAS TOFFOLI

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro GILMAR MENDES
Ministro RICARDO LEWANDOWSKI

SUMÁRIO

Pág.

ACÓRDÃOS 9

ÍNDICE ALFABÉTICO 581

ÍNDICE NUMÉRICO 661

ACÓRDÃOS

EXTRADIÇÃO 1.170 — REPÚBLICA ARGENTINA

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Requerente: Governo da Argentina — Extraditando: Gustavo Francisco Bueno

Extradição. Documento de refugiado expedido pelo Alto Comissariado da ONU (ACNUR). Conare. Reconhecimento da condição de refugiado pelo Ministro da Justiça. Princípio do *non refoulement*. Indeferimento.

1. Pedido de extradição formulado pelo Governo da Argentina em desfavor do nacional argentino Gustavo Francisco Bueno pela suposta prática dos crimes de privação ilegítima da liberdade agravada e ameaças.

2. No momento da efetivação da referida prisão cautelar, apreendeu-se, em posse do extraditando, documento expedido pelo Alto Comissariado da ONU para Refugiados (ACNUR) dando conta de sua possível condição de refugiado.

3. O Presidente do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) atesta que o extraditando é um refugiado reconhecido pelo Governo brasileiro, conforme o documento 326, datado de 12-6-1989.

4. O fundamento jurídico para a concessão ou não do refúgio, anteriormente à Lei 9.474/1997, eram as recomendações do ACNUR e, portanto, o cotejo era formulado com base no amoldamento da situação concreta às referidas recomendações, resultando daí o deferimento ou não do pedido de refúgio.

5. O extraditando está acobertado pela sua condição de refugiado, devidamente comprovado pelo órgão competente – Conare –, e seu caso não se enquadra no rol das exceções autorizadoras da extradição de agente refugiado.

6. Parecer da Procuradoria-Geral da República pela extinção do feito sem resolução de mérito e pela imediata concessão de liberdade ao extraditando.

7. Extradição indeferida.

8. Prisão preventiva revogada.

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, declarar extinto o processo sem resolução de mérito e determinar a imediata expedição de alvará de soltura do extraditando, se por outro motivo não estiver preso, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 18 de março de 2010 — Ellen Gracie, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. O Ministério da Justiça encaminhou a esta Corte, por meio do Aviso 1.203, de 24-6-2009 (fl. 2), pedido de extradição (fl. 4) formulado pelo Governo da Argentina em desfavor do nacional argentino *Gustavo Francisco Bueno*.

O pedido, consubstanciado no Ofício 235, de 29-5-2009 (fl. 3), que encaminha a Nota Verbal 232, de 26-5-2009, da Embaixada da República Argentina (fl. 4), está fundado no art. IV do Tratado de Extradição firmado entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina em 15 de novembro de 1961, cuja promulgação se deu pelo Decreto 62.979, de 11 de julho de 1968. No mesmo pedido se informa sobre o cometimento dos crimes de privação ilegítima da liberdade agravada e ameaças, com fundamento no requerimento do Juizado Federal 4, de Rosário, e na ordem de prisão proferida por autoridade judiciária competente do Estado requerente, bem como nos dispositivos legais pertinentes (fls. 5/11).

2. A Procuradoria-Geral da República se manifestou no sentido da decretação da custódia preventiva para fins de extradição do nacional argentino (fls. 30/31).

3. Em 19 de agosto de 2009, decretei a prisão preventiva do extraditando (fls. 34/35), em atendimento ao pleito do Ministério Público Federal de fls. 30/31.

4. Ocorre que, no momento da efetivação da referida prisão cautelar, apreendeu-se, em posse de *Gustavo*, documento expedido pelo Alto Comissariado da ONU para Refugiados (ACNUR) dando conta de sua possível condição de refugiado.

5. Em razão desses fatos, e para confirmar a veracidade do documento, determinou-se às fls. 76/77 a expedição de ofícios ao Ministério da Justiça, Departamento da Polícia Federal e Alto Comissariado da ONU em Brasília.

6. Após a vinda das respostas, abriu-se vista à Procuradoria-Geral da República, a qual lançou parecer encartado nas fls. 187/191 no sentido da extinção sem resolução de mérito da presente extradição e da imediata concessão de liberdade ao extraditando.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. Tenho como corretos e precisos os argumentos lançados pelo *Parquet,* porquanto a situação do nacional argentino *Gustavo Francisco Bueno* não autoriza a extradição. Ademais, o *status* de refugiado do extraditando não restou infirmado.

2. Com efeito, o ofício de fl. 152 expedido pelo Presidente do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) é claro ao afirmar que o nacional argentino *Gustavo* é um refugiado reconhecido pelo Governo brasileiro, conforme o documento 326, datado de 12-6-1989, constante à fl. 153.

É interessante notar inexistirem nos autos os motivos determinantes do refúgio ao nacional argentino. Não vislumbrei qualquer manifestação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), tampouco do Conare, explicitando as razões pelas quais foi concedido o refúgio.

Também é oportuno reproduzir aquilo que o Presidente do Conare disse no ofício de fl. 152, ou seja, que os refúgios concedidos anteriormente à entrada em vigor da Lei 9.474/1997 eram frutos das recomendações expedidas pelo Acnur.

Assim sendo, depreendo que a concessão do *status* de refugiado, na hipótese em questão, deu-se de forma legal e isenta de qualquer mácula que a invalide.

O fundamento jurídico para a concessão ou não do refúgio, anteriormente à Lei 9.474/1997, eram as recomendações do Acnur e, portanto, o cotejo era formulado com base no amoldamento da situação concreta às referidas recomendações, resultando daí o deferimento ou não do pedido de refúgio.

3. Não se olvide que, mesmo detendo a condição de refugiado, existem hipóteses que autorizam a extradição, mas esse fato não passou despercebido pela percuciente análise da Procuradoria-Geral da República, da qual reproduzo a seguinte passagem:

> 9. É fato que, conforme o art. 33 da Lei n. 9.474/97, "(o) reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio" (grifo nosso).
>
> 10. Entretanto, a legislação em questão refere-se ao reconhecimento da condição de refugiado pelo Estado brasileiro, nos termos de seu art. 1º. De fato, dispõe o art. 4º desse diploma legal que:
>
> > "Art. 4º O reconhecimento da condição de refugiado, *nos termos das definições anteriores*, sujeitará seu beneficiário *ao preceituado nesta Lei*, sem prejuízo do disposto em instrumentos internacionais de que o Governo brasileiro seja parte, ratifique ou venha a aderir." (Grifo do MPF.)
>
> 11. Assim sendo, aplica-se ao extraditando, de forma direta, as normas da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e de seu Protocolo de

1967, promulgadas pelo Estado brasileiro por meio dos Decretos n. 50.215/61 e 70.946/72, respectivamente, com as modificações promovidas pelos Decretos n. 98.602/89 e 99.757/90, que retiraram as reservas geográficas e temporais anteriormente estabelecidas.

12. A Convenção de 1951 e seu Protocolo de 1967 não protegem do julgamento os refugiados e os solicitantes de refúgio que tenham cometido crimes, nem impedem a sua extradição. Entretanto, o art. 33 da Convenção abriga o chamado "princípio da não devolução", "(...) pedra angular do regime internacional de proteção dos refugiados, o qual proíbe o retorno forçado dos refugiados que os exponha a um risco de perseguição (...)".

13. Dispõe o citado art. 33(1) que:

> "Nenhum Estado Contratante poderá, por expulsão ou devolução, rechaçar de modo algum um refugiado nas fronteiras dos territórios onde sua vida ou sua liberdade estejam em perigo por causa de sua raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social, ou de suas opiniões políticas."

14. Conforme consta da Nota de Orientação sobre Extradição e Proteção Internacional de Refugiados, emitida pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR em abril de 2008, "(e)sta disposição é plenamente aplicável ao contexto da extradição, conforme a redação do artigo 33(1) da Convenção de 1951, que se refere à proibição da expulsão ou devolução ao utilizar as palavras 'rechaçar de modo algum'".

15. Contudo, a própria Convenção, no § 2º do art. 33, prevê exceções ao princípio da não devolução:

> "O benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que, por motivos sérios, seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país." (Grifo do MPF.)

16. Em relação ao parágrafo em questão, merece novamente destaque a Nota emitida pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR:

> "A aplicação deste dispositivo requer que o país de refúgio determine de forma individualizada que sejam cumpridos os seguintes critérios a respeito das exceções ao princípio de não devolução:
>
> (i) Para que se aplique a exceção de 'segurança do país', deve-se determinar que o refugiado constitui um perigo atual ou futuro para o país de acolhida. O perigo deve ser muito grave e não de nível menor, e deve constituir uma ameaça para a segurança nacional do país de acolhida.
>
> (ii) Para que se aplique a exceção da ameaça para a comunidade, o refugiado implicado não apenas tem que haver sido condenado de um crime muito grave, mas também é preciso determinar que, em vista do crime e da condenação, o refugiado constitui um perigo muito grave no presente e no futuro para a comunidade do país de acolhida. O fato de que uma pessoa tenha sido condenada por um delito de particular gravidade não necessariamente significa que a pessoa também reúna o requisito de 'ameaça para a comunidade'. Para determinar se este é o caso, deve-se considerar a natureza e as circunstâncias do delito em particular e outros fatores relevantes." (Grifo do MPF).

(Fls. 187-191.)

4. Tenho que tais exceções à extradição do agente refugiado não se fizeram presentes. Desvela-se, portanto, o princípio do *non refoulement*, o qual merece prestígio e acolhimento.

Na mesma linha de entendimento da Procuradoria-Geral da República, penso que não ficou demonstrada a existência de qualquer indício, menção ou prova no sentido de que o nacional argentino representou ou representa perigo para a República Federativa do Brasil e que tampouco foi prolatada sentença penal condenatória definitiva pelo Estado requerente.

5. Assim, não mais vislumbro a viabilidade do processamento da extradição justamente pela ausência de pressuposto válido ao desenvolvimento regular do feito.

O extraditando está acobertado pela sua condição de refugiado, devidamente comprovado pelo órgão competente – Conare –, e seu caso não se enquadra no rol das exceções autorizadoras da extradição de agente refugiado.

6. Ante o exposto, *declaro* extinto sem resolução de mérito o presente processo de extradição. Como corolário lógico, e na esteira da manifestação da douta Procuradoria-Geral da República, revogo a prisão preventiva outrora decretada nestes autos.

7. Expeça-se alvará de soltura, colocando-se em liberdade o nacional argentino *Gustavo Francisco Bueno*, se por outro motivo não estiver preso.

Comunique-se o resultado ao eminente Relator do HC 102.349/PA desta Suprema Corte.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

Ext 1.170/República Argentina — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Requerente: Governo da Argentina. Extraditando: Gustavo Francisco Bueno (Procurador: Defensor Público-Geral Federal).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, declarou extinto o processo sem resolução de mérito e determinou a imediata expedição de alvará de soltura do extraditando, se por outro motivo não estiver preso. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Gilmar Mendes (Presidente) e Marco Aurélio. Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente).

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

Brasília, 18 de março de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.698 — DF

Relatora: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Requerentes: Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Comunista do Brasil – PC do B e Partido Democrático Trabalhista – PDT — Requeridos: Presidente da República e Ministro de Estado da Educação

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão em relação ao disposto nos arts. 6º; 23, inciso V; 208, inciso I; e 214, inciso I, da Constituição da República. Alegada inércia atribuída ao Presidente da República para erradicar o analfabetismo no País e para implementar o ensino fundamental obrigatório e gratuito a todos os brasileiros.

1. Dados do recenseamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística demonstram redução do índice da população analfabeta, complementado pelo aumento da escolaridade de jovens e adultos.

2. Ausência de omissão por parte do chefe do Poder Executivo federal em razão do elevado número de programas governamentais para a área de educação.

3. A edição da Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e da Lei 10.172/2001 (aprova o Plano Nacional de Educação) demonstra atuação do poder público dando cumprimento à Constituição.

4. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente.

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 e nos termos do voto da Relatora, em julgar improcedente a ação direta, vencido o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente e impedido o Ministro Dias Toffoli. Ausentes, licenciado, o Ministro Celso de Mello e, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie.

Brasília, 25 de fevereiro de 2010 — Cármen Lúcia, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: 1. Em 29-10-1997, o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Comunista do Brasil (PC do B) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT), com fundamento nos arts. 102, inciso I, alíneas *a* e *p*, e 103, inciso VIII e § 2º, da Constituição da República, ajuizaram a presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

2. A omissão atribuída ao Presidente da República decorreria da inércia dessa autoridade, segundo os autores, em face do disposto nos arts. 6º; 23, inciso V; 208, inciso I; e 214, inciso I, da Constituição da República, que estabelecem "(...) **a necessidade de erradicação do analfabetismo no País e a garantia da oferta e implementação perene de ensino fundamental obrigatório e gratuito para todos os brasileiros, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria** (...)" (fl. 3 – grifos no original).

3. Os autores alegam que o Presidente da República "(...) não tem envidado qualquer esforço no sentido de garantir em plenitude (...)" (fl. 3) a educação de qualidade no Brasil.

Noticiam que, no País, o número de crianças fora das escolas ou que "(...) jamais foram apresentadas a qualquer tipo de transmissão de conhecimento" (fl. 4) seria de mais de 6 milhões de pessoas, enquanto o número de jovens e adultos analfabetos, segundo pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), seria superior a 32 milhões de cidadãos (dados contidos na petição inicial, datada de 1997).

Asseveram serem os dados citados suficientes para "(...) **declarar de forma pacífica e acertada, a omissão do Executivo Federal** (...) **em face da não efetivação dos princípios constitucionais atinentes à educação dos brasileiros** (...)" (grifos no original, fl. 6).

Salientam que, após a publicação da Lei 9.424/1996, que "dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, na forma prevista no art. 60, § 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias" (fl. 9), o Presidente da República teria vetado o inciso II do § 1º do art. 2º dessa lei, por "**entendê-lo contrário ao interesse público**" (grifos no original, fl. 10).

Aquela norma dispunha:

> Art. 2º Os recursos do Fundo serão aplicados na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público, e na valorização de seu Magistério.
>
> § 1º A distribuição dos recursos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, dar-se-á, entre o Governo Estadual e os Governos Municipais, na proporção do número de alunos matriculados anualmente nas escolas cadastradas das respectivas redes de ensino, considerando-se para esse fim:
>
> I – (...)
>
> II – as matrículas do ensino fundamental nos cursos de educação de jovens e adultos, na função de suplência.
>
> (Inciso vetado.)

Destacam os dados coletados pelo IBGE, publicados no Anuário Estatístico do Brasil do ano de 1995, que noticiam que, no ano de 1991, "na faixa etária de 15 a 70 anos, [havia] 15.405.311 analfabetos no meio urbano, ao passo que no meio rural, esse número chega, na mesma faixa etária, a 9.671.790, totalizando 25.077.101 pessoas" (fl. 15).

4. Pleiteiam "*não pela concessão da liminar, mas pela celeridade no pronunciamento judicial considerada a enorme importância da matéria para o futuro de milhares de brasileiros*" (fl. 22 – grifos no original).

Requerem a procedência desta ação, para "(...) declarar-se a inconstitucionalidade por omissão, por inércia do Senhor Presidente da República em não estar cumprindo o texto da Constituição no que pertine à oferta de educação à população e à erradicação do analfabetismo no país (...)" (fl. 23).

E pedem que se determine "(...) a adoção, no prazo de 30 dias, a teor do disposto no art. 103, § 2º da [Constituição da República], de medidas que visem à plena implementação desses postulados e princípios constitucionais" (fl. 23).

5. O Ministro da Educação e do Desporto – órgão que congregava as duas matérias naquela ocasião – prestou as informações solicitadas, em 28-10-1997, afirmando que o analfabetismo "(...) é um problema histórico, não é um mal que surgiu e pode ser derrotado no atual governo" (fl. 65).

Informou ter o Poder Executivo federal implantado políticas educacionais de curto, médio e longo prazo em todo o País e que "(...) o analfabetismo e o número de pessoas fora da escola estão sendo reduzidos em proporções animadoras (...)", não existindo, portanto, a alegada "(...) omissão por parte do Poder Executivo federal em face dos arts. 6º, 23, inciso V, 208, inciso I, além do expresso no art. 214, inciso I (...)" da Constituição da República (fl. 68).

6. O Advogado-Geral da União encaminhou informações que seriam devidas pelo Presidente da República, defendendo não haver omissão inconstitucional da autoridade, em especial pelo elevado número de Programas Governamentais para a área de educação (fls. 219-236).

7. O Ministro Octavio Gallotti, então Relator da ação, fez ouvir o Advogado-Geral da União, que lembrou a dispensa de sua intervenção nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão [questão de ordem na ADI 23-3/600/SP, devolvendo, por isso, os autos sem manifestação expressa (fl. 400)].

8. O Procurador-Geral da República, à sua vez, opinou pela improcedência da presente ação "(...) ante a edição da Lei 9.394/1996 que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, com dispositivos especificamente garantidores do ensino fundamental, como obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria (...)" (fl. 407).

É o relatório, do qual deverão ser encaminhadas cópias aos eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 9º da Lei 9.868/1999 e art. 87, inciso I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): 1. Os partidos políticos autores, valendo-se de dados do Anuário Estatístico do Brasil, de 1995, fonte o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), requereram a declaração de inconstitucionalidade em face de pretensa omissão do Presidente da República, ao

argumento de manter-se ele inerte quanto à adoção de medidas para a erradicação do analfabetismo no Brasil.

2. Tem-se a omissão inconstitucional quando a autoridade competente para adotar determinada providência, que torne eficaz direito constitucionalmente assegurado, deixa de agir na forma prevista no sistema.

Ao examinar os argumentos na ADI 19, decidiu o Ministro Aldir Passarinho que:

> A medida que alude o § 2º do art. 103 da [Constituição da República] e cuja omissão deve ser suprida, há de ser compreender como de caráter normativo e não referente à prática de ato em caso concreto.
> (*DJ* de 23-2-1989.)

Na lição de Canotilho, o "(...) conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples não fazer, a um simples conceito de negação. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de acção, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional." (CANOTILHO, José Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991. p. 1100.)

Os autores buscam, no presente caso, o reconhecimento de omissão por parte do Presidente da República, por entenderem não ter ele adotado "(...) medidas (...) para tornar efetiva norma constitucional (...)" (art. 103, § 2º, da Constituição da República), o que significaria admitir uma negativa aos direitos constitucionalmente assegurados, no caso específico, a educação.

3. O estudo do que nos autos se contém demonstra não ser o que ocorre no caso em pauta.

4. O Projeto de Lei 1.258-B, aprovado na Câmara Federal em 1993, deu origem à Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, na qual foram estabelecidas as "(...) diretrizes e bases da Educação Nacional".

Da leitura do art. 4º da Lei 9.394/1996 extrai-se a dimensão das garantias asseguradas para a erradicação do analfabetismo:

> Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:
> I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
> II – progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;
> III – atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino;
> IV – atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade;
> V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII – oferta de educação escolar regular para jovens e adultos, com características e modalidades adequadas às suas necessidades e disponibilidades, garantindo-se aos que forem trabalhadores as condições de acesso e permanência na escola;

VIII – atendimento ao educando, no ensino fundamental público, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde;

IX – padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem.

De se notar que, em 2001, sobreveio a Lei 10.172, que aprovou o plano nacional de educação, determinando um conjunto de providências visando, exatamente, dar cobro às exigências constitucionais de superação das enormes dificuldades que o Brasil tinha – e, deixe-se claro, ainda tem – com a garantia plena de educação de qualidade para todos.

5. Entre as políticas sociais adotadas para a implementação do quanto legalmente determinado, há uma gama, que não se pode ter como parca, de ações e programas propostos e implementados pelo Ministério da Educação priorizando a erradicação do analfabetismo e o acesso de todos à educação.

Entre eles, poderia ser mencionado, por exemplo, o "Programa Brasil Alfabetizado" que inclui "ampliação do período de alfabetização de seis para até oito meses; aumento de 50% nos recursos para a formação dos alfabetizadores; estabelecimento de um piso para o valor da bolsa paga ao alfabetizador, aumentando a quantidade de turmas em regiões com baixa densidade populacional e em comunidades populares de periferias urbanas; implantação de um sistema integrado de monitoramento e avaliação do programa; maior oportunidade de continuidade da escolarização de jovens e adultos, a partir do aumento de 42% para 68% do percentual dos recursos alocados para estados e municípios".

No sítio da Presidência da República, entre os "Principais Programas de Cidadania e Inclusão" do Governo Federal, tem-se o "Bolsa Família", cujo objetivo é a "(...) inclusão social das famílias em situação de pobreza e extrema pobreza por meio da transferência de renda e da promoção do acesso aos direitos sociais básicos de saúde e educação (...)".

6. Quando do ajuizamento da presente ação, os dados do IBGE informavam a existência de mais de 32 milhões de brasileiros que não sabiam ler ou escrever. Hoje, já não são mais esses os dados que vigoram, conquanto haja divergência entre eles.

Aquele instituto recenseou, no ano 2000, a existência de 14,6 milhões de analfabetos que, embora não seja número com o qual o País possa conviver sem adoção de drásticas medidas para extirpar tão grave mal, dando pleno cumprimento à Constituição, demonstra a atuação do Poder Público na reversão dos dados apresentados na petição inicial da ação. Entre essas políticas, tem-se a edição de normas que regulam as medidas para a erradicação do analfabetismo.

7. De outra parte, em 2004 foi lançado pelo Presidente da República o antes mencionado "Programa Brasil Alfabetizado", segundo o qual, a partir da constatação de que 65 milhões de pessoas não completaram o ensino fundamental no Brasil e que, entre estes, 33 milhões são analfabetos funcionais, isto é, pessoas com menos de quatro anos de estudos, foram adotadas providências para prover as necessidades destas pessoas no sentido de se completarem os períodos de estudo necessários à sua inclusão, em igualdade de condições, com os que dispõem de perfeito entendimento sobre os assuntos de seu interesse. Dentro desse contingente, 16 milhões de pessoas, com idade acima de 15 anos, são analfabetas. O Governo Federal criou, então, o "Programa Brasil Alfabetizado" para servir como porta de entrada e de integração à escola a todos os que estão fora do sistema de ensino. O "Brasil Alfabetizado" faz parcerias com Estados, Municípios, universidades, empresas privadas, organizações não governamentais, organismos internacionais e instituições civis como forma de potencializar o esforço nacional de combate ao analfabetismo. O programa, articulado à Educação de Jovens e Adultos (EJA), fortalece políticas que estimulam a continuidade nos estudos e a reinserção nos sistemas de ensino.

O sítio do Ministério da Educação, por sua vez, dá notícia de que "o Censo Escolar evidencia uma melhora significativa da educação brasileira. Ampliou-se, por exemplo, o acesso dos alunos da rede pública às novas tecnologias. Em 2003, 58,2% dos 7,9 milhões dos estudantes do ensino médio do sistema público frequentaram escolas com laboratórios de informática. Outros 53% estavam matriculados em estabelecimentos conectados à internet. Em 1999, quando a rede pública tinha 6,5 milhões de matrículas, esses índices eram de 46% e 14,2%, respectivamente. O Censo constatou, ainda, a melhoria em relação à infraestrutura básica, como energia elétrica, esgoto sanitário e abastecimento de água. Número de escolas: 207.234, sendo 208 federais; 33.718 estaduais; 137.793 municipais; e 35.515 particulares em 2005. Taxa de analfabetismo: 11,4% entre pessoas com 15 anos de idade ou mais em 2004 – Fontes: IBGE/Pnad e Ministério da Educação/Inep. Quantidade de matrículas: 56,6 milhões, na Educação Básica, em 2005."

É bem certo que, em setembro de 2007, notícia de uma pesquisa elaborada pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) sobre as taxas de analfabetismo na América Latina mostrou um quadro ainda gravíssimo no Brasil, posicionado em nono lugar entre os países com maior percentual de analfabetos.

Segundo tal pesquisa, a taxa de analfabetismo brasileiro (11,1%) é superior à média dos países da região (9,5%). O Brasil perderia para Haiti, Nicarágua, Guatemala, Honduras, El Salvador, República Dominicana, Bolívia e Jamaica em número de pessoas que não sabem ler nem escrever. O levantamento teria tomado como base estimativas da população de 15 anos ou mais em áreas urbanas da América Latina e do Caribe.

A comparação demonstrou, é certo, que o Brasil conseguiu reduzir sua população analfabeta: em 1995, ela estava em 15,3% da população urbana. Com isso avançou uma posição na lista dos países da região.

Por outro lado, países como Barbados, Chile, Argentina, Costa Rica, Guiana, Uruguai, Trinidad e Tobago, Cuba, Antilhas Holandesas e Bahamas mantêm as menores taxas da região, com até 5% da população urbana analfabeta.

A serem estes os dados que ainda predominam, é de se concluir que o Brasil tem muitíssimo a fazer em termos de compromisso constitucionalmente imposto de erradicar o analfabetismo, até mesmo para que os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, a sua liberdade, a igualdade de oportunidades possam ser efetivados.

Todavia, para os fins da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não há como se afirmar, aqui, ter havido inércia do Presidente da República de modo a se lhe imputar providência administrativa que ainda não tivesse sido por ele adotada e que poderia ser suprida pela procedência desta ação.

Até mesmo, por informações prestadas pelo Ministério da Educação, tem-se que:

> A União Federal, por meio do Ministério da Educação, tem atuado nas duas frentes. Desde 2003, foi instituído o Programa Brasil Alfabetizado, posteriormente formalizado na Lei 10.880, de 2004, que resultou da conversão da Medida Provisória n. 173, de 16 de março de 2004.
>
> Em 2007, a Lei 10.880 foi alterada, modificando-se o modelo de atuação do Programa Brasil Alfabetizado, a fim de privilegiar a atuação em regime de cooperação com Estados e Municípios. Os professores das redes públicas passaram a ter a oportunidade de colaborar com o trabalho de alfabetização de adultos, em lugar do antigo modelo baseado na atuação de organizações não governamentais. Essa política foi institucionalizada no Decreto n. 6.093, de 24 de abril de 2007.
>
> 3. Não bastasse isso, o Ministério da Educação vem tratando da questão em sua integral complexidade. É sabido que a alfabetização, isoladamente, representa apenas a porta de saída do analfabetismo. Não sendo complementada pela frequência à Educação de Jovens e Adultos (EJA), o indivíduo retorna à condição de analfabeto.
>
> Com o objetivo de atacar também esse aspecto do problema, por iniciativa do Poder Executivo, foi encaminhada ao Congresso Nacional proposta de emenda constitucional, promulgada como Emenda Constitucional n. 53, de dezembro de 2006, que instituiu o Fundo Nacional de Educação Básica (FUNDEB), prevendo o financiamento público para a Educação de Jovens e Adultos, o que permite que Municípios, Estados e Distrito Federal destinem recursos do Fundo, garantindo a continuidade dos estudos.
>
> A cooperação federativa que estrutura o Programa Brasil Alfabetizado resultou no repasse da integralidade dos recursos do programa, em 2007, aos Estados e Municípios (tabela 1), o que demonstra que se trata, portanto, de política pública articulada, também no plano do financiamento, para alfabetização e educação de jovens e adultos.
>
> 4. Acrescente-se, ainda, ter havido especial atenção com relação ao aspecto regional da distribuição de analfabetos. A edição 2007 do Programa, cumprindo a orientação contida no Decreto n. 6.093, de 2007, concentrou seus esforços no atendimento das populações do Nordeste, onde as taxas de analfabetismo nos Estados da região variam entre 18 e 26%. Nesta região estão mais de 80% das turmas do Programa, o que representará um ganho de efetividade na implementação do direito à educação.

5. Rebatendo aos argumentos apresentados na inicial, é possível também afirmar, com segurança, que a União Federal tem políticas voltadas para a educação básica, as quais têm contribuído para a expressiva redução do ingresso de jovens no universo do analfabetismo (gráfico 5). Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD), se em 1982, cerca de 55% das crianças de 8 anos eram analfabetas, em 2006 esse número reduziu-se para aproximadamente 15%. Para as crianças de 10 anos, a redução é de 32% para pouco mais de 5% em 2006. Em 1982, mais de 13% dos jovens de 15 anos eram analfabetos e em 2006 esse percentual foi reduzido para cerca de 1,5%.

As políticas em curso a partir do Plano de Desenvolvimento da Educação e os indicadores fornecidos pela PNAD apontam para a superação do analfabetismo no Brasil, combinando políticas de ampliação da oferta de alfabetização e educação de jovens e adultos, com especial atenção à região do Nordeste do país, e políticas de qualidade da educação básica, que já contam com a adesão dos sistemas de ensino.

6. Importa trazer alguns dados que apresentem o contraditório em relação aos números indicados na petição inicial. Dizem os autores, com base em publicação especializada, que em 1991 havia cerca de 15 milhões de analfabetos na faixa entre 15 e 70 anos, no meio urbano, e quase dez milhões na mesma faixa no meio rural, totalizando cerca de 25 milhões de analfabetos.

Os números apresentados nos quadros em anexo demonstram que essa taxa (a qual, na verdade, é inferior ao número apresentado, correspondendo a cerca de 16 milhões em 1992) vem caindo, nos últimos 15 anos (gráficos 2 e 3). Os dados da PNAD (gráfico 4) indicam que há crescente oferta de cursos de alfabetização de jovens e adultos, em grande medida decorrente da ação do Governo Federal por meio da implantação do Programa Brasil Alfabetizado.

Além disso, a população com 15 anos ou mais que frequenta cursos de Alfabetização de Adultos aumentou de 241 mil na época da propositura da ação, em 1997 para 523 mil em 2002 e 790 mil, em 2003, permanecendo neste patamar nos anos seguintes. Isso revela, portanto, no que concerne ao contingente de pessoas analfabetas por deficiências de escolarização no passado, uma nítida ampliação de oferta, o que resultou na redução do número de analfabetos em cerca de 2 milhões de pessoas, entre 1997 e 2006. Este número tende a crescer de modo mais acelerado, tendo em vista as políticas focalizadas, a estruturação do Programa e a redução do ingresso de jovens analfabetos, decorrente das ações no campo da educação básica. (Memorial.)

8. Por isso é que, não demonstrada a omissão inconstitucional arguida na petição inicial, **voto no sentido de julgar improcedente a ação**.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, a eminente Relatora não está negando a possibilidade de controle de constitucionalidade por omissão de políticas públicas no campo da educação.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Não, pelo contrário, até acentuo, em todos os campos do direito constitucional e muito mais dos direitos sociais. Até fiz um item específico sobre a possibilidade de se poder e dever cobrar a adoção de políticas públicas para chegar não apenas às normas de princípios e de

regras, mas inclusive aos objetivos do art. 3º, que só serão conseguidos quando se chegar à erradicação total do analfabetismo formal e informal.

Exatamente por isso fiz levantamentos até uma das últimas vezes que veio à pauta este processo, consegui até o mês de novembro manter atualizados todos os programas feitos no sentido não apenas de aumentar o número de vagas, aumentar o número de escolas e de professores, mas inclusive, Ministro, da inclusão informal, de melhorar aqueles que tinham tido acesso precário.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não há nenhuma prova de contingenciamento de despesas nessa área de educação?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Não, de jeito nenhum.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Acompanho Vossa Excelência.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Por isso que acentuei, porque o questionamento do Ministro Marco Aurélio, naquela ocasião, foi extremamente pertinente, como sempre, mas de uma forma maior aqui.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Confesso a Vossa Excelência, Ministra Cármen Lúcia, que, antes, fiquei em dúvida, mas na dinâmica dos trabalhos no Plenário a acompanhei. Hoje, estou convencido de que os passos que vêm sendo dados nesse campo da educação são passos muito curtos.

Divirjo, pois entendo que, ante até mesmo a carga tributária, a receita, há uma certa, e eu diria, uma grande inércia do poder público, do Estado, nesse campo. É fato notório que estamos a engatinhar no campo da educação. É muito séria a matéria, porque a partir do momento em que o Tribunal assente que não há a inconstitucionalidade por omissão, quer sob o ângulo administrativo, quer sob o ângulo legal, estará dando um certificado de que tudo vem sendo feito para erradicar o analfabetismo. E assim, individualmente, não o é.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não, eu entendi que não é exatamente isso. É que os elementos carreados para os autos, objetivamente, não dão conta dessa omissão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas eu digo que esse panorama é notório.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Está achando que ainda não seria suficiente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É notório quanto à educação no País. Há esforços, mas muito aquém do desejável para se erradicar o analfabetismo. Não basta, simplesmente, dizer que já se vem atendendo ao piso, em termos de parte da receita que deve ser destinada à educação, previsto na Carta da República. Há de se fazer um pouco mais. E o Supremo deve sinalizar nesse sentido.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Eu falei de contingenciamento, porque cada vez mais entendo que, quando se trata de despesa exigida pela Constituição, porque a receita é vinculada...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministro Britto, veja Vossa Excelência que, depois da ação, nós já tivemos Fundef, Fundeb, piso salarial de

professores, quer dizer, a Ministra Cármen, na assentada passada, destacou uma série de medidas, de programas.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Fiz um levantamento, de programas inclusive voltados para isso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E de repasse de recursos.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Alguns Estados, claro que neste caso era contra o Presidente da República, mas só para tranquilidade...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Certamente não estamos na Suíça!

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): ...mas só para se ter uma ideia, alguns Estados, pois eu levantei também nos Estados, que têm obrigação de 25%, chegam a 38%, o que não se tem, por exemplo, com a saúde. O que é insuficiente ainda, porém eu não poderia alegar a inércia, porque inércia não há.

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu queria fazer uma pergunta, se me permitir. Não está confirmada a inobservância de preceito constitucional, é isso?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Não, porque inércia não há.

O Sr. Ministro Eros Grau: De modo que no restante eu daria uma opinião pessoal, que certamente não expressa a opinião do Poder Judiciário. Eu concordo com o Ministro Marco Aurélio, e gostaria que fosse feito muito mais, mas não tem nada constitucionalmente.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Claro, por isso foi que eu disse exatamente, Ministro. Não tem nada inconstitucional no sentido da omissão.

O Sr. Ministro Eros Grau: Então, eu acompanho Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Ayres Britto: E os percentuais mínimos, os percentuais orçamentários que a Constituição estabelece em termos de educação estão sendo observados também.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Estão sendo até aumentados, no caso federal.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Perfeito. Muito menos não está havendo contingenciamento.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Não.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência colocou muito bem. A Carta da República cogita de percentuais mínimos. Indago: se se tem a observância desses percentuais mínimos, simplesmente se diz que tudo vem sendo feito para se erradicar o analfabetismo no Brasil? Tudo vem sendo feito para se implementar a educação?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Eu acho que não cabe à Relatora dizer que tudo está sendo feito.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Eu acho que não cabe ao Supremo dizer o que mais pode ser feito.

O Sr. Ministro Ayres Britto: O juízo objetivo da Relatora, calçado em elementos empíricos, é de que não houve demonstração da mora, da inércia.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Só para responder a Vossa Excelência, Ministro, no final do meu voto eu até acentuo que numa das datas em que foi chamado esse processo que, afinal, não conseguimos julgar, eu obtive naquela data, o seguinte do Ministério da Educação:

> A União Federal, por meio do Ministério da Educação, tem atuado nas duas frentes. Desde 2003, foi instituído o Programa Brasil Alfabetizado, posteriormente formalizado na Lei 10.880, de 2004, que resultou da conversão da Medida Provisória n. 173, de 16 de março de 2004.
>
> Em 2007, a Lei 10.880 foi alterada, modificando-se o modelo de atuação do Programa Brasil Alfabetizado, a fim de privilegiar a atuação em regime de cooperação com Estados e Municípios. Os professores das redes públicas passaram a ter a oportunidade de colaborar com o trabalho de alfabetização de adultos, em lugar do antigo modelo baseado na atuação de organizações não governamentais. Essa política foi institucionalizada no Decreto n. 6.093, de 24 de abril de 2007.
>
> O Ministério vem tratando ainda da questão em sua integral complexidade. É sabido que a alfabetização, isoladamente, representa apenas a porta de saída do analfabetismo. Não sendo complementada pela frequência à Educação de Jovens e Adultos (EJA), o indivíduo retornaria à condição de analfabeto.
>
> Com o objetivo de atacar também este aspecto do problema, por iniciativa do Poder Executivo, foi encaminhada ao Congresso Nacional proposta de emenda constitucional, promulgada como Emenda Constitucional n. 53, de 2006, que instituiu o Fundo Nacional de Educação Básica (FUNDEB), prevendo o financiamento público para Educação de Jovens e Adultos, o que permite que Municípios, Estados e Distrito Federal destinem recursos do Fundo, garantindo a continuidade dos estudos.
>
> A cooperação federativa que estrutura o Programa Brasil Alfabetizado resultou num repasse da integralidade do programa, em 2007, aos Estados e Municípios (tabela 1) [e há anexo tabelas aqui], o que demonstra que se trata, portanto, de política pública articulada, também no plano do financiamento, para alfabetização e educação de jovens e adultos.

E segue-se ainda – são ainda três ou quatro laudas – com todos os números que acompanham de 1992 até o mês de novembro do ano passado, demonstrando exatamente.

Então, de fato, temos um problema gravíssimo no Brasil, como disse o Ministro Eros Grau, nós todos cidadãos temos ciência da gravidade do quadro. Esse quadro, no entanto, não demonstra uma inércia, uma inação, ou uma omissão nos termos constitucionalmente estabelecidos para fins de declaração da inconstitucionalidade. Foi o que me levou à conclusão.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É o quanto me basta para julgar, também, na linha do voto da Relatora, a improcedência da ação direta de inconstitucionalidade.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, *data venia*, não vejo como, sem que o Tribunal se invista na função de administrador, ir além do voto da Relatora, que acompanho.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, entendo que o poder público ainda está muito a dever à sociedade nesse campo sensível – o da educação –, considerado um país que pretenda figurar no cenário internacional. Muito precisa ser feito a respeito.

A circunstância de se observar o piso, que se mostra no grande todo o mínimo, previsto na Carta da República, não me conduz a assentar que não há omissão do poder público.

Por isso, peço vênia à Relatora e àqueles que a acompanham para julgar procedente o pedido formulado, que, por sinal, foi formulado por partidos que têm os olhos voltados ao social: o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Comunista do Brasil (PC do B), e o Partido Democrático Trabalhista (PDT).

É como voto.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu também me manifesto no sentido já apontado pela Relatora, pedindo vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio, destacando que, ao identificar que vem sendo feito um esforço no sentido de atender à demanda constitucional, quanto à erradicação do analfabetismo, e a essa satisfação dos requisitos pertinentes à educação, o Tribunal não está a dizer que nós atingimos índices satisfatórios.

Em outra ocasião tive oportunidade de anotar, com base na doutrina alemã da chamada *Annäherungslehre* – doutrina da aproximação –, que estamos muitas vezes diante de desafios que exigem não a satisfação completa, mas a realização de políticas que se aproximem do desiderato constitucional estabelecido.

A eminente Relatora está a apontar que várias medidas foram tomadas no sentido de se aproximar daquilo que é essa chamada norma-programa, norma-tarefa, norma-fim. Estabelece atividade que é de índole legislativa e, também, de índole administrativa, toda cooperação que hoje se estabelece na relação entre a União, Estados e Municípios. É uma tarefa extremamente complexa e desafiadora.

No futuro, se esse tema vier a se colocar novamente e se se entender que as políticas públicas não se encaminham nesse propósito, certamente, o Tribunal poderá ter outro entendimento. Mas é esse o juízo que se está a emitir.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Neste caso, Presidente, aliás, como realçou também o Ministro Carlos Britto, estamos afirmando que há possibilidade, sim, de a Constituição ser descumprida por uma omissão em relação a políticas públicas que são exigidas das entidades do poder público.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Políticas públicas que já são definidas no próprio texto constitucional.

O Sr. Ministro Ayres Britto: E isso é fundamental.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Exatamente. Acontece que, neste caso, eu examinei, por isso chamei a atenção do Ministro nesse sentido de que está constando em meu voto, que não li na sua integralidade, essa possibilidade pelo que conheci da ação. Conheci e verifiquei não apenas a parte referente à legislação que se alterou de 1997 para cá no sentido de ampliar a prestação desse serviço essencialíssimo, como também dos programas que foram encaminhados. Essa é a razão pela qual eu fiz questão de ler pelo menos essa passagem do voto.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Essa inflexão de Vossa Excelência, essa afirmativa de que é franqueado ao Supremo Tribunal Federal sindicar do cumprimento das políticas públicas que já estão definidas na própria Constituição, ainda que em linhas gerais, mas aqui até com percentuais mínimos, essa afirmativa de Vossa Excelência é que me parece colocar as coisas no devido lugar.

O Supremo Tribunal Federal está exercendo, com legitimidade, um ofício de controle de constitucionalidade que, de fato, lhe cabe. Agora, como disse o Ministro Gilmar, trata-se de política pública predefinida, claro que não com todas as minudências, com todas as especificidades, na própria Constituição Federal.

E a norma de fato é norma-programa ou norma-tarefa, segundo a melhor doutrina.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É.

EXTRATO DA ATA

ADI 1.698/DF — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Requerentes: Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Comunista do Brasil – PC do B e Partido Democrático Trabalhista – PDT (Advogados: Alberto Moreira Rodrigues, Paulo Machado Guimarães e Hugo Leal Melo da Silva). Requeridos: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União) e Ministro de Estado da Educação.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou improcedente a ação direta, vencido o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Ausentes, licenciado, o Ministro Celso de Mello e, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Brasília, 25 de fevereiro de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.235 — AL

Relator: O Sr. Ministro Carlos Velloso

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Requerente: Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Civis (COBRAPOL) — Requerido: Governador do Estado de Alagoas

1. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Parágrafo único do art. 1º do Decreto estadual 1.807, publicado no *Diário Oficial* do Estado de Alagoas de 26 de março de 2004. 3. Determinação de imediata exoneração de servidor público em estágio probatório, caso seja confirmada sua participação em paralisação do serviço a título de greve. 4. Alegada ofensa do direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII) e das garantias do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV). 5. Inconstitucionalidade. 6. O Supremo Tribunal Federal, nos termos dos MI 670/ES, 708/DF e 712/PA, já manifestou o entendimento no sentido da eficácia imediata do direito constitucional de greve dos servidores públicos, a ser exercido por meio da aplicação da Lei 7.783/1989, até que sobrevenha lei específica para regulamentar a questão. 7. Decreto estadual que viola a Constituição Federal, por (a) considerar o exercício não abusivo do direito constitucional de greve como fato desabonador da conduta do servidor público e por (b) criar distinção de tratamento a servidores públicos estáveis e não estáveis em razão do exercício do direito de greve. 8. Ação julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar procedente a ação direta.

Brasília, 4 de fevereiro de 2010 — Ministro Gilmar Mendes (art. 38, II, RISTF), Presidente e Relator para acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: A **Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Civis (COBRAPOL)** propõe, com fundamento no art. 103, IX, da Constituição Federal, **ação direta de inconstitucionalidade**, com **pedido de suspensão cautelar**, do **parágrafo único** do **art. 1º** do **Decreto 1.807**, **de 25 de março de 2004**, **do Governador do Estado de Alagoas**, que estabelece providências para o caso de paralisação de servidores públicos a título de greve.

O dispositivo impugnado tem o seguinte teor:

Art. 1º O*missis.*

Parágrafo único. Caso comprovada, mediante processo administrativo próprio, a participação de servidor, em estágio probatório, na paralisação do serviço, a título de greve, será este imediatamente exonerado.

Sustenta a autora, em síntese, o seguinte:

a) **violação ao inciso LV do art. 5º da Constituição Federal**, uma vez que a norma impugnada prevê a exoneração imediata do servidor público em estágio probatório que venha a participar, a título de greve, da paralisação do serviço;

b) **ofensa ao livre exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos em estágio probatório, direito esse previsto no inciso VII do art. 37 da Constituição Federal**, porquanto "os servidores públicos que ainda estão em estágio probatório, muito embora, como se sabe, não estejam efetivados no serviço público e, no cargo que ocupam, têm assegurado todos os direitos previstos para os demais servidores, inclusive o constitucional de exercer o direito de greve, sem que isso seja considerado falta grave passível de exoneração imediata" (fls. 6-7).

Ao final, requer a autora, **liminarmente**, a **suspensão** da norma impugnada e, **no mérito**, a **procedência** da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Solicitadas informações (fl. 29), na forma do **art. 12 da Lei 9.868/1999**, o **Governador do Estado de Alagoas** as prestou (fls. 35-47), sustentando, em síntese, o seguinte:

a) **constitucionalidade do dispositivo impugnado**, porquanto "esta ação não representa uma questão nova a ser apreciada por este colegiado, posto que o Estado da Bahia e o de Sergipe já editaram em tempos passados decretos semelhantes ao que ora se impugna, tendo este Supremo Tribunal a oportunidade de reconhecer-lhes a constitucionalidade quando do julgamento da **ADIN n. 1.306/BA** e da **ADIN n. 1.696-9/SE**" (fl. 41). Nesse contexto, ressalta que o inciso VII do art. 37 da Constituição Federal não impede que o ente federado discipline as consequências administrativas decorrentes da paralisação do serviço, a título de greve, por parte dos servidores públicos;

b) **observância da garantia do contraditório e da ampla defesa**, dado que a norma impugnada assegura de forma clara que a exoneração será precedida de processo administrativo que venha a comprovar que o servidor público em estágio probatório, a título de greve, concorreu para a paralisação do serviço público;

c) **não violação ao exercício do direito de greve**, mormente porque "o entendimento firmado pela doutrina e pelos tribunais é de que o servidor público em estágio probatório não se encontra abrangido pela estabilidade decorrente do provimento de cargos em caráter efetivo" (fl. 45).

O ilustre **Advogado-Geral da União**, Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa, manifesta-se pela **constitucionalidade** do **Decreto 1.807**, **de 25 de março de 2004**, **do Estado de Alagoas** (fls. 49-53).

A **Procuradoria-Geral da República**, em parecer lavrado pelo então Procurador-Geral da República, Prof. Cláudio Fonteles, opinou pela **improcedência do pedido** (fls. 55-58).

É o relatório, do qual serão expedidas cópias aos Exmos. Srs. Ministros.

VOTO

Ementa: *Constitucional. Greve de servidor público*. CF, art. 37, VII. Decreto 1.807, de 2004, do Governador do Estado de Alagoas.

I – Dependendo o direito de greve do servidor público – CF, art. 37, VII – de lei específica, não é inconstitucional o parágrafo único do art. 1º do Decreto 1.807, de 2004, do Governador de Alagoas, que estabelece que, "comprovado, mediante processo administrativo próprio, a participação de servidor, em estágio probatório, na paralisação do serviço, a título de greve, será este imediatamente exonerado". É que o direito de greve do servidor público depende de lei específica – CF, art. 37, VII –, lei esta inexistente. MI 20/DF, Ministro Celso de Mello, e MI 438/GO, Ministro Néri da Silveira; ADI 1.306-MC/BA, Ministro Octavio Gallotti; ADI 1.696/SE, Ministro Sepúlveda Pertence.

II – Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Civis (COBRAPOL), com o objetivo de ser declarada a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º do Decreto 1.807, 25-3-2004, que dispõe:

> Art. 1º (...)
>
> Parágrafo único. Caso comprovada, mediante processo administrativo próprio, a participação de servidor, em estágio probatório, na paralisação do serviço, a título de greve, será este imediatamente exonerado.

(Fl. 12.)

Oficiando nos autos, assim se pronunciou o eminente Procurador-Geral da República, Prof. Claudio Fonteles:

> (...)
>
> 6. Inicialmente, cumpre consignar que improcedente afigura-se a alegação de desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Depreende-se da simples leitura do dispositivo impugnado que a punição disciplinar nele prevista somente será aplicada ao servidor caso comprovada sua participação mediante processo administrativo próprio.
>
> 7. No tocante à aduzida ofensa ao direito de greve, não procede a presente ação direta de inconstitucionalidade. Isso porque o Decreto n. 1.807/2004, do Estado de Alagoas, vem apenas a – no âmbito da competência reservada ao chefe do Poder Executivo (art. 84, VI, da CF) – disciplinar as consequências, de ordem eminentemente administrativa, de um ato (a greve por parte dos servidores públicos) que, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, construída a partir do julgamento do Mandado de Injunção n. 20, carece de fundamento legal, até que seja editado o diploma normativo a que alude o inciso VII do art. 37, da Carta Federal.

8. Tal é o entendimento que se colhe do voto proferido, em sede liminar, pelo então Relator da ADI n. 1.306/BA, o eminente Min. *Octavio Gallotti*, proposta contra decreto expedido pelo Governador do Estado da Bahia, de conteúdo normativo semelhante ao do impugnado na presente ação. Eis o voto:

> "Cabe, primordialmente, esclarecer que o decreto atacado não está propriamente a regulamentar o exercício do direito de greve, como propõe a inicial. Vem, ao revés, disciplinar as consequências de uma conduta (a greve) cuja prática, no âmbito do serviço público, foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, até a edição (que até hoje não ocorreu) da lei complementar exigida pelo art. 37, VII, da Constituição (cfr. decisão no MI 20, sessão de 19-5-1994).
>
> Passando a analisar as medidas estabelecidas, penso dentro da premissa fixada no começo deste voto, não haver motivos de reserva, ao primeiro exame, para convocação dos grevistas, conforme previsto no inciso I do art. 1º.
>
> Quanto ao item II do mesmo art. 1º, ressalto que não existe ali criação de norma disciplinar, porquanto as penalidades, a que se remete, são as instituídas na lei mencionada, o mesmo sucedendo, com o inciso IV, a respeito da contratação temporária, também a ser realizada de acordo com lei já existente.
>
> O item III dispõe sobre o desconto correspondente aos vencimentos e vantagens dos dias de falta ao serviço, providência cuja adoção não vejo como impugnar. Recordo que, ao referendar despacho cautelar de minha autoria, na ADI 546, este Plenário deu pela suspensão da eficácia de lei do Estado do Rio Grande do Sul que considerava como de efetivo exercício os dias não trabalhados. E fê-lo com base no art. 61, III, *c*, 63, I, e 84, VI, todos da Constituição Federal, o último a indicar que a matéria se contém na competência do Poder Executivo para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração pública, de onde não parece, igualmente possível excluir as medidas para que genericamente acena o art. 2º do decreto. Julgo, finalmente, que a exoneração mencionada pelo art. 2º, também se insere na competência acima lembrada, sem que se lhe possa imputar a eiva da abrangência de servidores estáveis ou cargos providos em caráter efetivo."

9. Ainda nesse sentido, ressalta-se aresto proferido por essa Corte Suprema nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.696/SE, de relatoria do eminente *Min. Sepúlveda Pertence*, assim ementado:

> "Greve de servidor público: não ofende a competência privativa da União para disciplinar-lhe, por lei complementar, os termos e limites – o que o STF reputa indispensável à licitude do exercício do direito (MI 20 e MI 438; ressalva do Relator) – o decreto do Governador que – a partir da premissa de ilegalidade da paralisação, à falta da lei complementar federal – discipline suas consequências administrativas, disciplinares ou não (precedente: ADI 1.306-MC, 30-6-1995)."

10. Assim, tendo em vista que não há exercício lícito do direito de greve enquanto não forem fixados seus termos e limites por lei específica, o ato normativo em questão, que disciplina as consequências administrativas da paralisação – reconhecidamente ilegal –, é plenamente compatível com as normas e princípios da Constituição Federal.

11. Ante o exposto, manifesta-se o Ministério Público Federal pela improcedência da presente ação direta.

(...).

(Fls. 56-58.)

Correto o parecer.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos MI 20/DF, Rel. o Sr. Min. Celso de Mello, e 438/GO, Rel. o Sr. Min. Néri da Silveira, decidiu que o direito do servidor público – CF, art. 37, VII – depende de lei. Noutras palavras, a norma do art. 37, VII, CF não é de eficácia plena, dependendo essa eficácia de normatização ulterior.

Proferi, quando dos citados julgamentos, voto, estabelecendo, para o caso concreto, a norma que asseguraria o exercício do direito de greve ao empregado da iniciativa privada. Fiquei vencido, entretanto.

Assim o voto que proferi no julgamento do MI 438/GO:

(...)

Senhor Presidente, conheço em parte do pedido, vale dizer, conheço do mandado de injunção no ponto em que é requerida a viabilização do exercício do direito de greve que a Constituição concede aos servidores públicos, no inciso VII do art. 37, direito cujo exercício depende de norma infraconstitucional regulamentadora. É conferir: "Art. 37. (...) VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar". Nesta parte, pois, conheço do pedido. Prosseguindo, reporto-me ao voto que proferi no MI 20, no qual aduzi:

"Senhor Presidente, o eminente Ministro Celso de Mello, no seu douto voto, trouxe ao debate um dos primeiros despachos que proferi, nesta Casa, em julho de 1990, quando tinha pouco mais de trinta dias de investidura na Corte. Lembro-me bem, tive que despachar nas férias a ADI 339, do Rio de Janeiro, em que se arguia a inconstitucionalidade de uma resolução do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que considerava ilegal a greve dos seus servidores.

Na oportunidade, examinando a matéria, cheguei à conclusão de que estávamos diante de uma norma de eficácia limitada. Sei que bons autores sustentam que essa norma é de eficácia contida. Há pouco comentava com o eminente Ministro Sepúlveda Pertence a opinião de Arion Sayão Romita, no seu livro *Os direitos sociais na Constituição e outros estudos*, de 1991, referida no voto do eminente Ministro Celso de Mello, que, inclusive, trouxe a pesquisa feita pelo autor a respeito de direito de greve no Direito comparado. Naquela oportunidade, repito, entendi que estávamos diante de uma norma de eficácia limitada, e não de eficácia contida. Ainda continuo pensando assim.

Destaco da decisão que proferi na citada ADI 339/RJ:

'A Constituição assegura aos trabalhadores, de modo amplo, o direito de greve, competindo-lhes 'decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender' (CF, art. 9º). Os § 1º e § 2º do citado art. 9º estabelecem, a seguir, que a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o entendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (§ 1º) e que os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei (§ 2º).

Assim é em relação aos trabalhadores de modo geral, excluídos, entretanto, os servidores públicos, para os quais há norma específica, o art. 37, VII, que dispõe:

'Art. 37.

(...)

VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar;

(...)'

Verifica-se, destarte, que, enquanto trabalhadores não servidores públicos gozam, com amplitude, do direito de greve, direito estabelecido em norma constitucional de aplicabilidade imediata – art. 9º e seus parágrafos – o direito de greve do servidor público será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar (art. 37, VII). Quer dizer, enquanto a norma do art. 9º é de eficácia plena, assim de aplicabilidade imediata, direta, integral, porque independe de normatividade ulterior para a sua operatividade, a norma do art. 37, VII, da Constituição, não é autoaplicável (Walter Ceneviva, *Direito constitucional brasileiro*, Ed. Saraiva, 1989, p. 135), assim de eficácia limitada, porque, segundo leciona José Afonso da Silva, 'o constituinte ainda não teve coragem de admitir amplo direito de greve aos servidores públicos, pois, em relação a estes, submeteu o exercício desse direito aos termos e limites definidos em lei complementar (art. 37, VII)' (José Antônio da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, Ed. RT, 5. ed., 1989, p. 268-269). Deste, aliás, a lição, no que concerne ao direito de greve ao servidor público, que, '(...) quanto à greve, o texto constitucional não avançou senão timidamente, estabelecendo que o direito de greve dos servidores públicos será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar, o que, na prática, é quase o mesmo que recusar o direito prometido; primeiro porque, se a lei não vier, o direito inexistirá; segundo porque, vindo, não há parâmetro para seu conteúdo, tanto por ser mais aberta como mais restritiva'. (José Afonso da Silva, ob. cit., p. 584).

Não sendo, pois, autoaplicável a disposição inscrita no art. 37, VII, da Constituição, não se poderia falar em direito de greve do servidor público.

Dir-se-á que a regra inscrita no art. 5º, § 1º, da Constituição, emprestaria aplicabilidade imediata à norma do art. 37, VII, da Constituição.

O argumento, entretanto, não me parece procedente, pelo menos por ora, em sede de exame de pedido de liminar.

A uma, porque a regra do § 1º do art. 5º diria respeito, em linha de princípio, aos direitos inscritos no art. 5º. A duas, porque a regra do § 1º do art. 5º deve ser entendida com temperamentos. Vale, no ponto, a lição de Celso Bastos, ao comentar o citado § 1º do art. 5º: 'O que deve ser entendido pelo dispositivo ora comentado é que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata tanto quanto possível. É dizer, o dispositivo quis eliminar a dúvida que paira sobre aquela área penumbrosa que normalmente se forma em torno de muitos dos dispositivos constitucionais. Tem ele aplicação imediata? Ou não seria preferível aguardar-se a legislação regulamentadora?' Responde o constitucionalista: 'Terão aplicação imediata todos os direitos e garantias fundamentais, desde que não obstados por uma expressa referência da lei a uma legislação integradora, nem por um vazio semântico tamanho que torne o preceito absolutamente dependente de uma integração normativa.' E, resumindo o seu pensamento, conclui o professor paulista: 'Em síntese, o conteúdo deste parágrafo consiste no seguinte: o princípio vigorante é o da aplicabilidade imediata, que, no entanto, cede em duas hipóteses: a) quando

a Constituição expressamente refere que o direito acenado só será exercitável nos termos e na forma da lei; b) quando o preceito constitucional for destituído de elementos mínimos que assegurem a sua aplicação, é dizer, não pode o vazio semântico ser tão acentuado a ponto de forçar magistrado a converter-se em legislador.' (Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, Ed. Saraiva, 1989, II/393).

Ora, a norma de que cuidamos, o inciso VII do art. 37 da Constituição é absolutamente dependente de legislação ulterior, porque a Constituição deixa claro que o direito será exercido 'nos termos e nos limites definidos em lei complementar'.'

Se o inciso VII do art. 37 da Constituição dispusesse que o direito de greve será exercido nos limites definidos em lei complementar, teríamos uma norma de eficácia contida. Vale dizer, a norma concessiva do direito de greve seria eficaz, teria aplicabilidade imediata, mas a norma infraconstitucional, a lei complementar, poderia limitar o direito de greve. Todavia, do modo como a norma constitucional é veiculada no inciso VII do art. 37, ela é de eficácia limitada, dado que a greve será exercida nos termos da lei complementar. O Supremo Tribunal Federal, hoje, tomará importantíssima decisão: a norma inscrita no inciso VII do art. 37 é de eficácia limitada, vale dizer, não é autoaplicável, não é de aplicabilidade imediata, já que depende de normatização ulterior.

Posta assim a questão, devemos prosseguir no julgamento do mandado de injunção.

A Casa conhece o meu pensamento a respeito do mandado de injunção. Estamos diante de um caso em que é cabível esta medida. Sustento que devemos emprestar ao mandado de injunção a máxima eficácia. Reporto-me aos votos que tenho proferido nesta Casa, a respeito do tema, em que sustento que, julgada procedente a injunção, deve o Supremo Tribunal Federal elaborar a norma para o caso concreto, vale dizer, a norma que viabilizará o exercício do direito. Reporto-me, por exemplo, aos votos que proferi nos MI 369/DF, 219/DF, 384/RJ, 429/RJ, 95/RR, 124/SP, 278/MG.

Assim, Senhor Presidente, passo a fazer aquilo que a Constituição determina que eu faça, como juiz: elaborar a norma para o caso concreto, a norma que viabilizará, na forma do disposto no art. 5º, LXXI, da Lei Maior, o exercício do direito de greve do servidor público.

A norma para o caso concreto será a lei de greve dos trabalhadores, a Lei 7.783, de 28-6-1989. É dizer, determino que seja aplicada, no caso concreto, a lei que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, que define as atividades essenciais e que regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Sei que na Lei 7.783 está disposto que ela não se aplicará aos servidores públicos. Todavia, como devo fixar a norma para o caso concreto, penso que devo e posso estender aos servidores públicos a norma já existente, que dispõe a respeito do direito de greve.

Nesses termos, Senhor Presidente, julgo procedente o presente mandado de injunção."

Também aqui, Senhor Presidente, viabilizando o exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos, adoto, como norma para o caso concreto, a Lei 7.783, de 28-6-1989.

Nesses termos, julgo procedente, em parte, o pedido.

Assim posta a questão, dependendo o direito de greve do servidor público de lei específica – CF, art. 37, VII –, não é inconstitucional a norma do parágrafo único do art. 1º do Decreto estadual 1.807, de 2004.

Em caso semelhante, ADI 1.306-MC/BA, Rel. o Min. Octavio Gallotti, decidiu o Supremo Tribunal:

> *Ementa*: Insuficiência de relevo de fundamentação jurídica em exame cautelar, da arguição de inconstitucionalidade de decreto estadual que não está a regular (como propõem os requerentes) o exercício do direito de grave pelos servidores públicos; mas a disciplinar uma conduta julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, até que venha a ser editada a lei complementar prevista no art. 37, II, da Carta de 1988 (MI 20, sessão de 19-5-1994).
> (*DJ* de 27-10-1995.)

Também na ADI 1.696/SE, Rel. o Min. Sepúlveda Pertence, decidiu o Supremo Tribunal:

> **Ementa**: **Greve de servidor público**: não ofende a competência privativa da União para disciplinar-lhe, por lei complementar, os termos e limites – e o que o STF reputa indispensável à licitude do exercício do direito (MI 20 e MI 438; ressalva do Relator) – o decreto do Governador que – a partir da premissa de ilegalidade da paralisação, à falta da lei complementar federal – discipline suas consequências administrativas, disciplinares ou não (precedente: ADI 1.306-MC, 30-6-1995).
> (*DJ* de 14-6-2002.)

Assim posta a questão, julgo improcedente a ação e declaro a constitucionalidade do parágrafo único do art. 1º do Decreto 1.807, de 2004, do Governador do Estado de Alagoas.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, Vossa Excelência me permite uma ponderação?

Comungamos quanto à aplicação da legislação comum, relativa aos empregados da iniciativa privada, aos servidores públicos e ficamos vencidos. O Ministro Sepúlveda Pertence, inclusive, sustentou que a greve é algo natural e ocorre independentemente de regulamentação – seria quase um direito natural.

Há no caso, entretanto, algumas peculiaridades: primeiro, despreza-se o processo, inviabilizando-se a defesa até mesmo para se esclarecer quanto à participação, ou não – cogita-se da imediata exoneração do servidor; segundo, penso que não é razoável a disciplina que estabelece tratamento diferenciado. O simples fato de se estar no estágio probatório não leva a tratamento diverso, considerados os servidores em geral.

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Não sei se Vossa Excelência estaria de acordo. A sua ponderação me parece relevante. Faríamos uma interpretação conforme a Constituição, no sentido de que essa exoneração dependeria...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Haveria, entretanto, esse segundo argumento quanto ao tratamento específico: rigor maior em relação àqueles que estão no estágio probatório. Tendo a afastar a previsão do cenário.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Caso comprovado, seria mediante processo administrativo. Estou ciente de que o Ministro Eros Grau vai ressuscitar essa discussão. Ele me disse que tem voto pronto.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.235/AL — Relator: Ministro Carlos Velloso. Requerente: Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Civis – COBRAPOL (Advogados: Paulo César Matos da Silva e outros). Requerido: Governador do Estado de Alagoas (Advogado: Aluisio Lundgren Corrêa Regis).

Decisão: Após o voto do Ministro Carlos Velloso (Relator), julgando improcedente a ação, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Eros Grau. Presidência do Ministro Nelson Jobim.

Presidência do Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 19 de dezembro de 2005 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida liminar, ajuizada em junho de 2004 pela Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Civis (COBRAPOL), com fundamento no art. 103, inciso IX, da Constituição Federal, em face do parágrafo único do art. 1º do Decreto 1.807, de 25 de março de 2004, do Governador do Estado de Alagoas.

Eis o teor do ato normativo impugnado:

> Art. 1º (...)
> Parágrafo único. Caso comprovada, mediante processo administrativo próprio, a participação de servidor, em estágio probatório, na paralisação do serviço, a título de greve, será este imediatamente exonerado.

Segundo os autores da ação direta, o dispositivo impugnado ofenderia o art. 5º, LV, e o art. 37, VII, da Constituição Federal.

Na sessão plenária de 19-12-2005, o Ministro Carlos Velloso votou no sentido da improcedência da ação. O fundamento central do voto do Ministro Relator seria o fato de que o direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII, CF/1988) dependeria de lei, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal

Federal que prevalecia à época, explicitada nos seguintes julgados: MI 20/DF, Rel. Celso de Mello; MI 438/GO, Rel. Néri da Silveira.

Diante da relevância da questão, pedi vista dos autos para melhor compreensão da matéria. O exame da ação aponta para duas questões: (a) a eficácia do direito de greve dos servidores públicos, a despeito da existência de lei específica que trate sobre o tema; (b) a constitucionalidade do critério de efeitos distintos para servidores estáveis e não estáveis, em razão da adesão a um movimento grevista.

Entre a formulação do meu pedido de vista e a presente data, houve o julgamento dos MI 670/ES, 708/DF e 712/PA, que alterou significativamente o entendimento jurisprudencial desta Corte em relação à eficácia e ao modo de exercício do direito de greve dos servidores públicos em geral, ainda que inexistente lei específica, capaz de alterar o curso da decisão da presente ação direta de inconstitucionalidade. Dessa forma, retomo aqui alguns fundamentos daquele julgamento, para melhor análise da presente ação direta de inconstitucionalidade.

No julgamento do MI 708/DF, de minha relatoria (*DJE* de 31-10-2008, Pleno), fixou-se uma nova possibilidade para o caso da regulamentação da greve dos servidores públicos (art. 37, VII, CF/1988). Naquela oportunidade, asseverei que o direito de greve dos servidores públicos tem sido objeto de sucessivas dilações desde 1988 e que a omissão legislativa neste âmbito gerava grande instabilidade e falta de controle jurídico dos movimentos grevistas dos servidores públicos.

Afirmei que a não regulação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias consequências para o Estado de Direito, a não mais justificar a inércia legislativa e a inoperância das decisões desta Corte. Nesse contexto, era de se concluir que não se poderia considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis devesse ficar submetida absoluta e exclusivamente a juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo.

Apontou-se naquela oportunidade qual era a antiga orientação jurisprudencial desta Corte quanto à amplitude dos efeitos do mandado de injunção, abaixo resumida:

> Em resumo, pode-se afirmar que:
>
> **i)** os direitos constitucionalmente garantidos apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo e não podem ser satisfeitos através de eventual execução direta por parte do Tribunal; a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, e o condena a editar a norma requerida;
>
> **ii)** a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial;
>
> **iii)** a decisão proferida no controle abstrato da omissão tem eficácia *erga omnes*, e não tem diferença fundamental da decisão prolatada no mandado de injunção;
>
> **iv)** é possível que o Supremo Tribunal Federal determine, na ação de mandado de injunção, a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado pela norma mais benéfica. Essa faculdade legitima, igualmente, a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a expedição das normas pelo legislador.

Ficaram consignadas, ainda, as transformações pelas quais o instituto do mandado de injunção havia passado nesta Corte (MI 283, Rel. Sepúlveda Pertence; MI 232, Rel. Moreira Alves; MI 284, Rel. Celso de Mello), a evidenciar uma nova perspectiva que admitiria uma solução "normativa" para a decisão judicial, em que o Supremo Tribunal Federal passasse a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva (cf., nesse sentido, MI 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 20-6-2003; e MI 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* de 24-5-2002, MI 679, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 17-12-2002).

Especificamente em relação à discussão do direito de greve em mandados de injunção, consta naquela decisão que esta Corte ficava adstrita tão somente à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma reguladora específica (MI 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, maioria, *DJ* de 22-11-1996; MI 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, maioria, *DJ* de 23-8-2002; e MI 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, maioria, *DJ* de 2-8-2002).

O que se evidenciou é que, sem buscar conferir um protagonismo legislativo deste Tribunal, a não atuação desta Corte no tema da greve dos servidores públicos já configuraria quase uma "omissão judicial", pelo que propugnei a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, uma vez que ao legislador não era dado escolher se concede ou não o direito de greve, mas a ele caberia tão somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina.

Uma sistêmica conduta omissiva do Legislativo poderia e deveria ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada), de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV), como garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito (CF, art. 1º).

Em conclusão, a decisão do MI 708/DF estabeleceu uma mudança de perspectiva quanto às possibilidades jurisdicionais de controle de constitucionalidade das omissões legislativas, para que a solução alvitrada por essa posição não desbordasse do critério da vontade hipotética do legislador, uma vez que se cuidaria de adotar, provisoriamente, para o âmbito da greve no serviço público, as regras aplicáveis às greves no âmbito privado.

No mérito do referido julgado, houve o acolhimento da pretensão formulada tão somente no sentido de que se aplicasse a Lei 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos, desde que observados os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliativa, para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o poder público e os servidores com vínculo estatutário.

Assim, em regra, definiu-se que a decisão do mandado de injunção, ainda que dotada de caráter subjetivo, comportaria uma dimensão objetiva, com eficácia *erga omnes*, que serviria para tantos quantos fossem os casos que demandassem a concretização de uma omissão geral do poder público, seja em relação a uma determinada conduta, seja em relação a uma determinada lei.

Portanto, a partir do julgamento dos MI 670/ES, 708/DF e 712/PA, novo entendimento se consolidou sobre o direito de greve dos servidores públicos, para que pudesse ser exercido de imediato, por aplicação analógica da Lei 7.783/1989, de acordo com os parâmetros estabelecidos naquelas decisões.

A par dessas prévias e essenciais considerações, que esclarecem o atual entendimento jurisprudencial desta Corte quanto ao exercício do direito de greve pelos servidores públicos, retomo a discussão contida nesta ADI 3.235/AL, para destacar que não há como acolher a premissa formulada no voto do então Ministro Relator, Carlos Velloso, a seguir transcrita:

> (...)
> Correto o parecer.
> O Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos MI 20/DF, Rel. o Sr. Min. Celso de Mello, e 438/GO, Rel. o Sr. Min. Néri da Silveira, decidiu que o direito do servidor público – CF, art. 37, VII – depende de lei. Noutras palavras, a norma do art. 37, VII, CF não é de eficácia plena, dependendo essa eficácia de normatização ulterior.
> (...)
> Assim posta a questão, dependendo o direito de greve do servidor público de lei específica – CF, art. 37, VII –, não é inconstitucional a norma do parágrafo único do art. 1º do Decreto estadual 1.807, de 2004.
> (...)
> Assim posta a questão, julgo improcedente a ação e declaro a constitucionalidade do parágrafo único do art. 1º do decreto, de 2004, do Governador do Estado de Alagoas.

Isso porque, conforme já aqui analisado, o direito de greve dos servidores públicos pode ser exercido de imediato, por aplicação analógica da Lei 7.783/1989 e de acordo com os parâmetros estabelecidos naquelas decisões, conforme o entendimento consignado no julgamento dos MI 670/ES, 708/DF e 712/PA.

Assim, constata-se que o dispositivo impugnado padece de inconstitucionalidade, na medida em que considera o exercício não abusivo de um direito constitucional – direito de greve – como falta grave ou fato desabonador da conduta no serviço público, a ensejar a imediata exoneração do servidor público em estágio probatório, mediante processo administrativo próprio.

O exercício de um direito constitucional é garantia fundamental a ser protegida por esta Corte, desde que não exercido de forma abusiva. O dispositivo impugnado, na condição de norma geral e abstrata que imputa aos servidores públicos do Estado de Alagoas consequências extremamente gravosas, de forma irrestrita, tanto pelo exercício abusivo, quanto pelo exercício não abusivo do direito de greve, viola expressamente o disposto no art. 37, VII, CF/1988.

Além disso, o dispositivo impugnado explicita uma diferenciação de efeitos do exercício do direito de greve entre servidores estáveis e não estáveis, imputando consequência gravosa apenas aos primeiros, consubstanciada no ato de imediata exoneração. A Constituição Federal de 1988 não alberga nenhuma diferenciação nesse sentido.

Registre-se que o texto originário do art. 41 da Constituição Federal de 1988, seguindo o disposto nas Constituições anteriores (art. 188 da Constituição Federal de 1946; art. 100 da Constituição Federal de 1967 e Emenda Constitucional 1/1969), estabelecia o prazo de dois anos para que os servidores adquirissem estabilidade. Dessa forma, as legislações pertinentes regulamentaram o tempo do estágio probatório, período compreendido entre a nomeação e a aquisição da estabilidade, em que o servidor é avaliado, quanto aos requisitos necessários para o desempenho do cargo, em vinte e quatro meses.

No entanto, o art. 6º da Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998, alterou a redação do art. 41 da Constituição Federal, elevando para três anos o prazo para a aquisição da estabilidade no serviço público. A Emenda Constitucional 19 acrescentou o § 4º ao art. 41 da Constituição, o qual estabelece, ainda, como condição obrigatória para a aquisição da estabilidade, a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

A nova norma constitucional do art. 41 é imediatamente aplicável. Logo, as legislações estatutárias que previam prazo inferior a três anos para o estágio probatório restaram em desconformidade com o comando constitucional. Isso porque, não há como se dissociar o prazo do estágio probatório do prazo da estabilidade.

A despeito dessa discussão sobre o tempo necessário para aquisição da estabilidade no serviço público, o que se destaca aqui é a garantia dada pela Constituição Federal de que a avaliação ocorrida no período de estágio probatório diga respeito tão somente à aptidão e à capacidade para o cargo e ao desempenho das funções pertinentes, em que são investigados, em geral, aspectos relacionados a fatores como assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade.

O exercício do direito constitucional de greve pelos servidores públicos, previsto no art. 37, VII, CF/1988, não se enquadra em nenhum dos fatores desabonadores da avaliação da conduta de um servidor público em estágio probatório.

Ademais, no julgamento do MI 708/DF, de minha relatoria (*DJE* 31-10-2008), ressaltei que a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Na suspensão do contrato de trabalho não há que se falar propriamente em prestação de serviços, nem tampouco no pagamento de salários.

Assim, quando o servidor público adere a um movimento grevista e exerce seu direito constitucional de greve, não há, em princípio, condições de ser avaliado neste período, pois inexiste a prestação de serviços. Ora, se inexiste prestação de serviço, inexiste o fato administrativo que é objeto da avaliação de desempenho e de aptidão para o cargo público no estágio probatório.

Isso não significa que não se possa levar em consideração, na avaliação do estágio probatório, o eventual exercício abusivo desse direito, desde que esse caráter abusivo seja devidamente caracterizado em processo administrativo específico e definitivo.

Entretanto, ao considerar o exercício do direito de greve como falta grave ou fato desabonador da conduta, em termos de avaliação de estágio probatório, que enseja imediata exoneração do servidor público não estável, o dispositivo impugnado viola o direito de greve conferido aos servidores públicos no art. 37, VII, CF/1988, na medida em que inclui, entre os fatores de avaliação do estágio probatório, de forma inconstitucional, o exercício não abusivo do direito de greve.

Portanto, dado o atual entendimento jurisprudencial desta Corte em relação ao mandado de injunção e ao direito de greve dos servidores públicos, conclui-se que o dispositivo impugnado viola o art. 37, VII, da Constituição.

Ante o exposto, peço vênia ao voto do então Ministro Relator Carlos Velloso, para julgar procedente a presente ação, declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º do Decreto 1.807, de 25 de março de 2004, do Governador do Estado de Alagoas.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, também acompanho Vossa Excelência. Verifica-se regência de matéria estranha à autonomia normativa do Estado, e tem-se, além disso, a quebra da isonomia e também o abandono do devido processo legal. Declaro a inconstitucionalidade da norma.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.235/AL — Relator: Ministro Carlos Velloso. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Requerente: Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Civis – COBRAPOL (Advogados: Paulo César Matos da Silva e outros). Requerido: Governador do Estado de Alagoas (Advogado: Aluisio Lundgren Corrêa Regis).

Decisão: Renovado o pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, justificadamente, nos termos do § 1º do art. 1º da Resolução 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Ministro Nelson Jobim. Plenário, 22-2-2006.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação direta, vencido o Ministro Carlos Velloso (Relator). Redigirá o acórdão o Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Não votaram o Ministro Ricardo Lewandowski, por suceder ao Ministro Carlos Velloso, e os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau, ausentes neste julgamento. Ausente, licenciado, o Ministro Celso de Mello.

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 Dias Toffoli. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 4 de fevereiro de 2010 – Luiz Tomimatsu, Secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510 — DF
(ADI 3.510, decisão monocrática, na *RTJ* 200/282)

Relator: O Sr. Ministro Ayres Britto

Requerente: Procurador-Geral da República — Requeridos: Presidente da República, Congresso Nacional — Interessados: Conectas Direitos Humanos, Centro de Direito Humanos – CDH, Movimento em Prol da Vida – MOVITAE, Instituto de Bioética Direitos Humanos e Gênero – ANIS, Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB

Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da Lei 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida. Constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Descaracterização do aborto. Normas constitucionais conformadoras do direito fundamental a uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e ao planejamento familiar. Descabimento de utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à lei de biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e às terapias por ela visadas. Improcedência total da ação.

I – O conhecimento científico, a conceituação jurídica de células-tronco embrionárias e seus reflexos no controle de constitucionalidade da Lei de Biossegurança. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradiças em cada embrião humano de até quatorze dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de cinco dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou *in vitro*, e não espontaneamente ou *in vida.* Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares.

II – Legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos e o constitucionalismo fraternal. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, as atrofias

espinhais progressivas, as distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapreço pelo embrião *in vitro*, porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isso no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões *in vitro*, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello).

III – A proteção constitucional do direito à vida e os direitos infraconstitucionais do embrião pré-implanto. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estádio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque *nativiva* (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana.

O embrião referido na Lei de Biossegurança (*in vitro* apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV – As pesquisas com células-tronco não caracterizam aborto. Matéria estranha à presente ação direta de inconstitucionalidade. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento *in vitro*. Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado *in vitro* é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isso sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extracorporalmente produzido e também extracorporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello).

V – Os direitos fundamentais à autonomia da vontade, ao planejamento familiar e à maternidade. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo *in vitro* de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa

humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou *in vitro*. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de n. 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião *in vitro* fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

VI – Direito à saúde como corolário do direito fundamental à vida digna. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "saúde" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de n. 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (*caput* do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental.

VII – O direito constitucional à liberdade de expressão científica e a Lei de Biossegurança como densificação dessa liberdade. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade.

Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de n. IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, *caput*) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia).

VIII – Suficiência das cautelas e restrições impostas pela Lei de Biossegurança na condução das pesquisas com células-tronco embrionárias. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas.

IX – Improcedência da ação. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar improcedente a ação direta, o que fazem nos termos do voto do Relator e por maioria de votos, em sessão presidida pelo Ministro

Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente.

Brasília, 29 de maio de 2008 — Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, tendo por alvo o art. 5º da Lei federal 11.105, Lei da Biossegurança, de 24 de março de 2005. Artigo assim integralmente redigido:

> Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
>
> I – sejam embriões inviáveis; ou
>
> II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.
>
> § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.
>
> § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.
>
> § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

2. O autor da ação argumenta que os dispositivos impugnados contrariam "a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana" (fl.12).

3. Em sequência, o subscritor da petição inicial sustenta que: a) "**a vida humana** acontece **na, e a partir da**, fecundação", desenvolvendo-se continuamente; b) o zigoto, constituído por uma única célula, é um "ser humano embrionário"; c) é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento; d) a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias.

4. De sua parte, e em sede de informações (fls. 82/115), o Presidente da República defende a constitucionalidade do texto impugnado. Para tanto, acata, por inteiro, peça jurídica da autoria do professor e advogado público Rafaelo Abritta. Peça que também mereceu a irrestrita adesão do Ministro Álvaro Augusto Ribeiro Costa, então Advogado-Geral da União, e da qual extraio o seguinte e conclusivo trecho: "com fulcro no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade cientifica, a permissão para utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia, consubstancia-se em

valores amparados constitucionalmente" (fl. 115). A mesma conclusão, registre-se, a que chegou o Congresso Nacional em suas informações de fls. 221/245.

5. Não é, todavia, como pensa o atual chefe do Ministério Público Federal, Dr. Antonio Fernando de Souza, que, atuando na condição de fiscal do Direito (*custos juris*), concluiu pela declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais sob *a alça de mira* da presente ação direta. Assim procedeu mediante aprovação de parecer da lavra do mesmo professor Cláudio Fonteles.

6. Prossigo para anotar que admiti no processo, na posição de "amigos da Corte" (*amici curiae)*, as seguintes entidades da sociedade civil brasileira: *Conectas Direitos Humanos; Centro de Direito Humanos (CDH); Movimento em Prol da Vida (MOVITAE); Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS),* além da *Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).* Entidades de saliente representatividade social e por isso mesmo postadas como subjetivação dos princípios constitucionais do pluralismo genericamente cultural (preâmbulo da Constituição) e especificamente político (inciso V do art. 1º da nossa Lei Maior). O que certamente contribuirá para o adensamento do teor de legitimidade da decisão a ser proferida na presente ação direta de inconstitucionalidade. Estou a dizer: decisão colegiada tão mais legítima quanto precedida da coleta de opiniões dos mais respeitáveis membros da comunidade científica brasileira, no tema.

7. Não é tudo. Convencido de que a matéria centralmente versada nesta ação direta de inconstitucionalidade é de tal relevância social que passa a dizer respeito a toda a humanidade, **determinei a realização de audiência pública**, esse notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa. O que fiz por provocação do mesmíssimo professor Cláudio Fonteles e com base no § 1º do art. 9º da Lei 9.868/1999, mesmo sabendo que se tratava de experiência inédita em toda a trajetória deste Supremo Tribunal Federal[1]. Dando-se que, no dia e local adrede marcados, 22 das mais acatadas autoridades científicas brasileiras subiram à tribuna para discorrer sobre os temas *agitados* nas peças jurídicas de origem e desenvolvimento da ação constitucional que nos cabe julgar. Do que foi lavrada a extensa ata de fls., devidamente reproduzida para o conhecimento dos Senhores Ministros desta nossa Corte Constitucional e Suprema Instância Judiciária. Reprodução que se fez acompanhar da gravação de sons e imagens de todo o desenrolar da audiência, cuja duração foi em torno de oito horas.

8. Pois bem, da reprodução gráfica, auditiva e visual dessa tão alongada quanto substanciosa audiência pública, o que afinal se percebe é a configuração de duas nítidas correntes de opinião. Correntes que assim me parecem delineadas:

I – uma, deixando de reconhecer às células-tronco embrionárias virtualidades, ao menos para fins de terapia humana, superiores às das células-tronco

---

[1] Art. 9º, § 1º, da Lei 9.868/1999 – "Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria."

adultas. Mesma corrente que atribui ao embrião uma progressiva função de *auto-constitutividade* que o torna protagonista central do seu processo de hominização, se comparado com o útero feminino (cujo papel é de coadjuvante, na condição de *habitat*, ninho ou ambiente daquele, além de fonte supridora de alimento). Argumentando, sobremais, que a retirada das células-tronco de um determinado embrião *in vitro* destrói a unidade, o personalizado conjunto celular em que ele consiste. O que já corresponde à prática de um mal disfarçado aborto, pois até mesmo no produto da concepção em laboratório já existe uma criatura ou organismo humano que é de ser visto como se fosse aquele que surge e se desenvolve no corpo da mulher gestante. Criatura ou organismo, ressalte-se, que não irrompe como um simples projeto ou u'a mera promessa de pessoa humana, somente existente de fato quando ultimados, com êxito, os trabalho de parto. Não! Para esse bloco de pensamento (estou a interpretá-lo), a pessoa humana é mais que individualidade protraída ou adiada para o marco factual do parto feminino. A pessoa humana em sua individualidade genética e especificidade ôntica já existe no próprio instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino. Coincidindo, então, concepção e personalidade (qualidade de quem é pessoa), pouco importando o processo em que tal concepção ocorra: se artificial ou *in vitro*, se natural ou *in vida*. O que se diferencia em tema de configuração da pessoa humana é tão somente uma quadra existencial da outra. Isso porque a primeira quadra se inicia com a concepção e dura enquanto durar a gestação feminina, compreendida esta como um processo contínuo, porque abrangente de todas as fases de vida humana pré-natal. A segunda quadra, a começar quando termina o parto (desde que realizado com êxito, já dissemos, porque aí já se tem um ser humano *nativivo*). Mas em ambos os estádios ou etapas do processo a pessoa humana já existe e é merecedora da mesma atenção, da mesma reverência, da mesma proteção jurídica. Numa síntese, a ideia do zigoto ou óvulo feminino já fecundado como simples embrião de uma pessoa humana é reducionista, porque o certo mesmo é vê-lo como um ser humano embrionário. Uma pessoa no seu estádio de embrião, portanto, e não um embrião a caminho de ser pessoa.

II – a outra corrente de opinião é a que investe, entusiasticamente, nos experimentos científicos com células-tronco extraídas ou retiradas de embriões humanos. Células tidas como de maior plasticidade ou superior versatilidade para se transformar em todos ou quase todos os tecidos humanos, substituindo-os ou regenerando-os nos respectivos órgãos e sistemas. Espécie de apogeu da investigação biológica e da terapia humana, descortinando um futuro de intenso brilho para os justos anseios de qualidade e duração da vida humana. Bloco de pensamento que não padece de dores morais ou de incômodos de consciência, porque, para ele, o embrião *in vitro* é uma realidade do mundo do ser, algo vivo, sim, que se põe como o lógico início da vida humana, mas nem em tudo e por tudo igual ao embrião que irrompe e evolui nas entranhas de u'a mulher. Sendo que mesmo a evolução desse último tipo de embrião ou zigoto para o estado de feto somente alcança a dimensão das incipientes características físicas e neurais da pessoa humana com a meticulosa colaboração do útero e do tempo. Não no instante puro e simples da concepção, abruptamente, mas por uma engenhosa metamorfose ou

laboriosa parceria do embrião, do útero e do correr dos dias. O útero passando a liderar todo o complexo processo de gradual conformação de uma nova individualidade antropomórfica, com seus desdobramentos ético-espirituais; valendo-se ele, útero feminino (é a leitura que faço nas entrelinhas das explanações em foco), de sua tão mais antiga quanto insondável experiência afetivo-racional com o cérebro da gestante. Quiçá com o próprio cosmo, que subjacente à cientificidade das observações acerca do papel de liderança do útero materno transparece como que uma aura de exaltação da mulher – e principalmente da mulher-mãe ou em vias de sê-lo – como portadora de um sexto sentido existencial já situado nos domínios do inefável ou do indizível. Domínios que a própria Ciência parece condenada a nem confirmar nem desconfirmar, porque já pertencentes àquela esfera ôntica de que o gênio de William Shakespeare procurou dar conta com a célebre sentença de que "Entre o céu e a terra há muito mais coisa do que supõe a nossa vã filosofia" (Hamlet, anos de 1600/1601, Ato I, Cena V).

9. Para ilustrar melhor essa dicotomia de visão dos temas que nos cabe examinar à luz do Direito, especialmente do Direito Constitucional brasileiro, transcrevo parte da explanação de duas das referidas autoridades que pessoalmente assomaram à tribuna por ocasião da sobredita audiência pública: a Dra. **Mayana Zatz**, professora de genética da Universidade de São Paulo, e a Dra. **Lenise Aparecida Martins Garcia**, professora do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília. Disse a primeira cientista:

> Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que se entenda a diferença.

10. Já a Dra. Lenise Garcia, são de Sua Excelência as seguintes palavras:

> Nosso grupo traz o embasamento científico para afirmarmos que a vida humana começa na fecundação, tal como está colocado na solicitação da Procuradoria. (...) Já estão definidas, aí, as características genéticas desse indivíduo; já está definido se é homem ou mulher nesse primeiro momento (...). Tudo já está definido, neste primeiro momento da fecundação. Já estão definidas eventuais doenças genéticas (...). Também já estarão aí as tendências herdadas: o dom para a música, pintura, poesia. Tudo já está ali na primeira célula formada. O zigoto de Mozart já tinha dom para a música e Drummond, para a poesia. Tudo já está lá. É um ser humano irrepetível.

11. À derradeira, confirmo o que já estava suposto na marcação da audiência em que este Supremo Tribunal Federal abriu suas portas para dialogar com cientistas não pertencentes à área jurídica: o tema central da presente ação direta de inconstitucionalidade é salientemente multidisciplinar, na medida em que objeto de estudo de numerosos setores do saber humano formal, como o Direito, a Filosofia, a Religião, a Ética, a Antropologia e as ciências médicas e

biológicas, notadamente a genética e a embriologia; suscitando, vimos, debates tão subjetivamente empenhados quanto objetivamente valiosos, porém de conclusões descoincidentes não só de um para outro ramo de conhecimento como no próprio interior de cada um deles. Mas debates vocalizados, registre-se, em arejada atmosfera de urbanidade **e uníssono reconhecimento da intrínseca dignidade da vida em qualquer dos seus estádios**. Inequívoca demonstração da unidade de formação humanitária de todos quantos acorreram ao chamamento deste Supremo Tribunal Federal para colaborar na prolação de um julgado que, seja qual for o seu conteúdo, se revestirá de caráter histórico. Isto pela envergadura multiplamente constitucional do tema e seu mais vivo interesse pelos meios científicos de todo o mundo, desde 1998, ano em que a equipe do biólogo norte-americano James Thomson isolou pela primeira vez células-tronco embrionárias, conseguindo cultivá-las em laboratório.

12. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): De partida, assento a legitimidade do Procurador-Geral da República para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, porque tal legitimidade processual ativa procede da melhor fonte de positividade: a Constituição Federal, pelo inciso VI do seu art. 103. Como também consigno a adequação da via eleita, por se tratar de pedido que põe em suposta situação de incompatibilidade vertical com a Magna Carta dispositivos genéricos, impessoais e abstratos de lei federal. O que provoca a incidência da parte inicial da alínea *a* do inciso I do art. 102 da Constituição.

14. No mérito, e conforme relatado, a presente ação direta de inconstitucionalidade é manejada para se contrapor a todos os dispositivos do art. 5º da Lei federal 11.105, de 24 de março de 2005, popularizada como "Lei de Biossegurança". Dispositivos que torno a transcrever para um mais demorado *passar de olhos* sobre as suas questionadas inovações. Ei-los:

> Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
>
> I – sejam embriões inviáveis; ou
>
> II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.
>
> § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.
>
> § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.
>
> § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 ("Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: pena – reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa").

15. Vê-se, então, que os textos normativos em causa se distribuem por quatro individualizados relatos ou núcleos deônticos, a saber:

I – a parte inicial do artigo, autorizando, para fins de pesquisa científica e tratamento médico, o uso de uma tipologia de células humanas: as "células-tronco embrionárias"; que são células contidas num agrupamento de outras, encontradiças em cada embrião humano de até quatorze dias (opinião que não é unânime, porque outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastócito, ocorrente em torno de cinco dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino). Mas embriões a que se chega por efeito de manipulação humana, porquanto produzidos laboratorialmente ou *in vitro*, e não espontaneamente ou *in vida*. Noutro falar, embriões que resultam do processo tecnológico de retirada de óvulos do corpo feminino (assim multiplamente produzidos por efeito de injeção de hormônios) para, já em ambiente extracorpóreo, submetê-los a penetração por espermatozoides masculinos. Mais ainda, pesquisa científica e terapia humana em paralelo àquelas que se vêm fazendo com células-tronco adultas, na perspectiva da descoberta de mais eficazes meios de cura de graves doenças e traumas do ser humano. Meios que a literatura especializada estuda e comenta por esta forma: "O principal foco atual de interesse da terapia celular é a medicina regenerativa, em que se busca a substituição de células ou tecidos lesados, senescentes ou perdidos, para restaurar sua função. Isso explica a atenção que desperta, porque as moléstias que são alvos desses tratamentos constituem causas de morte e de morbidade das sociedades modernas, como as doenças cardíacas, diabete melito, câncer, pneumopatias e doenças genéticas"[2];

II – a parte final do mesmo art. 5º, mais os seus incisos de I a II e § 1º, estabelecendo as seguintes **e cumulativas condições** para o efetivo desencadear das citadas pesquisas com células-tronco embrionárias: a) o não aproveitamento para fim reprodutivo (por livre decisão do casal, óbvio) de qualquer dos embriões empiricamente viáveis; b) a empírica não viabilidade desse ou daquele embrião enquanto matéria-prima da reprodução humana (como explica a antropóloga Débora Diniz, professora da Universidade de Brasília e pesquisadora do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS), "O diagnóstico de inviabilidade do embrião constitui procedimento médico seguro e atesta a impossibilidade de o embrião se desenvolver. Mesmo que um embrião inviável venha a ser transferido para um útero, não se desenvolverá em uma futura criança. O único destino possível para eles é o congelamento permanente, o descarte ou a pesquisa científica"[3]); c) que se trate de embriões congelados há pelo menos três anos da data da publicação da lei, ou que, já efetivamente congelados nessa data, venham a complementar aquele mesmo tempo de três anos. Marco temporal em que se dá por finda – interpreto – quer a disposição do casal para o aproveitamento reprodutivo do material biológico até então mantido *in vitro*, quer a obrigação do respectivo

---

[2] Texto de Marco Antonio Zago, inserido na coletânea *Células-tronco, a nova fronteira da medicina*, Atheneu Editora, p. 110, ano de 2006.

[3] Em "O STF e as células-tronco", *Correio Braziliense*, coluna "Opinião", edição de 29 de fevereiro de 2008.

armazenamento pelas clínicas de fertilização artificial, quer, enfim, a certeza da íntegra permanência das qualidades biológico-reprodutivas dos embriões em estado de congelamento; d) o consentimento do casal-doador para que o material genético dele advindo seja deslocado da sua originária destinação procriadora para as investigações de natureza científica e finalidade terapêutico-humana;

III – o obrigatório encaminhamento de todos os projetos do gênero para exame de mérito por parte dos competentes comitês de ética e pesquisa, medida que se revela como um nítido compromisso da lei com exigências de caráter bioético. Mas encaminhamento a ser feito pelos serviços de saúde e instituições de pesquisas, justamente com células-tronco embrionárias, o que redunda na formação também obrigatória de um tão específico quanto controlado banco de dados. Banco, esse, inibidor do aleatório descarte do material biológico não utilizado nem reclamado pelos respectivos doadores;

IV – por último, a proibição de toda espécie de comercialização do material coletado, cujo desrespeito é equiparado ao crime de "Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano" (art. 15, *caput*, da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997). Vedação que também ostenta uma clara finalidade ética ou de submissão da própria Ciência a imperativos dessa nova ramificação da filosofia, que é a bioética, e dessa mais recente disciplina jurídica em que se constitui o chamado "biodireito" (ver, no particular, o livro *Reprodução Assistida – Aspectos do Biodireito e da Bioética*, da autoria de Roberto Wider, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Lúmen Júris Editora, ano de 2007).

16. Daqui se infere – é a minha leitura – cuidar-se de regração legal a salvo da mácula do açodamento ou dos vícios da esdruxularia e da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Ao inverso, penso tratar-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto, ainda que assumida ou configurada do lado de fora do corpo feminino (caso do embrião *in vitro*). Noutro dizer, o que se tem no art. 5º da Lei de Biossegurança é todo um bem concatenado bloco normativo que, debaixo de explícitas, cumulativas e razoáveis condições de incidência, favorece a propulsão de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas dessa heterodoxa realidade que é o embrião humano *in vitro*[4].

17. Com mais clareza, talvez: o que temos sob exame de validade constitucional é todo um necessário, adequado e proporcional conjunto de normas sobre a realização de pesquisas no campo da medicina celular ou regenerativa, em paralelo àquelas que se vêm desenvolvendo com outras fontes de células-tronco

[4] Lê-se em Luís Roberto Barroso que "A fertilização *in vitro* é um método de reprodução assistida, destinado a superar a infertilidade conjugal. A fecundação é feita em laboratório, utilizando-se o sêmen doado e os óvulos obtidos mediante aspiração folicular. A prática médica consolidada é retirarem diversos óvulos para serem fecundados simultaneamente. Implantam-se de dois a três embriões fecundados no útero da mãe e o remanescente é congelado" (nota de rodapé da p. 2 do memorial assinado em data de 3 de março de 2008).

humanas (porém adultas), de que servem de amostra as situadas no cordão umbilical, no líquido amniótico, na medula óssea, no sangue da menstruação, em células de gordura e até mesmo na pele ou epiderme (a mais nova das descobertas, com potencialidades que se anunciam como próximas daquelas que são inerentes às células-tronco embrionárias, conforme se vê de ampla matéria que a Editora Três fez publicar na revista semanal *Isto É*, de n. 1987, ano 30, em data de 28 de novembro de 2007, p. 90/94). Por conseguinte, **linhas de pesquisa que não invalidam outras**, porque a essas outras vêm se somar em prol do mesmo objetivo de enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofias espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as reuropatias e as doenças do neurônio motor, além das precedentemente indicadas). Contingente em torno de cinco milhões, somente para contabilizar os "brasileiros que sofrem de algumas doenças genéticas graves", segundo dados levantados pela revista *Época*, edição de 29 de abril de 2007, p. 13/17. E quanto aos portadores de diabetes, em nosso País, a projeção do seu número varia de dez a quinze milhões, segundo elementos que Luis Roberto Barroso (p. 9 de sua petição em nome da MOVITAE – Movimento em Prol da Vida) aponta como oriundos da seguinte fonte: "Nardi, *Doenças Genéticas: gênicas, cromossômicas, complexas*, p. 209-226".

18. Ainda assim, ponderadamente posto (a meu juízo), é todo esse bloco normativo do art. 5º da Lei de Biossegurança que se vê tachado de contrariar por modo frontal o Magno Texto Republicano. Entendimento que vai ao ponto de contrabater a própria abertura ou receptividade da Lei para a tese de que as células-tronco embrionárias são dotadas de maior versatilidade para, orientadamente, em laboratório, "se converter em qualquer dos 216 tipos de célula do corpo humano" (revista *Veja*, Editora Abril, edição 2050 – ano 41 – n. 9, p. 11), de sorte a mais eficazmente recompor a higidez da função de órgãos e sistemas da pessoa humana. Equivale a dizer: a presente ação direta de inconstitucionalidade consubstancia expressa reação até mesmo à abertura da Lei de Biossegurança para a ideia de que células-tronco embrionárias constituem tipologia celular que acena com melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais, em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos, adquiridos, ou em consequência de acidentes.

19. Falo "pessoas físicas ou naturais", devo explicar, para abranger tão somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art. 2º do Código Civil brasileiro chama de "personalidade civil", *litteris*: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Donde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito (teoria "natalista", portanto, em oposição às teorias da "personalidade condicional" e da "concepcionista"). Mas personalidade como predicado ou apanágio de quem é pessoa **numa dimensão biográfica**, mais que

simplesmente biológica, segundo este preciso testemunho intelectual do publicista José Afonso da Silva:

> Vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva (...)[5].

20. Se é assim, ou seja, cogitando-se de personalidade numa dimensão **biográfica**, penso que se está a falar do indivíduo já empírica ou numericamente agregado à espécie animal-humana; isto é, já contabilizável como efetiva unidade ou exteriorizada parcela do gênero humano. Indivíduo, então, perceptível *a olho nu* e que tem sua história de vida incontornavelmente interativa. Múltipla e incessantemente relacional. Por isso que definido como membro dessa ou daquela sociedade civil e *nominalizado* sujeito perante o Direito. **Sujeito que não precisa mais do que de sua própria faticidade como nativivo para instantaneamente se tornar um rematado centro de imputação jurídica**. Logo, sujeito capaz de adquirir direitos em seu próprio nome, além de, preenchidas certas condições de tempo e de sanidade mental, também em nome próprio contrair voluntariamente obrigações e se pôr como endereçado de normas que já signifiquem imposição de "deveres", propriamente. O que só pode acontecer a partir do nascimento com vida, renove-se a proposição.

21. Com efeito, é para o indivíduo assim biograficamente qualificado que as leis dispõem sobre o seu *nominalizado* registro em cartório (cartório de registro civil das pessoas naturais) e lhe conferem uma nacionalidade. **Indivíduo-pessoa**, conseguintemente, a se dotar de toda uma gradativa formação moral e espiritual, esta última segundo uma cosmovisão não exatamente darwiniana ou evolutiva do ser humano, porém *criacionista* ou divina (prisma em que Deus é tido como a nascente e ao mesmo tempo a embocadura de toda a corrente de vida de qualquer dos personalizados seres humanos). Com o que se tem a seguinte e ainda provisória definição jurídica: **vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte.**

22. Avanço no raciocínio para assentar que essa reserva de personalidade civil ou biográfica para o *nativivo* em nada se contrapõe aos comandos da Constituição. É que a nossa Magna Carta **não diz quando começa a vida humana**. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" (alínea *b* do inciso VII do art. 34), "livre exercício dos direitos (...) individuais" (inciso III do art. 85) e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60), **está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa**. **Gente**. **Alguém**. De nacionalidade

---

[5] Em *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20. ed. Malheiros, 2001. p. 196.

brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º). Tanto é assim que ela mesma, Constituição, faz expresso uso do adjetivo "residentes" no País (não em útero materno e menos ainda em tubo de ensaio ou em "placa de Petri"), além de complementar a referência do seu art. 5º "aos brasileiros" para dizer que eles se alocam em duas categorias: a dos brasileiros **natos** (na explícita acepção de "nascidos", conforme as alíneas *a*, *b* e *c* do inciso I do art. 12) e brasileiros **naturalizados** (a pressupor formal manifestação de vontade, a teor das alíneas *a* e *b* do inciso II do mesmo art. 12).

23. Isto mesmo é de se dizer das vezes tantas em que o Magno Texto Republicano fala da "criança", como no art. 227 e seus parágrafos 1º, 3º (inciso VII), 4º e 7º, porque o faz na invariável significação de indivíduo ou criatura humana que já conseguiu ultrapassar a fronteira da vida tão somente intrauterina. Assim como faz o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei federal 8.069, de 13 de julho de 1990), conforme este elucidativo texto: "Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade". Pelo que somente é tido como criança quem ainda não alcançou 12 anos de idade, a contar do primeiro dia de vida **extrauterina**. Desconsiderado que fica todo o tempo em que se viveu em estado de embrião e feto.

24. Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estádio da vida humana um autonomizado bem jurídico, **mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa**, **porque *nativiva* e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural**. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o art. 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião). E como se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana **é de um silêncio de morte** (permito-me o trocadilho), a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do *homo sapiens*, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida. Precisamente como esclareceu Débora Diniz, na mencionada audiência pública, *verbis*:

> Quando a vida humana tem início? O que é vida humana? Essas perguntas contêm um enunciado que remete à regressão infinita: as células humanas no óvulo antes da fecundação, assim como em um óvulo fecundado em um embrião, em um feto, em uma criança ou em um adulto. O ciclo interminável de geração da vida humana envolve células humanas e não humanas, a tal ponto que descrevemos o fenômeno biológico como reprodução, e não simplesmente como produção da vida humana.
>
> Isso não impede que nosso ordenamento jurídico e moral possa reconhecer alguns estágios da biologia humana como passíveis de maior proteção do que outros. É o caso, por exemplo, de um cadáver humano, protegido por nosso ordenamento. No entanto, não há como comparar as proteções jurídicas e éticas oferecidas a uma pessoa adulta com as de um cadáver. Portanto, considerar o marco da fecundação

> como suficiente para o reconhecimento do embrião como detentor de todas as proteções jurídicas e éticas disponíveis a alguém, após o nascimento, implica assumir que: primeiro, a fecundação expressaria não apenas um marco simbólico na reprodução humana, mas a resumiria euristicamente; uma tese de cunho essencialmente metafísico. Segundo, haveria uma continuidade entre óvulo fecundado e futura pessoa, mas não entre óvulo não fecundado e outras formas de vida celular humana. Terceiro, na ausência de úteros artificiais, a potencialidade embrionária de vir a se desenvolver intraútero pressuporia o dever de uma mulher à gestação, como forma a garantir a potencialidade da implantação. Quarto, a potencialidade embrionária de vir a se desenvolver intraútero deveria ser garantida por um princípio constitucional do direito à vida.
> (Fls. 1118/1119.)

25. Convergentemente, essa constatação de que o Direito protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano **é o próprio fio condutor de todo o pensamento de Ronald Dworkin, constitucionalista norte-americano**, exposto ao longo das 347 páginas do seu livro *Domínio da Vida* (São Paulo: Martins Fontes, 2003). Proteção que vai aumentando à medida que a tais etapas do evolver da criatura humana vai-se adensando a carga de investimento nela: investimento natural ou da própria natureza, investimento pessoal dos genitores e familiares. É o que se poderia chamar de tutela jurídica proporcional ao *tamanho* desse investimento simultaneamente natural e pessoal, dado que também se faz proporcionalmente maior a cada etapa de vida humana a carga de frustração com a falência ou *bancarrota* do respectivo processo (a curva ascendente de expectativas somente se transmuta em descendente com a chegada da velhice). Confira-se esta elucidativa passagem:

> Como afirmei, acreditamos que uma vida humana bem-sucedida segue um certo curso natural. Começa com o simples desenvolvimento biológico – a concepção, o desenvolvimento do feto e a primeira infância – e depois prossegue pela educação e pelas escolhas sociais e individuais e culminando na capacidade de estabelecer relações e alcançar os mais variados objetivos. Depois de um período de vida normal, termina com a morte natural. O desperdício dos investimentos criativos naturais e humanos que constituem a história de uma vida normal ocorre quando essa progressão normal se vê frustrada pela morte, prematura ou não. Quanto lamentável isso é, porém – o tamanho da frustração –, depende da fase da vida em que ocorre, pois a frustração é maior se a morte ocorrer depois que a pessoa tiver feito um investimento pessoal significativo em sua própria vida, e menor se ocorrer depois que algum investimento tiver sido substancialmente concretizado, ou tão substancialmente concretizado quanto poderia ter sido.
> (P. 122.)

26. Sucede que – este o *fiat lux* da controvérsia – a dignidade da pessoa humana **é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento**. Transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que deságue, justamente, no indivíduo-pessoa. Caso do embrião e do feto, segundo a humanitária diretriz de que a eminência da embocadura ou apogeu do ciclo biológico justifica a tutela das respectivas etapas. Razão

por que o nosso Código Civil se reporta à lei para colocar a salvo, "desde a concepção, os direitos do nascituro" (do latim *nasciturus*); **que são direitos de quem se encontre a caminho do nascimento**. Se se preferem – considerado o fato de que o fenômeno da concepção já não é exclusivamente intracorpóreo – **direitos para cujo desfrute se faz necessário um vínculo operacional entre a fertilização do óvulo feminino e a virtualidade para avançar na trilha do nascimento**. Pois essa aptidão para avançar, concretamente, na trilha do nascimento é que vai corresponder ao conceito legal de "nascituro". Categoria exclusivamente jurídica, porquanto não versada pelas ciências médicas e biológicas, e assim conceituada pelo civilista Sílvio Rodrigues (*in* Direito Civil, ano de 2001, p. 36): "Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno".

27. Igual proteção jurídica se encontra no relato do § 3º do art. 9º da Lei 9.434/1997, segundo o qual "É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea **e o ato não oferecer risco à saúde do feto**" (negritos à parte). Além, é claro, da norma penal de criminalização do aborto (arts. 123 a 127 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), com as exceções dos incisos I e II do art. 128, a saber: "se não há outro meio de salvar a vida da gestante" (aborto terapêutico); se "a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal" (aborto sentimental ou compassivo). Dupla referência legal ao vocábulo "gestante" para evidenciar que o bem jurídico a tutelar contra o aborto é um organismo ou entidade pré-natal, quer em estado embrionário, quer em estado fetal, **mas sempre no interior do corpo feminino**. Não em placa de Petri, cilindro metálico ou qualquer outro recipiente mecânico de embriões que não precisaram de intercurso sexual para eclodir.

28. Não que a vedação do aborto signifique o reconhecimento legal de que em toda gravidez humana já esteja pressuposta a presença de pelo menos duas pessoas: a da mulher grávida e a do ser em gestação. Se a interpretação fosse essa, então as duas exceções dos incisos I e II do art. 128 do Código Penal seriam inconstitucionais, sabido que a alínea *a* do inciso XLVII do art. 5º da Magna Carta Federal proíbe a pena de morte (salvo "em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX"). O que traduz essa vedação do aborto não é outra coisa senão o Direito Penal brasileiro a reconhecer que, **apesar de nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural**, ainda assim faz-se portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger. Reconhecer e proteger, aclare-se, nas condições e limites da legislação ordinária mesma, devido ao mutismo da Constituição quanto ao início da vida humana. Mas um mutismo hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária ou usual, até porque, segundo recorda Sérgio da Silva Mendes, houve tentativa de se embutir na Lei Maior da República a proteção ao ser humano desde a sua concepção. É o que o que noticiam os anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1986/1987, assim invocados por ele, Sérgio da Silva Mendes (mestre em Direito e doutorando em Filosofia pela

Universidade Gama Filho – RJ): "O positivismo-lógico apela para os métodos tradicionais de interpretação, entre eles o da vontade do legislador. A averiguação, se não vinculante, ao menos conduz a hermenêutica sobre caminhos objetiváveis. A primeira sugestão na Constituinte acerca da matéria foi feita no capítulo *Da Família*, com a seguinte preocupação: 'sugere normas de proteção à vida **desde sua concepção**'"[6]. Sugestão de n. 421, de 7 de abril de 1987, feita pelo então parlamentar Carlos Virgílio, porém avaliada como não convincente o bastante para figurar no corpo normativo da Constituição.

29. Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. **Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose**. O sufixo grego "meta" a significar, aqui, u'a mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja a planta; a nuvem, a chuva; a lagarta, a crisálida; a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento do posterior. **Donde não existir pessoa humana embrionária**, **mas embrião de pessoa humana**, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos "feto". Este é o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa humana propriamente dita. Essa pessoa humana, agora sim, que tanto é parte do todo social quanto um todo à parte. Parte de algo e um algo à parte. Um microcosmo, então, a se pôr como "a medida de todas as coisas", na sempre atual proposição filosófica de Protágoras (485/410 a.C.) e a servir de inspiração para os compositores brasileiros Tom-Zé e Ana Carolina afirmarem que "O homem é sozinho a casa da humanidade". E Fernando Pessoa dizer, no imortal poema *Tabacaria*:

> Não sou nada.
> Nunca serei nada.
> Não posso querer ser nada.
> À parte isso, tenho em mim
> todos os sonhos do mundo.

30. Por este visual das coisas, **não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino**. Um gameta masculino (com seus 23 cromossomos) a se fundir com um gameta feminino (também portador de igual número de cromossomos) para a formação da unitária célula em que o zigoto

---

[6] Refiro-me ao texto, ainda inédito, que Sérgio da Silva Mendes escreveu sob o título de *O Constituinte, a Constituição e a Inviabilidade Genética do Positivismo Lógico*, elaborado com base no banco de dados da nossa última Assembleia Nacional Constituinte, disponível no *site* do Senado Federal.

consiste. Tal como se dá com a desconcertante aritmética do amor: **um mais um, igual a um**, segundo figuração que se atribui à inspirada pena de Jean Paul Sartre.

31. Não pode ser diferente. Não há outra matéria-prima da vida humana ou diverso modo pelo qual esse tipo de vida animal possa começar, já em virtude de um intercurso sexual, já em virtude de um ensaio ou cultura em laboratório. Afinal, o zigoto enquanto primeira fase do embrião humano é isso mesmo: o germe de todas as demais células do hominídeo (por isso que na sua fase de partida é chamado de "célula-ovo" ou "célula-mãe", em português, e de "célula-madre", em castelhano). Realidade seminal que encerra o nosso mais rudimentar ou originário ponto de partida. Sem embargo, esse insubstituível início de vida é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física ou natural; não por efeito de uma unânime ou sequer majoritária convicção metafísica (esfera cognitiva em que o assunto parece condenado à aporia ou *indecidibilidade*), **mas porque assim é que preceitua o Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Convenhamos: Deus fecunda a madrugada para o parto diário do sol, mas nem a madrugada é o sol, nem o sol é a madrugada. Não há processo judicial contencioso sem um pedido inicial de prolação de sentença ou acórdão, mas nenhum acórdão ou sentença judicial se confunde com aquele originário pedido. Cada coisa tem o seu momento ou a sua etapa de ser exclusivamente ela, no âmbito de um processo que o direito pode valorar por um modo tal que o respectivo clímax (no caso, a pessoa humana) apareça como substante em si mesmo. Espécie de efeito sem causa, normativamente falando, ou positivação de uma fundamental dicotomia entre dois planos de realidade: o da vida humana *intrauterina* e o da vida para além dos escaninhos do útero materno, tudo perfeitamente de acordo com a festejada proposição kelseniana de que o direito tem a propriedade de construir suas próprias realidades[7].

32. Verdade que a Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere. Nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito, justamente, das ciências médicas e biológicas. Significado que desponta no glossário que se lê às p. 18/19 da coletânea que a editora Atheneu fez publicar, no recente ano de 2006, com o nome de *Células-Tronco, A Nova Fronteira de Medicina* (já o dissemos em nota de rodapé), sob a coordenação dos professores Marco Antonio Zago e Dimas Tadeu Covas[8]. Glossário que reproduzo nos seguintes verbetes:

> Célula-tronco embrionária: Tipo de célula tronco pluripotente (capaz de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto) que cresce *in vitro* na forma de linhagens celulares derivadas de embriões humanos;

---

[7] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed., p. 269/273.

[8] Marco Antonio Zago, membro titular da Academia Brasileira de Ciências, é professor titular de Clínica Médica da Faculdade de Medicina de Ribeiro Preto da Universidade de São Paulo e coordenador do Centro de Terapia Celular de Ribeirão Preto, além de diretor científico do Hemocentro de Ribeirão Preto. Já o segundo coordenador, Dimas Tadeu Covas, é professor-associado de Clínica médica da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, além de pesquisador do Centro de Terapia Celular de Ribeirão Preto e diretor-presidente do Hemocentro de Ribeiro Preto.

Célula-tronco adulta: Tipo de célula-tronco obtida de tecidos após a fase embrionária (feto, recém-nascido, adulto). As células-tronco adultas até agora isoladas em humanos são tecido-específicas, ou seja, têm capacidade de diferenciação limitada a um único tipo de tecido ou a alguns poucos tecidos relacionados;

Embrião: O ser humano nas primeiras fases de desenvolvimento, isto é, do fim da segunda até o final da oitava semana, quando termina a morfogênese geral;

Feto: Organismo humano em desenvolvimento, no período que vai da nona semana de gestação ao nascimento.

33. Retomo a tarefa de dissecar a lei para deixar ainda mais explicitado que os embriões a que ela se refere são aqueles derivados de uma fertilização que se obtém **sem o conúbio ou acasalamento humano**. **Fora da relação sexual.** Do lado externo do corpo da mulher, então, e do lado de dentro de provetas ou tubos de ensaio. "Fertilização *in vitro"*, tanto na expressão vocabular do diploma legal quanto das ciências médicas e biológicas, no curso de procedimentos de procriação humana assistida. Numa frase, concepção artificial ou em laboratório, **ainda numa quadra em que deixam de coincidir os fenômenos da fecundação de um determinado óvulo e a respectiva gravidez humana**. A primeira, já existente (a fecundação), mas não a segunda (a gravidez). Logo, particularizado caso de um embrião que, além de produzido sem cópula humana, não se faz acompanhar de uma concreta gestação feminina. Donde a proposição de que, **se toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana**. Situação em que também **deixam de coincidir concepção e nascituro**, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino.

34. Acontece – insistimos na anotação – que o emprego de tais células-tronco embrionárias para os fins da Lei de Biossegurança tem entre os seus requisitos a expressa autorização do casal produtor do espermatozoide e do óvulo afinal fecundado. Fecundado em laboratório ou por um modo artificial – também já foi ressaltado –, **mas sem que os respectivos doadores se disponham a assumi-los como experimento de procriação própria, ou alheia**. Pelo que não se cuida de interromper gravidez humana, pois assim como nenhuma mulher se acha "mais ou menos grávida" (a gravidez é radical, no sentido de que, ou já é fato consumado, ou dela não se pode cogitar), também assim nenhum espécime feminino engravida à distância. Por controle remoto: o embrião do lado de lá do corpo, em tubo de ensaio ou coisa que o valha, e a gravidez do lado de cá da mulher. Com o que deixa de haver o pressuposto de incidência das normas penais criminalizadoras do aborto (até porque positivadas em época (1940) muito anterior às teorias e técnicas de fertilização humana *in vitro*).

35. Nesse ritmo argumentativo, diga-se bem mais: não se trata sequer de interromper uma producente trajetória extrauterina do material constituído e acondicionado em tubo de ensaio, **simplesmente porque esse modo de irromper em laboratório e permanecer confinado *in vitro* é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva**. Impossível de um reprodutivo "desenvolvimento contínuo", ao contrário, *data venia*, da afirmação textualmente feita

na petição inicial da presente ação. Equivale a dizer, o zigoto assim extracorporalmente produzido e também extracorporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária que, em termos de uma hipotética gestação humana, corresponde ao ditado popular de que "uma andorinha só não faz verão". Pois o certo é que, à falta do *húmus* ou da constitutiva ambiência orgânica do corpo feminino, o óvulo já fecundado, mas em estado de congelamento, estaca na sua própria *linha de partida genética.* Não tem como alcançar a fase que, na mulher grávida, corresponde àquela "nidação" que já é a *antessala* do feto. Mas é embrião que conserva, pelo menos durante algum tempo, a totipotência para se diferenciar em outro tecido (inclusive neurônios) que nenhuma célula-tronco adulta parece deter. Daí o sentido irrecusavelmente instrumental ou utilitário da Lei de Biossegurança em sede científico-terapêutica, melhor compreendido a partir das seguintes lucubrações de Marco Antonio Zago (ainda uma vez citado)[9]:

> Apesar da grande diversidade de células que podem ser reconhecidas em tecidos adultos, todas derivam de uma única célula-ovo, após a fecundação de um óvulo por um espermatozoide. Essa única célula tem, pois, a propriedade de formar todos os tecidos do indivíduo adulto. Inicialmente, essa célula totipotente divide-se formando células idênticas, mas, muito precocemente na formação do embrião, os diferentes grupos celulares vão adquirindo características especializadas e, ao mesmo tempo, **vão restringindo sua capacidade de diferenciação.**
>
> (Ob. cit., p. 3 e 4, sem destaque no original.)

36. Convém repetir, com ligeiro acréscimo de ideias. O embrião viável (viável para reprodução humana, lógico), desde que obtido por manipulação humana e depois aprisionado *in vitro*, *empaca* nos primeiros degraus do que seria sua evolução genética. Isso por se achar impossibilitado de experimentar as metamorfoses de hominização que adviriam de sua eventual nidação. Nidação, como sabido, que já é a fase de implantação do zigoto no endométrio ou parede do útero, na perspectiva de sua mutação em feto. Dando-se que, no materno e criativo aconchego do útero, **o processo reprodutivo é da espécie evolutiva ou de progressivo fazimento de uma nova pessoa humana**; ao passo que, lá, na gélida solidão do confinamento *in vitro*, o que se tem é um quadro geneticamente contido do embrião, ou, pior ainda, um processo que tende a ser estacionário-degenerativo, se considerada uma das possibilidades biológicas com que a própria lei trabalhou: o risco da gradativa perda da capacidade reprodutiva e quiçá da potipotência do embrião que ultrapassa um certo período de congelamento (congelamento que se faz entre três e cinco dias da fecundação). Donde, em boa medida, as seguintes declarações dos doutores Ricardo Ribeiro dos Santos e Patrícia Helena Lucas Pranke, respectivamente (fls. 963 e 929):

---

[9] Lê-se em Cláudio Fonteles (*A vida humana é dinamismo essencial inesgotável*, p. 1): "A vida humana é *dinamismo essencial*. Na fecundação – união do espermatozoide com o óvulo – e a partir da fecundação a célula autônoma – zigoto – que assim surge, por movimento de dinamismo próprio, independente de qualquer interferência da mãe, ou do pai, realiza a sua própria constituição, bipartindo-se, quadripartindo-se, no segundo dia, no terceiro dia, e assim por diante.

> A técnica do congelamento degrada os embriões, diminui a viabilidade desses embriões para o implante; para dar um ser vivo completo (...). A viabilidade de embriões congelados há mais de três anos é muito baixa. Praticamente nula;
>
> Teoricamente, podemos dizer que, em alguns casos, como na categoria D, o próprio congelamento acaba por destruir o embrião, do ponto de vista da viabilidade de ele se transformar em embrião. Para pesquisa, as células estão vivas; então, para pesquisa, esses embriões são viáveis, mas não para a fecundação.

37. Afirme-se, pois, **e de uma vez por todas**, que a Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. **Não é isso**. O que autoriza a lei é um procedimento *externa-corporis*: pinçar de embrião ou embriões humanos, obtidos artificialmente e acondicionados *in vitro*, células que, presumivelmente dotadas de potência máxima para se diferenciar em outras células e até produzir cópias idênticas a si mesmas (fenômeno da "autorreplicação"), poderiam experimentar com o tempo o risco de u'a mutação redutora dessa capacidade ímpar. Com o que transitariam do não aproveitamento reprodutivo para a sua relativa descaracterização como tecido potipotente e daí para o descarte puro e simples como dejeto clínico ou hospitalar. Dejeto tanto mais numericamente incontrolável quanto inexistentes os referidos bancos de dados sobre as atividades de reprodução humana assistida e seus produtos finais[10].

38. Se a realidade é essa, ou seja, se o tipo de embrião a que se refere a lei não precisa da cópula humana nem do corpo feminino para acontecer como entidade biológica ou material genético (embrião que nem saiu de dentro da mulher nem no corpo feminino vai ser introduzido), penso que uma pergunta se impõe ao equacionamento jurídico da controvérsia nodular que permeia o presente feito. Ei-la: **há base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou *in vitro***? Casal que não consegue procriar pelo método convencional do coito? Respondo que sim, e é sem nenhuma hesitação que o faço.

39. Deveras, os arts. 226 e seguintes da Constituição brasileira dispõem que o homem e a mulher, seja pelo casamento civil, seja pela união estável, são as células formadoras dessa fundamental instituição que atende pelo nome de "família". Família de pronto qualificada como "base da sociedade" e merecedora da "proteção especial do Estado" (*caput* do art. 226). Família, ainda, que se expande com a chegada dos filhos, referidos doze vezes, ora por forma direta, ora por forma indireta, nos artigos constitucionais de n. 226, 227 e 229. Mas que não deixa de existir quando formada apenas por um dos pais e seus descendentes (§ 4º do art. 226), situação em que passa a receber a alcunha de *monoparental*. Sucedendo que, nesse mesmo conjunto normativo, o Magno Texto Federal passa a dispor sobre a figura do **"planejamento familiar"**. Mais exatamente,

---

[10] De se registrar que a presente ação direta não impugna o descarte puro e simples de embriões não aproveitados "no respectivo procedimento". A impugnação é quanto ao emprego de células em pesquisa científica e terapia humana.

planejamento familiar que, **"fruto da livre decisão do casal"**, é **"fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável"** (§ 7º desse emblemático art. 226, negritos à parte). Donde a intelecção de que:

I – dispor sobre o tamanho de sua família e possibilidade de sustentá-la materialmente, tanto quanto de assisti-la física e amorosamente é modalidade de decisão a ser tomada pelo casal. Mas decisão tão voluntária quanto responsavelmente tomada, tendo como primeiro e explícito suporte o princípio fundamental da "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 5º);

II – princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, esse, que opera por modo binário ou dual. De uma parte, **para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade"** (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade ou esfera de privacidade decisória. De outra banda, **para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva**.

40. Dá-se que essa figura jurídico-constitucional do planejamento familiar para o exercício de uma paternidade responsável é ainda servida pela parte final do dispositivo sob comento (inciso 7º do art. 226), que impõe ao Estado o dever de "**propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito**" (direito ao planejamento familiar com paternidade responsável, repise-se), "**vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas**" (original sem destaque).

41. O que agora se tem, por conseguinte, já é o Poder Público tão proibido de se contrapor à autonomia de vontade decisória do casal quanto obrigado a se postar como aparelho de suprimento dos meios educacionais e científicos para o mais desembaraçado e eficaz desfrute daquela situação jurídica ativa ou direito público subjetivo a um planejamento familiar que se volte para a concreta assunção da mais responsável paternidade. Sendo certo que:

I – a fertilização *in vitro* é peculiarizado meio ou recurso científico a serviço da ampliação da família como entidade digna da "especial proteção do Estado" (base que é de toda a sociedade);

II – não importa, para o Direito, o processo pelo qual se viabilize a fertilização do óvulo feminino (se natural o processo, se artificial). O que importa é possibilitar ao casal superar os percalços de sua concreta infertilidade, e, assim, contribuir para a perpetuação da espécie humana. Experimentando, de conseguinte, o êxtase do amor a dois na paternidade responsável.

42. Uma segunda pergunta ainda me parece imprescindível para a formatação do equacionamento jurídico-constitucional da presente ação. Formula-a nos seguintes termos: se é legítimo o apelo do casal a processos de assistida procriação humana *in vitro*, fica ele obrigado ao aproveitamento reprodutivo de todos os óvulos eventualmente fecundados? Mais claramente falando: **o recurso a processos de fertilização artificial implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher produtora dos óvulos afinal fecundados? Todos eles?**

Mesmo que sejam 5, 6, 10? Pergunta que se impõe, já se vê, pela consideração de que os procedimentos de procriação assistida não têm como deixar de experimentar todos os óvulos eventualmente produzidos pela doadora e delas retirados no curso de um mesmo período mensal, após indução por injeções de hormônios. Coleta e experimento que se impõem para evitar novas práticas invasivas (incômodas, custosas, arriscadas) do corpo da mulher em curto espaço de tempo.

43. Minha resposta, no ponto, é rotundamente negativa. Não existe esse dever do casal, seja porque não imposto por nenhuma lei brasileira ("ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", reza o inciso II do art. 5º da Constituição Federal), seja porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Planejamento que só pode significar a projeção de um número de filhos *pari passu* com as possibilidades econômico-financeiras do casal e sua disponibilidade de tempo e afeto para **educá-los** na senda do que a Constituição mesma sintetiza com esta enfática proclamação axiológica: "A educação, direito de todos e dever do Estado **e da família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (sem negrito e sublinha, no texto original).

44. Recolocando a ideia, planejamento familiar que se traduza em paternidade responsável é, entre outras coisas, a projeção de uma prole em número compatível com as efetivas possibilidades materiais e disponibilidades físico-amorosas dos pais. Tudo para que eles, os pais, sem jamais perder de vista o horizonte axiológico do citado art. 205 da Constituição, **ainda possam concretizar um outro conjunto de desígnios igualmente constitucionais**: o conjunto do art. 227, impositivo do dever de "assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

45. Tudo isso, em verdade, tenho como inexcedível modelo jurídico de planejamento familiar para o concreto exercício de uma paternidade ou procriação responsável. Modelo concebido diretamente pela Constituição brasileira, de que este Supremo Tribunal Federal é o guardião-mor. Despontando claro que se trata de paradigma perfeitamente rimado com a tese de que não se pode compelir nenhum casal ao pleno aproveitamento de todos os embriões sobejantes ("excedentários") dos respectivos propósitos reprodutivos. Até porque tal aproveitamento, à revelia do casal, seria extremamente perigoso para a vida da mulher que passasse pela desdita de uma compulsiva nidação de grande número de embriões (a gestante a ter que aceitar verdadeira *ninhada* de filhos de uma só vez). Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição, *litteris*: "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante". Sem meias palavras, tal nidação

compulsória corresponderia a impor às mulheres a tirania patriarcal de ter que gerar filhos para os seus maridos ou companheiros, na contramão do notável avanço cultural que se contém na máxima de que "o grau de civilização de um povo se mede pelo grau de liberdade da mulher" (Charles Fourier).

46. Por outro aspecto, importa reconhecer que na base dessa ausência do dever legal de aproveitamento de grande quantidade de embriões *in vitro* está o fato de que tais embriões não mantêm com as pessoas de cujo material biológico provieram o mesmo vínculo de proximidade física e afetividade que sói acontecer com o zigoto convencional. Vale dizer, a identidade física, psicológica e amorosa do casal, especialmente a identidade da mulher, é compreensivelmente maior com o zigoto *in natura* ou não artificial. Com o corpo que se vai formando no interior de outro corpo, de maneira a criar para a gestante (falo a partir do que ordinariamente ocorre nas gestações voluntárias) toda uma diáfana atmosfera de expectativas, sonhos, planos, desejos, risos, cuidados, sustos, apreensões e dores que a poeta Adriene Rich assim traduziu em relato da professora Catharine MackKinnon, da Faculdade de Direito de Michigan:

> A criança que trago comigo durante nove meses não pode ser definida nem como eu nem como não eu.

47. É o trecho que se divisa à p. 77 do mencionado livro *Domínio da Vida*. Mesma página em que o próprio Dworkin retoma o testemunho de Adriene Rich para dizer que:

> Ao ignorar a natureza única da relação entre a mulher grávida e o feto, negligenciar a perspectiva da mãe e comparar sua situação à do proprietário de um imóvel ou à de uma mulher ligada a um violinista, a afirmação da privacidade obscurece, em particular, o especial papel criativo da mulher durante a gravidez. Seu feto não está meramente "dentro" dela como poderia estar um objeto inanimado, ou alguma coisa viva mas estranha que tivesse sido transplantada para o seu corpo. É "dela, e é dela mais do que de qualquer outra pessoa" porque é, porque ela fez com que se tornasse vivo. Ela já fez um intenso investimento físico e emocional nele, diferente do que qualquer outra pessoa possa ter feito, inclusive o pai; por causa dessas ligações físicas e emocionais, é tão errado dizer que o feto está separado dela quanto dizer que não está (...).

48. Realmente, o feto é organismo que para continuar vivo precisa da continuidade da vida da gestante. Não subsiste por conta própria, senão por um átimo. Cresce dentro de um corpo que também cresce com ele. Pulsa em par com outra pulsação e respira igualmente a dois. **Não sabe o que é solidão**, porque desmente a lei da Física de que dois corpos não podem ocupar ao mesmo tempo o mesmo espaço. Se desde os seus primeiros sinais de formação neural já reconhece a voz e o riso de quem o transporta e alimenta, **quem o transporta e alimenta fica para sempre com o seu retrato sentimental na parede do útero**. Impossível esquecê-lo! Se o homem esgota o seu constitutivo papel na formação de um novo ser com o ato em si da produção do sêmen fecundante, a mulher não exaure esse papel com a produção do óvulo fecundado. Esse ovócito ou célula-ovo é apenas

o início de uma trajetória intestina que tanto pode dar no esplendor da vida cá de fora, passando pelo útero, naturalmente, como acabar na escuridão de uma urna mortuária ("o absoluto e terrível colapso da luz", na precisa metáfora do mesmo Ronald Dworkin, p. 280 do seu precioso livro). Se a partir de um certo período de vida o feto experimenta o que os teólogos chamam de *animação* ou presença da alma, essa alma junta-se à da parturiente para um tipo de coabitação tão inescapável quanto aquela de ordem corporal. Duas almas *vizinhas de porta*, no interior de uma só casa maternal. Não dá, então, pra fazer comparação com um tipo de embrião que tem sua dignidade intrínseca, reafirme-se, mas embrião irrompido à distância e que nenhuma chance tem de se aproximar daquela que o tornaria um filho, e ele a ela, mãe. Proximidade que seria até bem mais do que um *estar ali do lado*, fisicamente, para se tornar *um estar aqui por dentro*, amorosamente. Mas um dentro tão misteriosamente incomensurável quanto intimista, que ser voluntariamente mãe é esse dom de fazer o seu ventre do tamanho do mundo e no entanto colocar esse mundo na palma da sua mão.

49. Entenda-se bem: o vislumbre da maternidade como realização de um projeto de vida **é o ponto mais estratégico de toda a trajetória humana**. **É ele que verdadeiramente assegura a consciente busca da perpetuação da espécie**. Por isso que nesse preciso lapso temporal a gestante ama a sua criatura com as forças todas do seu extático ser. Ama na totalidade do seu coração e da sua mente, dos seus órgãos e vísceras, instintos e sensações. *Monumentaliza* por tal forma esse amor que se torna a encarnação dele. O amor a tomar o lugar dela, gestante, arrebatando-a de si mesma no curso de um processo em que já não há senão o amor a comandar objetivamente as coisas e a fluir por conta própria. Sem divisão. Sem ninguém no comando. Livre de qualquer vontade em sentido psicológico, assim como acontece com a circulação do sangue em nossas veias e a corrente dos rios em direção da sua sempre receptiva embocadura (o rio se entrega ao mar por inteiro e a cada instante, e ainda agradecido por viver assim de se entregar).

50. São dois fenômenos concomitantes ou *compresentes*, mas de caráter distinto. Um é a gestação em si, como elemento ou objetivo dado da natureza. Investimento que a natureza faz em um novo exemplar do mais refinado espécime do mundo animal, que é o ser humano. Outro é a maternidade consentida, como subjetivo dado do mais profundo benquerer. Investimento que uma criatura humana faz em outra, planejada ou assumidamente, e que o Direito *sobrevalora* como expressão da paternidade responsável (§ 7º do art. 226 da Constituição, relembre-se). Ali, um criativo investimento de ordem física. Aqui, um criativo investimento de ordem ao mesmo tempo física, psicológica e afetiva. Anímica, verdadeiramente.

51. Passa por este ponto de inflexão hermenêutica, certamente, uma das razões pelas quais o sempre lúcido Ministro Celso de Mello assentou que a presente ação direta de inconstitucionalidade é a causa mais importante da história deste Supremo Tribunal Federal (ao que se sabe, é a primeira vez que um Tribunal Constitucional enfrenta a questão do uso científico-terapêutico de células-tronco embrionárias). Causa cujo desfecho é de interesse de toda a humanidade. Causa ou processo que torna, mais que todos os outros, esta nossa Corte Constitucional

uma casa de fazer destino. Pois o que está em debate é mais que a natureza da concepção ou do biológico início do *homo sapiens*. Mais do que a precisa conceituação jurídica de pessoa humana, da procriação responsável e dos valores constitucionais da saúde e da liberdade de expressão científica. Tudo isso é muito, muito mesmo, porém ainda não é tudo. É também preciso pôr como alvo da nossa investigação de Direito Positivo **a natureza mesma da maternidade**. Essa disposição de gerar um novo ser dentro de si que é total disponibilidade para acolhê-lo como parte essencial de uma família e de toda a existência (categoria ainda maior que a de sociedade). Pelo que a interpretação do Direito não tem como deixar de valorá-la como a parte mais criativa de todo o processo gestacional. O hermeneuta a se render à evidência de que maternidade assumida e amor absoluto se interpenetram para agir como elemento complementar da formação psicofísica e anímica de uma nova criatura, envolvendo-a na mais arejada atmosfera de empatia com o mundo cá de fora (nas barrigas ditas "de aluguel", por exemplo, é de se presumir que a gestação não se faça acompanhar da maternidade como categoria de um estruturante benquerer). Tirante, claro, situações em que a própria natureza é que incide em anomalias ou desvarios, falhando no aporte de sua peculiar contribuição para a saúde físico-mental de um ser em estado pré-natal.

52. É o que tenho como suficiente para, numa segunda síntese, formular os seguintes juízos de validade constitucional:

> I – a decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como direito ao planejamento familiar, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável;
>
> II – a opção do casal por um processo *in vitro* de fecundação de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para ele o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis.

53. Remarco a tessitura do raciocínio: se todo casal tem o direito de procriar; se esse direito pode passar por sucessivos testes de fecundação *in vitro*; se é da contingência do cultivo ou testes *in vitro* a produção de embriões em número superior à disposição do casal para aproveitá-los procriativamente; se não existe, enfim, o dever legal do casal quanto a esse cabal aproveitamento genético, então as alternativas que restavam à Lei de Biossegurança eram somente estas: a primeira, condenar os embriões à perpetuidade da *pena de prisão* em congelados tubos de ensaio; a segunda, deixar que os estabelecimentos médicos de procriação assistida prosseguissem em sua faina de jogar no lixo tudo quanto fosse embrião não requestado para o fim de procriação humana; a terceira opção estaria, exatamente, na autorização que fez o art. 5º da Lei. Mas uma autorização que se fez debaixo de judiciosos parâmetros, sem cujo atendimento o embrião *in vitro* passa a gozar de inviolabilidade ontológica até então não explicitamente assegurada por nenhum diploma legal (pensa-se mais na autorização que a lei veiculou do que no modo necessário, adequado e proporcional como o fez). Por isso que o chanceler, professor e jurista Celso Lafer encaminhou carta à Ministra Ellen

Gracie, Presidente desta nossa Corte, para sustentar que os controles estabelecidos pela Lei de Biossegurança "conciliam adequadamente os valores envolvidos, possibilitando os avanços da ciência em defesa da vida e o respeito aos padrões éticos de nossa sociedade".

54. Há mais o que dizer. Trata-se de uma opção legal que segue na mesma trilha da comentada Lei 9.434/1997, pois o fato é que **um e outro diploma normativo se dessedentaram na mesma fonte**: o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, assim literalmente posto:

> A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, vedado todo tipo de comercialização.

55. Providencial regra constitucional, essa, que, sob inspiração nitidamente fraternal ou solidária, transfere para a lei ordinária a possibilidade de sair em socorro daquilo que mais importa para cada indivíduo: a preservação de sua própria saúde, **primeira das condições de qualificação e continuidade de sua vida**. Regra constitucional que abarca, no seu raio pessoal de incidência, assim doadores vivos como pessoas já falecidas. Por isso que a Lei 9.434, na parte que interessa ao desfecho desta causa, dispôs que a morte encefálica é o marco da cessação da vida de qualquer pessoa física ou natural. **Ele, o cérebro humano, comparecendo como divisor de águas; isto é, aquela pessoa que preserva as suas funções neurais, permanece viva para o Direito. Quem já não o consegue, transpõe de vez as fronteiras "desta vida de aquém-túmulo"**, como certa feita disse Guimarães Rosa. Confira-se o texto legal:

> A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina (art. 3º, *caput*).

56. O paralelo com o art. 5º da Lei de Biossegurança é perfeito. Respeitados que sejam os pressupostos de aplicabilidade desta última lei, o embrião ali referido não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. **Faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação**. Numa palavra, não há cérebro. Nem concluído nem em formação. Pessoa humana, por consequência, não existe nem mesmo como potencialidade. Pelo que não se pode sequer cogitar da distinção aristotélica entre ato e potência, porque, se o embrião *in vitro* é algo valioso por si mesmo, se permanecer assim inescapavelmente confinado **é algo que jamais será alguém**. Não tem como atrair para sua causa a essencial configuração jurídica da maternidade nem se dotar do substrato neural que, no fundo, é a razão de ser da atribuição de uma personalidade jurídica ao *nativivo*.

57. O paralelo é mesmo este: diante da constatação médica de morte encefálica, a lei dá por finda a personalidade humana, decretando e simultaneamente

executando a pena capital de tudo o mais. A vida tão só e irreversivelmente assegurada por aparelhos já não conta, porque definitivamente apartada da pessoa a que pertencia (a pessoa já se foi, juridicamente, enquanto a vida exclusivamente induzida teima em ficar). E já não conta, pela inescondível realidade de que não há pessoa humana sem o aparato neural que lhe dá acesso às complexas funções do sentimento e do pensar (*cogito, ergo sum*, sentenciou Descartes), da consciência e da memorização, das sensações e até do instinto de quem quer que se eleve ao ponto ômega de toda a escala animal, que é o caso do ser humano. Donde até mesmo se presumir que sem ele, aparato neural, **a própria alma já não tem como cumprir as funções e finalidades a que se preordenou como hóspede desse ou daquele corpo humano**[11]. Em suma, e já agora não mais por modo conceitualmente provisório, porém definitivo, **vida humana já rematadamente adornada com o atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral.**

58. Já diante de um embrião rigorosamente situado nos marcos do art. 5º da Lei de Biossegurança, o que se tem? Uma vida vegetativa que se antecipa a do cérebro. O cérebro ainda não chegou, a maternidade também não, nenhum dos dois vai chegar nunca, mas nem por isso algo oriundo da fusão do material coletado em dois seres humanos deixa de existir no interior de cilíndricos e congelados tubos de ensaio. Não deixa de existir pulsantemente (*o ser das coisas é o movimento*, assentou Heráclito), mas sem a menor possibilidade de caminhar na transformadora direção de uma pessoa natural. A única trilha que se lhe abre é a do desperdício do seu acreditado poder de recuperar a saúde e até salvar a vida de pessoas, agora sim, tão *cerebradas* quanto *em carne e osso*, músculos, sangue, nervos e cartilagens, a repartir com familiares, médicos e amigos as limitações, dores e desesperanças de uma vida que muitas vezes tem tudo para ser venturosa e que não é. Donde a inevitabilidade da conclusão de que a escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapreço pelo embrião *in vitro*, menos ainda um frio assassinato, **porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio**. Um olhar mais atento para os explícitos dizeres de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar às imperecíveis

---

[11] Enquanto Santo Agostinho (século V d.C.) se declarava inseguro quanto à existência da alma desde o momento da concepção, Santo Tomás de Aquino (século XIII d.C.) "afirmava, categoricamente que o feto não tem uma alma intelectual ou racional no momento em que é concebido, mas que a adquire em algum momento posterior – quarenta dias no caso de um feto masculino, segundo a doutrina católica tradicional, e mais tarde no caso de um feto feminino" (Dworkin, ob. cit., p. 55/56). Disse mais Ronald Dworkin sobre o autor da Suma Teológica: "As ideias de Santo Tomás sobre o desenvolvimento do feto, que ele foi buscar em Aristóteles, eram extraordinariamente prescientes em alguns aspectos. O santo entendeu que o embrião não é uma criança extremamente pequena, mas plenamente formada, que simplesmente aumenta de tamanho até o nascimento, como concluíram alguns cientistas posteriores, utilizando-se de microscópios primitivos, mas sim um organismo que primeiro se desenvolve ao longo de um estágio essencialmente vegetativo, entrando a seguir em um estágio em que já estão presentes o intelecto e a razão (...)" (p. 56/57).

conquistas do constitucionalismo liberal e social **o advento do constitucionalismo fraternal**, tendo por finalidade específica ou valor fundante a integração comunitária. Que é vida **em comunidade** (de comum unidade), a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade. Trajetória do Constitucionalismo que bem se retrata no inciso I do art. 3º da nossa Constituição, *verbis*: "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária".

59. Como o juiz não deve se resignar em ser uma traça ou ácaro de processo, mas um ser do mundo, abro as minhas vistas para o cotidiano existencial do País e o que se me depara? Pessoas como Isabel Fillardis, fundadora de duas ONGs e conhecida atriz da Rede Globo de Televisão, a falar assim da síndrome neurológica de que padece o seu filhinho Jamal, de quatro anos de idade: "O Jamal tem West, uma síndrome neurológica degenerativa, que provoca crises compulsivas capazes de destruir áreas do cérebro. Quando você se depara com uma questão como essa, a primeira preocupação vai além do diagnóstico: o pai quer saber se o filho vai morrer ou será dado como louco. Ele chegou a ter quinze crises num dia. Comecei uma corrida contra o tempo, até achar a medicação própria para interromper as crises. Esse é um tempo de incerteza, que no nosso caso perdurou pelos dois primeiros anos de vida. É impossível não questionar a vida" (*Correio Braziliense*, "Revista do Correio", 27 de janeiro de 2008, ano 3, número 141, p. 32).

60. Assim também o conhecido jornalista e escritor Diogo Mainardi, a prestar depoimento sobre um pequeno filho com paralisia cerebral. Leia-se: "A paralisia cerebral é uma anomalia motora. Meu filho anda errado, pega errado, fala errado. Quando é para soltar um músculo, ele contrai. Quando é para contrair, ele solta. O cérebro dá uma ordem, o corpo desobedece. É o motim do corpo contra o cérebro". E depois de descrever os duros testes de fisioterapia a que sua criança tem que se submeter, arremata o testemunho com esta frase em que a profundidade poética só não é maior do que a profundidade amorosa: "Meu filho nunca se interessou por trens elétricos. Mas ele tem um Grande Botão Vermelho conectado em mim. Ele me liga e desliga quando quer. E me faz mudar de trilho, soltar fumaça, apitar" (revista *Veja*, editora Abril, 7 de março de 2007, p. 115).

61. Chego a uma terceira síntese parcial: se à lei ordinária é permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de uma dada pessoa humana; se já está assim positivamente regrado que a morte encefálica é o preciso ponto terminal da personalizada existência humana, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento; se, enfim, o embrião humano a que se reporta o art. 5º da Lei de Biossegurança constitui-se num ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, **então a afirmação de incompatibilidade deste último diploma legal com a Constituição é de ser plena e prontamente rechaçada.** É afirmativa inteiramente órfã de suporte jurídico-positivo, sem embargo da inquestionável pureza de propósitos e da franca honestidade intelectual dos que a fazem.

62. Como se não bastasse toda essa fundamentação em desfavor da procedência da ação direta de inconstitucionalidade *sub judice*, trago à ribalta mais

uma invocação de ordem constitucional. É que o referido § 4º do art. 199 da Constituição faz parte, **não por acaso**, da seção normativa dedicada à *Saúde* (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Saúde já precedentemente positivada como o primeiro dos direitos sociais de natureza fundamental, a teor do art. 6º, e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social, conforme a cabeça do artigo constitucional de n. 194. Mais ainda, saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (*caput* do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). Com o que se tem **o mais venturoso dos encontros entre esse direito à saúde e a própria Ciência**. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. Sendo de todo importante pontuar que o termo "ciência", já agora por qualquer de suas modalidades e enquanto atividade individual, também faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana. Confira-se:

> Art. 5º
> (...)
> IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

63. E aqui devo pontuar que essa liberdade de expressão é clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade, oponível sobretudo ao próprio Estado, por corresponder à vocação de certas pessoas para qualquer das quatro atividades listadas. Vocação para misteres a um só tempo qualificadores do indivíduo e de toda a coletividade. Por isso que exigentes do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida em comum civilizada. Alto padrão de cultura jurídica de um povo.

64. Acresce que o substantivo "expressão", especificamente referido à atividade científica, é vocábulo que se orna dos seguintes significados: primeiramente, a liberdade de tessitura ou de elaboração do conhecimento científico em si; depois disso, igual liberdade de promover a respectiva enunciação para além das fronteiras do puro psiquismo desse ou daquele sujeito cognoscente. Vale dizer, direito que implica um objetivo *subir à tona* ou *vir a lume* de tudo quanto pesquisado, testado e comprovado em sede de investigação científica.

65. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que a Constituição mesma abre todo um destacado capítulo para dela, Ciência, cuidar por modo superlativamente prezável. É o capítulo de n. IV do título VIII, que principia com a peregrina regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, *caput*). Regra de logo complementada com um preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que tem tudo a ver com a autorização de que trata a cabeça do art. 5º da Lei de Biossegurança, pois assim redigido: "A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências".

66. Sem maior esforço mental, percebe-se, nessas duas novas passagens normativas, o mais forte compromisso da *Constituição-cidadã* para com a Ciência enquanto ordem de conhecimento que se eleva à dimensão de *sistema*; ou seja, conjunto ordenado de um saber tão metodicamente obtido quanto objetivamente demonstrável. O oposto, portanto, do conhecimento aleatório, vulgar, arbitrário ou por qualquer forma insuscetível de objetiva comprovação.

67. Tem-se, neste lanço, a clara compreensão de que o patamar do conhecimento científico já corresponde ao mais elevado estádio do desenvolvimento mental do ser humano. A deliberada busca da supremacia em si da argumentação e dos processos lógicos ("Não me impressiona o argumento de autoridade, mas, isto sim, a autoridade do argumento", ajuizou Descartes), porquanto superador de todo obscurantismo, toda superstição, todo preconceito, todo sectarismo. O que favorece o alcance de superiores padrões de autonomia científico-tecnológica do nosso País, numa quadra histórica em que o novo eldorado já é unanimemente etiquetado como "era do conhecimento".

68. "Era do conhecimento", ajunte-se, em benefício da saúde humana e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza, num contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões *in vitro*, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam nas ânsias de um infortúnio que muitas vezes lhes parece maior que a ciência dos homens e a própria vontade de Deus. Donde a lancinante pergunta que fez uma garotinha brasileira de três anos, paraplégica, segundo relato da geneticista Mayana Zatz: – *por que não abrem um buraco em minhas costas e põem dentro dele uma pilha, uma bateria, para que eu possa andar como as minhas bonecas*?

69. Pergunta cuja carga de pungente perplexidade nos impele à formulação de outras inquirições já situadas nos altiplanos de uma reflexão que nos cabe fazer com toda maturidade: deixar de atalhada ou mais rapidamente contribuir para devolver pessoas assim à plenitude da vida não soaria aos médicos, geneticistas e embriologistas como desumana omissão de socorro? Um triste concluir que no coração do Direito brasileiro já se instalou de vez "o monstro da indiferença" (Otto Lara Resende)? Um atestado ou mesmo confissão de que o nosso Ordenamento Jurídico **deixa de se colocar do lado dos que sofrem para se postar do lado do sofrimento**? Ou, por outra, devolver à plenitude da vida pessoas que tanto sonham *com pilhas nas costas* não seria abrir para elas a fascinante experiência de um novo parto? Um heterodoxo parto pelos heterodoxos caminhos de uma célula-tronco embrionária que a Lei de Biossegurança pôs à disposição da Ciência? Disponibilizando para ela, Ciência, o que talvez seja o produto de sua mais requintada criação para fins humanitários e num contexto familiar de legítimo não aproveitamento de embriões *in vitro*? Situação em que se possibilita ao próprio embrião cumprir sua destinação de servir à espécie humana? Senão pela forja de uma vida *estalando de nova* (porque não mais possível), mas pela alternativa estrada do conferir sentido a milhões de vidas preexistentes? Pugnando pela subtração de todas elas às tenazes de u'a morte muitas vezes tão

iminente quanto não natural? Morte não natural que é, por definição, a mais radical contraposição da vida? Essa vida de aquém-túmulo que bem pode ser uma dança, uma festa, uma celebração?

70. É assim ao influxo desse olhar pós-positivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso Ordenamento com os imperativos de ética humanista e justiça material, que chego à fase da definitiva prolação do meu voto. Fazendo-o, acresço às três sínteses anteriores estes dois outros fundamentos constitucionais do direito à saúde e à livre expressão da atividade científica para julgar, como de fato julgo, totalmente improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. Não sem antes pedir todas as vênias deste mundo aos que pensam diferentemente, seja por convicção jurídica, ética, ou filosófica, seja por artigo de fé. É como voto.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Celso de Mello: Senhora Presidente, não proferirei, ainda, o meu voto, mas, se Vossa Excelência e o Tribunal me permitirem, desejo fazer um breve registro a propósito do voto do eminente Relator, Ministro *Carlos Britto*.

O Supremo Tribunal Federal acaba de ouvir um voto antológico, digno de constar dos anais da história desta Corte Suprema, e que honra, profundamente, o seu ilustre prolator, o eminente Ministro *Carlos Britto*, cuja decisão será certamente lembrada não apenas pelas presentes, mas, também, pelas futuras gerações.

O notável voto que acabamos de ouvir representa, na verdade, a aurora de um novo tempo, impregnado de esperança para aqueles abatidos pela angústia da incerteza. Significa a celebração solidária da vida e da liberdade. Restaura, em todos nós, a certeza de que milhões de pessoas não mais sucumbirão à desesperança e à amarga frustração de não poderem superar os obstáculos gerados por patologias gravíssimas, irreversíveis e incuráveis até o presente momento.

Em uma palavra, Senhora Presidente, o luminoso voto proferido pelo eminente Ministro *Carlos Britto*, se acolhido por esta Suprema Corte, permitirá, a esses milhões de brasileiros hoje postos à margem da vida, o exercício concreto de um direito básico e inalienável – o direito à busca da felicidade e o de viver com dignidade – de que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado.

É este o registro, Senhora Presidente, que não poderia deixar de fazer depois de ouvir o magnífico voto proferido pelo Ministro *Carlos Britto*.

PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhora Presidente, como disse o Ministro **Celso de Mello**, acabamos de ouvir um precioso voto, substantivo na qualidade e na informação. Também conforme disse Sua Excelência, a matéria é extremamente controvertida, é matéria de alta complexidade. O dever da Suprema Corte de um país, quando tem de julgar temas dessa natureza, é fazer uma reflexão profunda,

com tempo, com a análise dos autos, para que possam ser sopesados todos os argumentos apresentados, incluída, no caso, a audiência pública realizada.

São essas as razões pelas quais, insistindo no aplauso que faço ao magnífico voto do Ministro **Carlos Britto**, secundando as palavras do nosso Decano, peço vênia para Sua Excelência para ter vista dos autos.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Peço licença ao Ministro Carlos Alberto Direito, se o Tribunal assim me permitir, para, desde logo, adiantar o meu voto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Com alguma tristeza, porque Vossa Excelência acaba de sinalizar que procede o que veiculado pela imprensa no sentido de que talvez nos deixe nos próximos dias.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Não, Ministro Marco Aurélio, em absoluto. O motivo que me leva a adiantar o meu voto – o Ministro Carlos Alberto Direito o compreenderá perfeitamente – é muito pragmático.

Esta ação direta ingressou no Tribunal no dia 30 de maio de 2005. São, portanto, passados quase três anos, independente da gestão que deu ao processo o eminente Relator, o qual fez criteriosamente todas as diligências necessárias, inclusive uma muito divulgada audiência pública, em que tiveram oportunidade de se manifestar cientistas de um lado e de outro. Inobstante tudo isso, o processo hoje em julgamento será trazido por Sua Excelência, tenho certeza, em breve.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Se Vossa Excelência me permite, há, inclusive, o aspecto particular de não ter sido deferida medida cautelar. Portanto, não há nenhum óbice quanto ao prosseguimento do processo, independentemente de qualquer pedido de vista à Suprema Corte.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Inobstante a inexistência de uma medida liminar, é de conhecimento geral que as pesquisas, se não foram paralisadas, sofreram um sensível desestímulo durante esse período. Tenho certeza de que Vossa Excelência, com a sua diligência, trará o processo dentro em breve. No entanto, esta cadeira me traz, infelizmente, a tarefa de rememorar aos Colegas que temos, na fila, para serem chamados a julgamento por este Plenário, nada menos que 565 outros processos.

Desse modo, peço novamente escusas ao Ministro Carlos Alberto Direito e aos Colegas para adiantar o meu voto no sentido de acompanhar o eminente Relator.

Tenho algumas razões do meu convencimento – e as farei juntar posteriormente – que coincidem, em larga medida, com as que foram brilhantemente desenvolvidas pelo Ministro Carlos Britto.

Afirmo, em síntese, nessas linhas, que a Casa não foi chamada a decidir sobre a correção ou superioridade de uma corrente científica ou tecnológica sobre as demais. Volto a frisar, pois já o disse em outra ocasião, que não somos uma

academia de ciências. O que nos cabe fazer, e essa é a província a nós atribuída pela Constituição, é contrastar o art. 5º da Lei 11.105 com os princípios e normas da Constituição Federal.

Com todas as vênias ao ilustre proponente da ação, o Procurador-Geral da República – agora com uma outra identidade pessoal – e aos ilustres juristas que secundam a sua posição, não constato vício de inconstitucionalidade na referida norma. Não se lhe pode opor, segundo entendo, a garantia da dignidade da pessoa humana – art. 1º, inciso III –, nem a garantia de inviolabilidade da vida, pois, conforme acredito, o pré-embrião não acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento – o útero – não se classifica como pessoa. A ordem jurídica nacional atribui a qualificação de pessoa ao nascido com vida. Por outro lado, o pré-embrião – ou ao menos aqueles de que aqui tratamos – ou seja, os inviáveis e destinados ao descarte – também não se enquadra na condição de nascituro, pois a esse – a própria denominação o esclarece bem – se pressupõe a possibilidade, a probabilidade de vir a nascer, o que não acontece com esses embriões inviáveis ou destinados ao descarte.

Faço referência, também, neste voto, à regulamentação da matéria, tal como ela se deu na Grã-Bretanha, após um extenso debate científico. E verifico que a norma brasileira e a sua regulamentação cercam a utilização de células embrionárias das cautelas necessárias a evitar a sua utilização viciosa.

Por essas razões, que estarão bem explicitadas nas palavras que escrevi, concluo pela improcedência da ação, conforme o voto do Relator.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Senhores Ministros, é indiscutível o fato de que a propositura da presente ação direta de inconstitucionalidade, pela delicadeza do tema nela trazido, gerou, como há muito não se via, um leque *sui generis* de expectativas quanto à provável atuação deste Supremo Tribunal Federal no caso ora posto.

Equivocam-se aqueles que enxergaram nesta Corte a figura de um árbitro responsável por proclamar a vitória incontestável dessa ou daquela corrente científica, filosófica, religiosa, moral ou ética sobre todas as demais. Essa seria, certamente, uma tarefa digna de Sísifo.

Conforme visto, ficou sobejamente demonstrada a existência, nas diferentes áreas do saber, de numerosos entendimentos, tão respeitáveis quanto antagônicos, no que se refere à especificação do momento exato do surgimento da pessoa humana.

Buscaram-se neste Tribunal, a meu ver, respostas que nem mesmo os constituintes originário e reformador propuseram-se a dar. Não há, por certo, uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não somos uma Academia de Ciências. A introdução

no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade com a Carta de 1988.

2. Por ora, cabe a esta Casa averiguar a harmonia do art. 5º da Lei 11.105, de 24-3-2005, (Lei de Biossegurança) com o disposto no texto constitucional vigente.

Para tal intento, foram apontados na presente ação, como parâmetros de verificação mais evidentes, o fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a garantia da inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*), o direito à livre expressão da atividade científica (art. 5º, IX), o direito à saúde (art. 6º), o dever do Estado de propiciar, de maneira igualitária, ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196) e de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica (art. 218, *caput*).

Não há como negar que o legislador brasileiro, representante da vontade popular, deu resposta a uma inquietante realidade que não mereceu maiores considerações na peça inicial da presente ação direta.

A fertilização *in vitro*, como técnica de reprodução humana assistida, tem ajudado, desde o nascimento da britânica Louise Brown, há quase trinta anos, a realizar o sonho de milhares de casais com dificuldade ou completa impossibilidade de conceber filhos pelo método natural.

Porém, a utilização desse procedimento gera, inevitavelmente, o surgimento de embriões excedentes, muitos deles inviáveis, que são descartados ou congelados por tempo indefinido, sem a menor perspectiva de que venham a ser implantados em algum órgão uterino e prossigam na formação de uma pessoa humana.

Penso que o debate sobre a utilização dos embriões humanos nas pesquisas de células-tronco deveria estar necessariamente precedido do questionamento sobre a aceitação desse excedente de óvulos fertilizados como um custo necessário à superação da infertilidade.

Todavia, conforme registrado nas manifestações juntadas aos autos, essa relevantíssima questão sobre os procedimentos de reprodução assistida, apesar da tramitação de alguns projetos de lei, nunca foi objeto de regulamentação pelo Congresso Nacional, havendo, nessa matéria, tão somente, uma resolução do Conselho Federal de Medicina (Resolução 1.358, de 11-11-1992). Recorde-se que a primeira brasileira fruto de uma fertilização *in vitro* nasceu em 7 de outubro de 1984.

Portanto, esse era o cenário fático e lacunoso com o qual se deparou o legislador brasileiro em 2005, quando foi chamado a deliberar sobre a utilização desses mesmos embriões humanos, inviáveis ou já há muito tempo criopreservados, nas promissoras pesquisas científicas das células-tronco, já desenvolvidas, em diversas e avançadas linhas, nos mais importantes países do mundo.

3. No Reino Unido, o *Human Fertilisation and Embrilogy Act*, legislação reguladora dos procedimentos de reprodução assistida e das pesquisas embriológica e genética naquele país, foi aprovada pelo Parlamento britânico em 1990, após amplo debate social, político e científico iniciado em 1982.

O referido Diploma permitiu a manipulação científica dos embriões oriundos da fertilização *in vitro*, desde que não transcorridos quatorze dias contados do momento da fecundação.

Conforme demonstrou Letícia da Nóbrega Cesarino no artigo *Nas fronteiras do "humano": os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões*[1], esse limite temporal presente na lei britânica teve como razão a prevalência do entendimento de que antes do décimo quarto dia haveria uma inadequação no uso da terminologia "embrião", por existir, até o final dessa etapa inicial, apenas uma massa de células indiferenciadas geradas pela fertilização do óvulo.

Segundo essa conceituação, somente após esse estágio pré-embrionário, com duração de quatorze dias, é que surge o embrião como uma estrutura propriamente individual, com (1) o aparecimento da linha primitiva, que é a estrutura da qual se originará a coluna vertebral, (2) a perda da capacidade de divisão e de fusão do embrião e (3) a separação do conjunto celular que formará o feto daquele outro que gerará os anexos embrionários, como a placenta e o cordão umbilical. Tais ocorrências coincidem com a nidação, ou seja, o momento no qual o embrião se fixaria na parede do útero.

Essa formulação científica, que diferencia o pré-embrião do embrião, coincide com o pensamento de Edward O. Wilson, que, ao discorrer, na aclamada obra *On Human Nature*,[2] sobre o instante imediatamente posterior à fecundação do óvulo humano, assim asseverou, *verbis*:

> *The newly fertilized egg, a corpuscle one two-hundredth of an inch in diameter, is not a human being. It is a set of instructions sent floating into the cavity of the womb. Enfolded within its spherical nucleus are an estimated 250 thousand or more pairs of genes, of which fifty thousand will direct the assembly of the proteins and the remainder will regulate their rates of development. After the egg penetrates the blood-engorged wall of the uterus, it divides again and again. The expanding masses of daughter cells fold and crease into ridges, loops, and layers. Then, shifting like some magical kaleidoscope, they self-assemble into the fetus, a precise configutation of blood vessels, nerves, and other complex tissues.*

A professora Letícia Cesarino, acima referida, corroborando pensamento de Michael Mulkay, conclui que a agregação deste conjunto de "fatos" na nova categoria "pré-embrião" permitiu, assim, remover o objeto da experimentação científica do escopo do discurso moral para inseri-lo num universo técnico.

4. No Brasil (após inclusão em projeto que objetivava a urgente regulamentação do processo de liberação dos organismos geneticamente modificados), surge o art. 5º da Lei 11.105/2005, que autoriza o manejo das células-tronco embrionárias de uma maneira restrita, com a precaução sempre recomendada nos primeiros passos dados nos terrenos ainda pouco conhecidos e explorados.

---

[1] CESARINO, Letícia. *Nas fronteiras do "humano"*: os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões. Rio de Janeiro: Mana, outubro/2007, v. 13. n. 2.

[2] WILSON, Edward Osborne. *On Human Nature*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. Tenth printing, 1998, p. 53.

A primeira restrição imposta diz respeito à indicação do uso das células embrionárias *exclusivamente* nas atividades de pesquisa e de terapia.

Outra limitação relevante é a definição de qual universo de embriões humanos poderão ser utilizados: somente aqueles que, produzidos por fertilização *in vitro* – técnica de reprodução humana assistida – não são aproveitados no respectivo tratamento. Fica clara, portanto, a opção legislativa em dar uma destinação mais nobre aos embriões excedentes fadados ao perecimento. Por outro lado, fica afastada do ordenamento brasileiro qualquer possibilidade de fertilização de óvulos humanos com o objetivo imediato de produção de material biológico para o desenvolvimento de pesquisas, sejam elas quais forem.

Além de excedentes no procedimento de fertilização *in vitro*, os embriões de uso permitido ainda deverão estar entre aqueles considerados inviáveis para o desenvolvimento seguro de uma nova pessoa ou congelados há mais de três anos. Presente, assim, a fixação de um lapso temporal razoável, que leva em conta tanto a possibilidade dos genitores optarem por uma nova e futura implantação do embrião congelado quanto a improbabilidade de sua utilização, para esse mesmo fim, após decorrido um triênio de congelamento.

As restrições não param por aí. É preciso, ainda, para que os embriões possam ser regularmente destinados à pesquisa, o expresso consentimento dos genitores e que os projetos das instituições e serviços de saúde, candidatos ao recebimento das células-tronco embrionárias, sejam anteriormente apreciados e aprovados pelos respectivos comitês de ética em pesquisa.

Saliente-se que a Lei de Biossegurança, reconhecendo a dignidade do material nela tratado e o elevado grau de reprovação social na sua incorreta manipulação, categorizou como crime a comercialização do embrião humano, com base na lei de doação de órgãos (art. 5º, § 3º), bem como a sua utilização fora dos moldes previstos no referido art. 5º. Tipificou, ainda, como delito penal, a prática da engenharia genética em célula geminal, zigoto ou embrião humano e a clonagem humana (arts. 6º, 25 e 26).

5. Assim, por verificar um significativo grau de razoabilidade e cautela no tratamento normativo dado à matéria aqui exaustivamente debatida, não vejo qualquer ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas de células-tronco, que não teriam outro destino que não o descarte.

Aliás, mesmo que não adotada a concepção acima comentada, que demonstra a distinção entre a condição do pré-embrião (massa indiferenciada de células da qual um ser humano pode ou não emergir), e do embrião propriamente dito (unidade biológica detentora de vida humana individualizada), destaco a plena aplicabilidade, no presente caso, do princípio utilitarista, segundo o qual deve ser buscado o resultado de maior alcance com o mínimo de sacrifício possível. O aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos.

A improbabilidade da utilização desses pré-embriões (absoluta no caso dos inviáveis e altamente previsível na hipótese dos congelados há mais de três anos) na geração de novos seres humanos também afasta a alegação de violação ao direito à vida.

6. Ante todo o exposto, **julgo improcedente** o pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.510/DF — Relator: Ministro Carlos Britto. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União), Congresso Nacional. Interessados: Conectas Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos – CDH (Advogados: Eloisa Machado de Almeida e outros), Movimento em Prol da Vida – MOVITAE (Advogados: Luís Roberto Barroso e outro), Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS (Advogados: Donne Pisco e outros e Joelson Dias), Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB (Advogados: Ives Granda da Silva Martins e outros).

Decisão: Após os votos do Ministro Carlos Britto (Relator) e da Ministra Ellen Gracie (Presidente), julgando improcedente a ação direta, pediu vista dos autos o Ministro Menezes Direito. Falaram: pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza; pelo *amicus curiae* Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, o Professor Ives Gandra da Silva Martins; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antonio Dias Toffoli; pelo requerido, Congresso Nacional, o Dr. Leonardo Mundim; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos – CDH, o Dr. Oscar Vilhena Vieira e, pelos *amici curiae* Movimento em Prol da Vida – MOVITAE e Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS, o Professor Luís Roberto Barroso.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, 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, 5 de março de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Menezes Direito: Ao pedir vista deste processo para melhor estudar e refletir sobre tema da mais alta relevância para a vida nacional, como é de praxe nesta Suprema Corte, lendo e ouvindo tudo quanto se disse em seguida, na melhor expressão de nossa sociedade plural, lembrei-me de **Arthur Schopenhauer**. Nascido em 1788, no mesmo ano que **Kant** escreveu a sua fundamental Crítica da Razão Prática, o filósofo de Dantzig ensinou:

> Pois o que alguém é para si mesmo, o que o acompanha na solidão e ninguém lhe pode dar ou retirar, é manifestamente para ele mais essencial que tudo quanto puder possuir ou ser aos olhos dos outros. (*Aforismos para a sabedoria da vida.* São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 8/9.)

Tenho certeza de que é esse o sentimento dos Juízes desta Suprema Corte do Brasil, neste e em todos os feitos que são submetidos ao seu julgamento.

Trata-se de ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República apontando a inconstitucionalidade do art. 5º, *caput* e parágrafos, da Lei 11.105, de 24 de março de 2005, que tem a redação que se segue:

> Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
>
> I – sejam embriões inviáveis; ou
>
> II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.
>
> § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.
>
> § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.
>
> § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no *art. 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.*

Sustenta que violariam o disposto nos arts. 1º e 5º da Constituição da República, notadamente as garantias da inviolabilidade do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, com a redação a seguir transcrita:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I – a soberania;
>
> II – a cidadania;
>
> III – a dignidade da pessoa humana;
>
> (...);

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...).

O núcleo da impugnação é a afirmação de que *a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação* (fl. 3) e que, portanto, a utilização do embrião para retirada de células-tronco, com sua consequente destruição, importaria na violação do direito à vida.

Questiona, ainda, a importância das pesquisas com células-tronco embrionárias, diante dos "avanços muito mais promissores da pesquisa científica com

células-tronco adultas, do que com embrionárias", e solicita a designação de audiência pública para oitiva de especialistas que apresenta.

Manifestaram-se nos autos o Senhor Presidente da República, por meio da Advocacia-Geral da União, o Congresso Nacional e a Procuradoria-Geral da República. Também foram recebidas as manifestações das seguintes entidades, todas admitidas como *amici curiae*: Conectas Direitos Humanos; Centro de Direitos Humanos (CDH); Movimento em Prol da Vida (MOVITAE); Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) e Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).

Atendendo à sugestão formulada pela Procuradoria-Geral da República, o eminente Ministro **Carlos Britto**, Relator, convocou uma audiência pública (fls. 448/449), designada para o dia 20-4-2007, que contou com a participação de diversos especialistas no tema tratado nesta ação, indicados pela autora e pelos defensores da lei.

Em sua manifestação (fls. 82 a 115), o Senhor Presidente da República sustenta que o caso requer uma interpretação própria para o termo "vida" na Constituição, destacada de sua conceituação biológica, antropológica, religiosa, física, química ou médica, fazendo alusão ao caso julgado no HC 82.424 em que se interpretou o vocábulo "raça" de forma diversa de sua acepção científica.

Em seguida, menciona a situação do nascituro, que, segundo **Washington de Barros Monteiro**, seria mera pessoa em potencial, mas distinto do embrião que não esteja implantado no ventre materno que "não pode ser tido como um fato futuro e certo". Compara também a cessação da vida na morte cerebral com a ausência dessa atividade no embrião, para concluir que "não comporta debater, também, se existe ou não vida humana a ser protegida pelo Direito nos embriões, uma vez que a tutela jurídica pátria, como visto, recai sobre a vida da pessoa humana".

Quanto à dignidade da pessoa humana, afirma que:

> (...) a própria terminologia empregada no princípio afasta, *per si*, a possibilidade do enquadramento almejado. Veja-se.
>
> O princípio da dignidade da pessoa humana protege, inquestionavelmente, o ser humano enquanto considerado como pessoa humana, ou seja, o ser humano detentor de personalidade jurídica.

Cuida, ainda, da natureza do embrião como pessoa em potencial, cujo estatuto jurídico deve distinguir-se daquele baseado na personalidade, e da potencialidade das pesquisas com células-tronco, pedindo o reconhecimento da constitucionalidade da lei.

Por sua vez, o Congresso Nacional (fls. 222 a 245) defendeu a constitucionalidade da lei, destacando os seguintes pontos: (i) a possibilidade de que os direitos constitucionais sejam conformados pelo legislador, não sendo diferente o caso do direito à vida, citando o art. 128 do Código Penal; e (ii) a autorização, por parte do Estado, para uso de técnicas de eliminação do embrião antes da ocorrência da nidação, representada nos atos que disciplinam o uso do Dispositivo

Intrauterino (DIU) e da Pílula do Dia Seguinte. Descreveu o que é atualmente feito com embriões e a superioridade das células-tronco embrionárias, para as pesquisas terapêuticas, em relação às células-tronco adultas.

Em sentido contrário, a Procuradoria-Geral da República, reforçando os argumentos da inicial, ofereceu parecer (fls. 357 a 380) com a ementa que se segue:

> Ementa:
> 1. O conceito jurídico do início da vida não se esgota no campo do direito civil.
> 2. O direito civil, parte do sistema jurídico ordenado, dado o caráter de regulação interpessoal no plano familiar, sucessório e negocial, que lhe é próprio, com coerência estabelece no nascimento com vida da pessoa a aptidão a que as relações interpessoais aconteçam.
> 3. O direito constitucional também ocupa-se do tema vida, em perspectiva diversa e fundamental porque ao exigir sua proteção, como inviolável, expressamente no art. 5º, *caput*, considera a vida em si e convoca o Supremo Tribunal a definir o momento do início da vida.
> 4. A petição inicial dessa ação, calcada exclusivamente em fundamentos de ordem científica, sustenta que a vida há, desde a fecundação, para que se preserve sua inviolabilidade.
> 5. Não há, pois, enfoques contraditórios: enquanto no plano do direito constitucional considera-se a vida em si, para protegê-la desde a fecundação no enfoque do direito civil o nascimento com vida é que enseja aconteçam as relações interpessoais: considerações outras.
> 6. Pela procedência do pleito.

Incluído em pauta, o julgamento da presente ação foi designado para o dia 5-3-2008. Nessa ocasião, após o relatório, sustentaram oralmente o Senhor Procurador-Geral da República, a CNBB, a Advocacia-Geral da União, o Congresso Nacional e os *amici curiae*.

Votou o douto Ministro **Carlos Britto** pela improcedência do pedido. Gostaria de registrar, desde logo, minha maior admiração pelo belo voto proferido, a revelar, por inteiro, sua sensibilidade, humanismo e cultura.

Entendeu o eminente Relator:

(i) sobre o conjunto normativo da Lei n. 11.105/2005:

> 16. Daqui se infere – é a minha leitura – cuidar-se de regração legal a salvo da mácula do açodamento ou dos vícios da esdruxularia e da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Ao inverso, **penso tratar-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto, ainda que assumida ou configurada do lado de fora do corpo feminino** (caso do embrião *in vitro*).
> (Grifou-se.)

(ii) sobre a argumentação da autora no que se refere ao questionamento da eficiência do tratamento com células-tronco:

18. (...) **Entendimento que vai ao ponto de contrabater a própria abertura ou receptividade da lei para a tese de que as células-tronco embrionárias são dotadas de maior versatilidade para, orientadamente, em laboratório, "se converter em qualquer dos 216 tipos de célula do corpo humano"** (revista *Veja*, Editora Abril, edição 2050 – ano 41 – n. 9, p. 11), de sorte a mais eficazmente recompor a higidez da função de órgãos e sistemas da pessoa humana. Equivale a dizer: a presente ação direta de incostitucionalidade consubstancia expressa reação até mesmo à abertura da Lei de Biossegurança para a ideia de que células-tronco embrionárias constituem tipologia celular que acena com melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais, em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos, adquiridos, ou em consequência de acidentes
Grifou-se.

(iii) sobre a relação entre personalidade e nascimento (ou "vida biográfica"):

19. Falo "pessoas físicas ou naturais", devo explicar, para abranger tão somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art. 2º do Código Civil Brasileiro chama de "personalidade civil", *litteris*: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Donde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito (teoria "natalista", portanto, em oposição às teorias da "personalidade condicional" e da "concepcionista"). Mas personalidade como predicado ou apanágio de quem é pessoa **numa dimensão biográfica**, mais que simplesmente biológica, segundo este preciso testemunho intelectual do publicista José Afonso da Silva:

> "Vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva (...)".

(iv) sobre a relação entre "vida biográfica" e a proteção constitucional:

22. Avanço no raciocínio para assentar que essa reserva de personalidade civil ou biográfica para o nativivo em nada se contrapõe aos comandos da Constituição. É que a nossa Magna Carta **não diz quando começa a vida humana**. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" (alínea *b* do inciso VII do art. 34), "livre exercício dos direitos (...) individuais" (inciso III do art. 85) e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60), **está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém.** De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º). Tanto é assim que ela mesma, Constituição, faz expresso uso do adjetivo "residentes" no País (não em útero materno e menos ainda em tubo de ensaio ou em "placa de Petri"), além de complementar

a referência do seu art. 5º "aos brasileiros" para dizer que eles se alocam em duas categorias: a dos brasileiros **natos** (na explícita acepção de "nascidos", conforme as alíneas *a*, *b* e *c* do inciso I do art. 12) e brasileiros **naturalizados** (a pressupor formal manifestação de vontade, a teor das alíneas *a* e *b* do inciso II do mesmo art. 12).

23. Isto mesmo é de se dizer das vezes tantas em que o Magno Texto Republicano fala da "criança", como no art. 227 e seus parágrafos 1º, 3º (inciso VII), 4º e 7º, porque o faz na invariável significação de indivíduo ou criatura humana que já conseguiu ultrapassar a fronteira da vida tão somente intrauterina. Assim como faz o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei federal 8.069, de 13 de julho de 1990), conforme este elucidativo texto: "Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade". Pelo que somente só é tido como criança quem ainda não alcançou 12 anos de idade, a contar do primeiro dia de vida **extrauterina**. Desconsiderado que fica todo o tempo em que se viveu em estado de embrião e feto.

24. Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estádio da vida humana um autonomizado bem jurídico, **mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural**. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o art. 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião).

(v) sobre a existência de graus diversos de proteção do ser humano:

25. Convergentemente, essa constatação de que o Direito protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano **é o próprio fio condutor de todo o pensamento de Ronald Dworkin, constitucionalista norte-americano**, exposto ao longo das 347 páginas do seu livro 'Domínio da Vida' (Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003). Proteção que vai aumentando à medida que a tais etapas do evolver da criatura humana vai-se adensando a carga de investimento nela: investimento natural ou da própria natureza, investimento pessoal dos genitores e familiares. É o que se poderia chamar de tutela jurídica proporcional ao tamanho desse investimento simultaneamente natural e pessoal, dado que também se faz proporcionalmente maior a cada etapa de vida humana a carga de frustração com a falência ou bancarrota do respectivo processo (a curva ascendente de expectativas somente se transmuta em descendente com a chegada da velhice).

(vi) sobre o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, este sim, base para o reconhecimento de algum grau de proteção ao embrião e ao feto:

26. Sucede que – este o *fiat lux* da controvérsia – a dignidade da pessoa humana **é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento**. Transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que deságue, justamente, no indivíduo-pessoa. Caso do embrião e do feto, segundo a humanitária diretriz de que a eminência da embocadura ou apogeu do ciclo biológico justifica a tutela das respectivas etapas. Razão por que o nosso Código Civil se reporta à lei para colocar a salvo, "desde a concepção, os direitos do nascituro" (do latim "nasciturus"); **que são direitos de quem se encontre a caminho do nascimento**. Se se prefere – considerado o fato de que

> o fenômeno da concepção já não é exclusivamente intracorpóreo –, **direitos para cujo desfrute se faz necessário um vínculo operacional entre a fertilização do óvulo feminino e a virtualidade para avançar na trilha do nascimento**. Pois essa aptidão para avançar, concretamente, na trilha do nascimento é que vai corresponder ao conceito legal de "nascituro". Categoria exclusivamente jurídica, porquanto não versada pelas ciências médicas e biológicas, e assim conceituada pelo civilista Sílvio Rodrigues (*in* Direito Civil, ano de 2001, p. 36): "Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno."

(vii) sobre, esclarecendo, o reconhecimento de algum grau de proteção ao embrião e ao feto, mas desde que no interior do corpo feminino:

> 27. Igual proteção jurídica se encontra no relato do § 3º do art. 9º da Lei 9.434/1997, segundo o qual "É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea **e o ato não oferecer risco à saúde do feto**" (negritos à parte). Além, é claro, da norma penal de criminalização do aborto (arts. 123 a 127 do DL 2.848, de 7 de dezembro de 1940), com as exceções dos incisos I e II do art. 128, a saber: "se não há outro meio de salvar a vida da gestante" (aborto terapêutico); se "a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal" (aborto sentimental ou compassivo). Dupla referência legal ao vocábulo "gestante" para evidenciar que o bem jurídico a tutelar contra o aborto é um organismo ou entidade pré-natal, quer em estado embrionário, quer em estado fetal, **mas sempre no interior do corpo feminino.** Não em placa de Petri, cilindro metálico ou qualquer outro recipiente mecânico de embriões que não precisaram de intercurso sexual para eclodir.

(viii) sobre a proteção infraconstitucional do feto, confirmando a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana e a inaplicabilidade da norma constitucional:

> 28. Não que a vedação do aborto signifique o reconhecimento legal de que em toda gravidez humana já esteja pressuposta a presença de pelo menos duas pessoas: a da mulher grávida e a do ser em gestação. Se a interpretação fosse essa, então as duas exceções dos incisos I e II do art. 128 do Código Penal seriam inconstitucionais, sabido que a alínea *a* do inciso XLVII do art. 5º da Magna Carta Federal proíbe a pena de morte (salvo "em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX"). O que traduz essa vedação do aborto não é outra coisa senão o Direito Penal brasileiro a reconhecer que, **apesar de nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural**, ainda assim faz-se portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger. Reconhecer e proteger, aclare-se, nas condições e limites da legislação ordinária mesma, devido ao mutismo da Constituição quanto ao início da vida humana.

(ix) sobre, mais uma vez confirmando a fonte infraconstitucional da proteção do embrião e do feto, suas distinções com a pessoa humana e o caráter metamórfico da passagem de uma a outra fase:

> 29. Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente,

contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. **Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose.** O sufixo grego "meta" a significar, aqui, u'a mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja a planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento do posterior. **Donde não existir pessoa humana embrionária**, **mas embrião de pessoa humana**, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos "feto". Este é o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa humana propriamente dita.

(x) sobre o início da "vida":

30. Por este visual das coisas, **não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino** (...).

31. Não pode ser diferente. Não há outra matéria-prima da vida humana ou diverso modo pelo qual esse tipo de vida animal possa começar, já em virtude de um intercurso sexual, já em virtude de um ensaio ou cultura em laboratório. Afinal, o zigoto enquanto primeira fase do embrião humano é isso mesmo: o germe de todas as demais células do hominídeo (por isso que na sua fase de partida é chamado de "célula-ovo" ou "célula-mãe", em português, e de "célula-madre", em castelhano). Realidade seminal que encerra o nosso mais rudimentar ou originário ponto de partida. Sem embargo, esse insubstituível início de vida é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física ou natural.

(xi) sobre a distinção entre os embriões referidos na lei e o embrião introduzido no útero feminino:

33. Retomo a tarefa de dissecar a lei para deixar ainda mais explicitado que os embriões a que ela se refere são aqueles derivados de uma fertilização que se obtém **sem o conúbio ou acasalamento humano**. **Fora da relação sexual.** Do lado externo do corpo da mulher, então, e do lado de dentro de provetas ou tubos de ensaio. "Fertilização *in vitro*", tanto na expressão vocabular do diploma legal quanto das ciências médicas e biológicas, no curso de procedimentos de procriação humana assistida. Numa frase, concepção artificial ou em laboratório, **ainda numa quadra em que deixam de coincidir os fenômenos da fecundação de um determinado óvulo e a respectiva gravidez humana**. A primeira, já existente (a fecundação), mas não a segunda (a gravidez). Logo, particularizado caso de um embrião que, além de produzido sem cópula humana, não se faz acompanhar de uma concreta gestação feminina. Donde a proposição de que, **se toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana**. Situação em que também **deixam de coincidir concepção e nascituro**, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino.

(...)

35. Nesse ritmo argumentativo, diga-se bem mais: não se trata sequer de interromper uma producente trajetória extrauterina do material constituído e acondicionado

em tubo de ensaio, **simplesmente porque esse modo de irromper em laboratório e permanecer confinado *in vitro* é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva**. Impossível de um reprodutivo "desenvolvimento contínuo", ao contrário, *data venia*, da afirmação textualmente feita na petição inicial da presente ação. Equivale a dizer, o zigoto assim extracorporalmente produzido e também extracorporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária que, em termos de uma hipotética gestação humana, corresponde ao ditado popular de que "uma andorinha só não faz verão". Pois o certo é que, à falta do húmus ou da constitutiva ambiência orgânica do corpo feminino, o óvulo já fecundado, mas em estado de congelamento, estaca na sua própria linha de partida genética. Não tem como alcançar a fase que, na mulher grávida, corresponde àquela "nidação" que já é a antessala do feto.

(xii) sobre o caráter utilitário da Lei em razão da totipotencialidade conservada pelos embriões nela referidos, na sequência do texto anterior:

Mas é embrião que conserva, pelo menos durante algum tempo, a totipotência para se diferenciar em outro tecido (inclusive neurônios) que nenhuma célula-tronco adulta parece deter. Daí o sentido irrecusavelmente instrumental ou utilitário da Lei de Biossegurança em sede científico-terapêutica, melhor compreendido a partir das seguintes lucubrações de Marco Antonio Zago (ainda uma vez citado):

"Apesar da grande diversidade de células que podem ser reconhecidas em tecidos adultos, todas derivam de uma única célula-ovo, após a fecundação de um óvulo por um espermatozoide. Essa única célula tem, pois, a propriedade de formar todos os tecidos do indivíduo adulto. Inicialmente, essa célula totipotente divide-se formando células idênticas, mas, muito precocemente na formação do embrião, os diferentes grupos celulares vão adquirindo características especializadas e, ao mesmo tempo, **vão restringindo sua capacidade de diferenciação**."

(xiii) sobre a constitucionalidade e a legalidade das técnicas de inseminação *in vitro*, para reconhecê-las:

38. Se a realidade é essa, ou seja, se o tipo de embrião a que se refere a Lei não precisa da cópula humana nem do corpo feminino para acontecer como entidade biológica ou material genético (embrião que nem saiu de dentro da mulher nem no corpo feminino vai ser introduzido), penso que uma pergunta se impõe ao equacionamento jurídico da controvérsia nodular que permeia o presente feito. Ei-la: **há base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou *in vitro***? Casal que não consegue procriar pelo método convencional do coito? Respondo que sim, e é sem nenhuma hesitação que o faço.

(xiv) sobre a inexistência de um hipotético dever de introdução dos óvulos fecundados oriundos de processo de fertilização *in vitro*:

42. Uma segunda pergunta ainda me parece imprescindível para a formatação do equacionamento jurídico-constitucional da presente ação. Formula-a nos seguintes termos: se é legítimo o apelo do casal a processos de assistida procriação humana *in vitro*, fica ele obrigado ao aproveitamento reprodutivo de todos os óvulos eventualmente fecundados? Mais claramente falando: **o recurso a processos**

de fertilização artificial implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher produtora dos óvulos afinal fecundados? **Todos eles? Mesmo que sejam 5, 6, 10?** Pergunta que se impõe, já se vê, pela consideração de que os procedimentos de procriação assistida não têm como deixar de experimentar todos os óvulos eventualmente produzidos pela doadora e delas retirados no curso de um mesmo período mensal, após indução por injeções de hormônios. Coleta e experimento que se impõem para evitar novas práticas invasivas (incômodas, custosas, arriscadas) do corpo da mulher em curto espaço de tempo.

43. Minha resposta, no ponto, é rotundamente negativa. Não existe esse dever do casal, seja porque não imposto por nenhuma lei brasileira ("ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", reza o inciso II do art. 5º da Constituição Federal), seja porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Planejamento que só pode significar a projeção de um número de filhos *pari passu* com as possibilidades econômico-financeiras do casal e sua disponibilidade de tempo e afeto para **educá-los** na senda do que a Constituição mesma sintetiza com esta enfática proclamação axiológica: "A educação, direito de todos e dever do Estado **e da família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (sem negrito e sublinha, no texto original).

(xv) sobre, mais uma vez, a distinção entre os embriões referidos na lei e o embrião introduzido no útero feminino:

56. (...) Respeitados que sejam os pressupostos de aplicabilidade desta última lei, o embrião ali referido não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. **Faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação**. Numa palavra, não há cérebro. Nem concluído nem em formação. Pessoa humana, por consequência, não existe nem mesmo como potencialidade. Pelo que não se pode sequer cogitar da distinção aristotélica entre ato e potência, porque, se o embrião *in vitro* é algo valioso por si mesmo, se permanecer assim inescapavelmente confinado **é algo que jamais será alguém**. Não tem como atrair para sua causa a essencial configuração jurídica da maternidade nem se dotar do substrato neural que, no fundo, é a razão de ser da atribuição de uma personalidade jurídica ao nativivo.

(xvi) ainda sobre o início da "vida humana":

57. O paralelo é mesmo este: diante da constatação médica de morte encefálica, a lei dá por finda a personalidade humana, decretando e simultaneamente executando a pena capital de tudo o mais. A vida tão só e irreversivelmente assegurada por aparelhos já não conta, porque definitivamente apartada da pessoa a que pertencia (a pessoa já se foi, juridicamente, enquanto a vida exclusivamente induzida teima em ficar). E já não conta, pela inescondível realidade de que não há pessoa humana sem o aparato neural que lhe dá acesso às complexas funções do sentimento e do pensar (*cogito, ergo sum*, sentenciou Descartes), da consciência e da memorização, das sensações e até do instinto de quem quer que se eleve ao ponto ômega de toda a escala animal, que é o caso do ser humano. Donde até mesmo se presumir que sem ele, aparato neural, **a própria alma já não tem como cumprir as funções e finalidades a que se preordenou como hóspede desse ou daquele**

corpo humano. Em suma, e já agora não mais por modo conceitualmente provisório, porém definitivo, **vida humana já rematadamente adornada com o atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral.**

58. Já diante de um embrião rigorosamente situado nos marcos do art. 5º da Lei de Biossegurança, o que se tem? Uma vida vegetativa que se antecipa a do cérebro. O cérebro ainda não chegou, a maternidade também não, nenhum dos dois vai chegar nunca, mas nem por isso algo oriundo da fusão do material coletado em dois seres humanos deixa de existir no interior de cilíndricos e congelados tubos de ensaio. Não deixa de existir pulsantemente (o ser das coisas é o movimento, assentou Heráclito), mas sem a menor possibilidade de caminhar na transformadora direção de uma pessoa natural.

(xvii) sobre, mais uma vez, a utilidade da solução dada pela Lei ao embrião de que trata, na sequência do número 58:

A única trilha que se lhe abre é a do desperdício do seu acreditado poder de recuperar a saúde e até salvar a vida de pessoas, agora sim, tão cerebradas quanto em carne e osso, músculos, sangue, nervos e cartilagens, a repartir com familiares, médicos e amigos as limitações, dores e desesperanças de uma vida que muitas vezes tem tudo para ser venturosa e que não é. Donde a inevitabilidade da conclusão de que a escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapreço pelo embrião *in vitro*, menos ainda um frio assassinato, **porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio**. Um olhar mais atento para os explícitos dizeres de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar às imperecíveis conquistas do constitucionalismo liberal e social **o advento do constitucionalismo fraternal**, tendo por finalidade específica ou valor fundante a integração comunitária. Que é vida **em comunidade** (de comum unidade), a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade. Trajetória do Constitucionalismo que bem se retrata no inciso I do art. 3º da nossa Constituição, *verbis*: "Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária" (...).

(xviii) sobre o direito de expressão dos cientistas através das pesquisas e o respectivo incentivo público:

62. (...) Sendo de todo importante pontuar que o termo "ciência", já agora por qualquer de suas modalidades e enquanto atividade individual, também faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana. Confira-se:

"Art. 5º

(...)

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação".

63. E aqui devo pontuar que essa liberdade de expressão é clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade, oponível sobretudo ao próprio Estado, por corresponder à vocação de certas pessoas para qualquer das quatro atividades listadas. Vocação para misteres a um só tempo qualificadores do

> indivíduo e de toda a coletividade. Por isso que exigentes do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida em comum civilizada. Alto padrão de cultura jurídica de um povo.
>
> (...)
>
> 65. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que a Constituição mesma abre todo um destacado capítulo para dela, Ciência, cuidar por modo superlativamente prezável. É o capítulo de n. IV do título VIII, que principia com a peregrina regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, *caput*). Regra de logo complementada com um preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que tem tudo a ver com a autorização de que trata a cabeça do art. 5º da Lei de Biossegurança, pois assim redigido: "A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências."

O tema, como sabido, é relevante e pioneiro. Pedi vista para melhor examiná-lo. Impunha-se conhecer o cenário em que se desenvolvem as pesquisas que estão sendo realizadas. Tenha-se ainda presente que em matéria de ciência e tecnologia os avanços são tão significativos que as afirmações feitas em um momento logo em seguida podem estar ultrapassadas.

A questão submetida ao julgamento desta Suprema Corte, sem dúvida, está em um plano de relevância que exige uma prudente reflexão, que cada juiz, no íntimo de sua consciência, deve realizar. Por outro lado, não se há de diminuir a diversidade que apresenta, apontando soluções e caminhos que bem revelam a essência da sociedade plural que todos devemos respeitar e estimular. Não foi por outra razão que escrevi em trabalho acadêmico que uma compreensão do homem na dimensão de corpo e alma, distante da ideia de ser apenas uma energia que se esgota no seu corpo, deve preceder à resposta da pergunta sobre para que devem servir as descobertas científicas e tecnológicas. E, mais ainda, essa concepção do ser do homem permite que entendamos melhor que cada descoberta científica e tecnológica é o resultado de um longo processo de amadurecimento, composto de passos e passos de evolução, que, muitas vezes, levam a vida inteira, expondo o homem a sacrifícios inúteis, em síntese, desrespeitando aquele valor infinito da vida. Veja-se que as bactérias não foram descobertas por um cientista, mas, sim, por um dono de armarinho, o holandês Antony Van Leeuwenhoek, no século XVII, e ganhou o mundo porque Regnier de Graaf, seu compatriota, médico e anatomista, que descobriu o ponto gerador de óvulos no ovário, escreveu ao Secretário da Sociedade Real de Londres que Leeuwenhoek havia construído um microscópio que podia enxergar objetos muito pequenos; e dessa descoberta até a primeira observação do médico inglês John Tyndall, com seus tubos de ensaio, sobre a luta entre as bactérias e o mofo, o *Penicillium*, cerca de dois séculos se passaram; e, ainda, daí até Alexander Fleming perceber que os estafilococos não cresciam em torno do mofo, dando origem aos antibióticos, termo criado por Selman Waksman, o descobridor da estreptomicina, mais cerca de trinta anos se foram, passando pelo desastre de Robert Koch, o notável médico alemão descobridor do bacilo da tuberculose, que, em decorrência do apressado anúncio de uma vacina, provocou a morte de centenas de pacientes (*Estudos de direito público e*

privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 288). O mesmo se diga com relação à descoberta do código genético a partir do cientista americano Ross Granville Harrison, que descobriu, no início do século XX, que a fibra nervosa procedia da própria célula nervosa, inaugurando a era da cultura dos tecidos (op.cit., p. 289).

Neste julgamento, penso que deve ficar claro que não se trata aqui de buscar uma definição científica de determinado evento fazendo uma declaração de princípios de natureza religiosa, canônica. Não se pode pôr a questão sob esse ângulo. Trata-se, ao contrário, de decidir uma questão sob o ângulo jurídico, o que não afasta a necessidade de buscar perspectiva interdisciplinar considerando valores apropriados que não se esgotam em um só segmento do conhecimento humano. Vale lembrar nesse passo a eterna lição de **Santo Tomás de Aquino** sobre a verdade no intelecto e nas coisas, na ordem em que se relacionam com o intelecto divino (*Summa theologica*: Tratado de Deus uno, tradução do Padre Raimundo Suarez, O. P. BAC, Madrid, 1964. p. 633 a 651).

A partir dessa visão de mundo que prestigia a diversidade e a pluralidade, as instituições políticas e sociais devem se organizar para estabelecer com respeito e dignidade uma regular interação entre os homens. Nunca é demais repetir o magistério do *Chief Justice* Holmes no caso Lochner *vs* New York (1905), assinalando que a Constituição destina-se a pessoas de pontos de vista fundamentalmente diversos e que a circunstância de considerarmos algumas opiniões naturais e familiares ou inovadoras e mesmo escandalosas não pode influenciar nosso julgamento na questão sobre se a lei que as corporifica conflita com a Constituição.

Francis Fukuyama e **Franco Furger** acentuaram que "cientistas enquanto cientistas não têm qualquer autoridade especial para fazer julgamentos éticos ou políticos acerca dos limites das pesquisas científicas. Dados são dados: mesmo quando obtidos através de experimentos deliberadamente infecciosos com agentes biológicos fatais em testes clínicos aleatórios, como foi feito por cientistas nazistas, os resultados são sempre significativos (…). Praticamente todos os cientistas americanos defendem a existência de regras para proteger seres humanos como objeto de pesquisas. Eles assim fazem, entretanto, não em sua capacidade como cientistas, mas como cidadãos, agentes morais, crentes religiosos, ou simplesmente como seres humanos" (*Beyond bioethics*: a proposal for modernizing the regulation of human biotechnologies. Washington, Paul H. Nitze School, Advanced International Studies, 2006, p. 42 – tradução livre).

O que há de se determinar é se a lei que autoriza a utilização de células-tronco extraídas de embriões humanos destinados à geração da vida, intenção primeira dos genitores, é ou não compatível com a proteção dispensada ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana pelas normas constitucionais. E tudo porque se alega, de um lado, que a simples manipulação de embriões humanos para a pesquisa atentaria contra essa dignidade e, de outro, que, para serem obtidas, as células-tronco embrionárias dependeriam da destruição do embrião.

O que a Suprema Corte do Brasil está desafiando não é, portanto, uma questão religiosa. É uma questão jurídica, posta no plano da interpretação constitucional.

A religião pertence à intimidade do ser do homem e todos nós devemos abrir nossos corações com humildade e grandeza para proclamar nossa fé no mais íntegro respeito moral pela pluralidade que é marca indissociável das sociedades livres. Tentar estabelecer a ideologização da ciência ou enxergar obscurantismo nos que creem e defendem sua fé é indigno desse trânsito da história da humanidade.

É por essa razão que devemos pôr com toda claridade que estamos julgando o alcance constitucional da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana.

A beleza do tema está bem posta no diálogo epistolar entre o Cardeal **Carlo Maria Martini** e **Umberto Eco** (*Em que creem os que não creem*. Record, 2002). Na correspondência trocada em junho de 1995, Umberto Eco pergunta: "Quando tem início a vida humana?" (p. 31). E responde afirmando que todos "já consideram como ser humano o recém-nascido ainda ligado ao cordão umbilical. De quanto é possível retroceder? Se a vida e a humanidade já estão no sêmen (ou até mesmo no programa genético), podemos considerar que o desperdício do sêmen é um delito comparável ao homicídio?" (p. 31/32). Prossegue lembrando as posições de Tertuliano, Santo Agostinho e Santo Tomás em torno do momento em que a alma é transmitida. E depois de anotar que o não crente também se coloca o problema, assevera que "talvez estejamos condenados a saber apenas que existe um processo, que seu resultado final é o milagre do recém-nascido e que o momento em que se teria o direito de intervir nesse processo e em que não seria mais lícito fazê-lo não pode ser esclarecido nem discutido. Logo, tanto não tomar jamais tal decisão quanto tomá-la é um risco pelo qual a mãe responde apenas ou diante de Deus ou diante do tribunal da própria consciência e da humanidade" (p. 33). E faz a terrível advertência: "O senhor sabe que tais questões não implicam somente uma reflexão sobre o aborto, mas uma série dramática de questões novíssimas, como, por exemplo, a engenharia genética e a bioética discutidas hoje por todos, crentes ou não. Como se posiciona o teólogo diante do criacionismo clássico hoje?" (p. 33), para terminar: "Definir o que seja, e onde tem início, a vida é questão que está em jogo a nossa vida. Colocar-me estas questões é um duro peso moral, intelectual e emotivo – creia – para mim também" (p. 34). A resposta do Cardeal **Martini** mostra a complexidade do tema: "O senhor se refere justamente às sutis reflexões de Tomás sobre as diversas fases do desenvolvimento do vivente. Não sou filósofo nem biólogo e não quero adentrar-me em tais questões. Mas todos sabemos que hoje se conhece melhor o dinamismo do desenvolvimento humano e a clareza de suas determinações genéticas a partir de um ponto que, pelo menos teoricamente, pode ser precisado. A partir da concepção nasce, de fato, um ser novo. Novo significa diverso dos dois elementos que, unindo-se, o formaram. Tal ser inicia um processo de desenvolvimento que o levará a tornar-se aquela 'criança, coisa maravilhosa, milagre natural ao qual se deve aderir'. É este o ser de que se trata, desde o início. Há uma continuidade na identidade" (p. 38/39). E aduz: "O senhor conclui dizendo: 'definir o que é, e onde tem início a vida é questão em que está em jogo a nossa vida'. Estou de acordo, pelo menos sobre 'o que é' e já dei minha resposta. O 'onde' pode continuar misterioso, mas está submetido ao valor do 'o que é'. Quando alguma coisa tem valor supremo, merece

supremo respeito. É daí que precisamos partir para qualquer casuística dos casos-limite, que será sempre árdua de enfrentar, mas que, partindo desse ponto, jamais será enfrentada com leviandade" (p. 40).

Creio que é importante, pelo menos para o desenvolvimento do meu raciocínio, compreender o processo e as técnicas de fertilização *in vitro*, de seus produtos e subprodutos e das linhas básicas de pesquisa com células-tronco embrionárias.

A chamada fertilização *in vitro* (FIV) é hoje, juntamente com a inseminação artificial, a principal terapia para a infertilidade de casais em virtude de fatores mecânicos, endometriose, subfertilidade masculina e outras causas não detectadas. Em síntese, pode-se dizer que ambas envolvem a substituição da relação sexual. Enquanto a inseminação artificial se limita a reproduzir, em condições otimizadas, porém no próprio corpo da mulher, a ejaculação, a fertilização *in vitro* envolve a substituição de toda a biomecânica relativa à fecundação (ejaculação, migração dos espermatozoides, determinação natural do espermatozoide fecundador e penetração do espermatozoide no óvulo) por uma manipulação físico-química dos gametas em cultura.

O processo pode ser descrito nas seguintes etapas: (i) a mulher é submetida a uma estimulação hormonal dos folículos ovarianos, de modo a produzir uma ovulação múltipla; (ii) os óvulos produzidos pela mulher são aspirados sob monitorização ecográfica via transvaginal; (iii) os óvulos são incubados e mantidos em cultura por cerca de quatro horas; (iv) o esperma do homem é colhido e manipulado para a seleção de espermatozoides; (v) os óvulos são fertilizados com os espermatozoides selecionados; (vi) os óvulos fertilizados (embriões) são observados e selecionados para implantação; (vii) os embriões selecionados são implantados no útero da mulher; (viii) os embriões excedentes e em boas condições são congelados (Disponível em: <http://www.clinicadale.com.br/fertilizacao_in_vitro.htm>; <http://www.bebedeproveta.com/transferencia.htm> e <http://www.arquivoshellis.com.br/revista/03_030607/03_030607_ahellis_01.pdf>. Acesso em 4 de abril de 2008).

Na verdade, a denominação "fertilização *in vitro*" encobre duas grandes técnicas utilizadas nas clínicas de reprodução assistida: a fertilização *in vitro* convencional e a ICSI (sigla em inglês para *Intracytoplasmic Sperm Injection* – Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide). Na primeira, o laboratório coloca os espermatozoides selecionados no mesmo meio de cultura dos óvulos e a fecundação ocorre à semelhança do que se dá no corpo da mulher; na segunda, um único espermatozoide é escolhido e então injetado, através de um micromanipulador, diretamente no interior do óvulo.

Com a superestimulação dos folículos ovarianos chega-se a produzir até quinze óvulos por ciclo, embora normalmente obtenham-se de cinco a dez. Todos os óvulos produzidos são tratados da forma convencional ou com a ICSI, sendo que 70% deles são fertilizados com sucesso. Considerando que para evitar o risco de gravidez múltipla um máximo de quatro embriões é implantado (item I.6 das

Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, baixadas pela Resolução 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina – CFM), não é raro haver embriões excedentes (óvulos fertilizados com sucesso e que não podem ser implantados).

Estes embriões excedentes podem ser divididos em três grupos: embriões de boa qualidade, de média qualidade e embriões inviáveis para fins de reprodução. Os de alta qualidade e os de média qualidade, considerados viáveis para fins de reprodução, são em geral congelados para aproveitamento futuro (é comum a paciente não engravidar em um ciclo, vindo a tentar novamente a gravidez com os embriões que foram congelados ou simplesmente desejar um segundo filho se a primeira tentativa foi bem-sucedida). Os inviáveis são simplesmente descartados como lixo biológico (BACZKOWSKI et al. Methods of embryo scoring in in vitro fertilization. In: *Reproductive Biology*. v. 4. n. 1. p. 5 a 22). No Brasil não é diferente, a despeito da proibição constante de norma deontológica (Item V, 2, das Normas Éticas Para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida – Resolução 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina).

Daí se vê a importância dos métodos de classificação embrionária na fertilização *in vitro*, porque é através deles que se determina o destino dos embriões produzidos.

O critério mais comum é o morfológico e abrange o exame do aspecto do embrião nas fases de zigoto, de suas primeiras divisões e de blastocisto.

Na fase do zigoto (assim chamado o óvulo imediatamente após a fecundação e antes de suas primeiras divisões), o estudo de **Van Blerkom** encontrou relação entre as taxas de gravidez e a simetria e dimensões do pronúcleo, e também o número e a localização dos nucléolos. **Scott** e **Tesarik** se dedicaram à formulação de critérios classificatórios baseados nesses dados (**cf**. SCOTT et al. Morphology of human pronuclear embryos is positively related to blastocyst development and implantation. In: *Human Reproduction*, v. 15, 2000. p. 2394 a 2403; TESARIK et al. Embryos with high implantation potential after intracytoplasmic sperm injection can be recognized by a simple, non-invasive examination of pronuclear morphology. In: *Human Reproduction* v. 15, 2000. p. 1396 a 1399).

Nas primeiras divisões do embrião (24 a 28 horas após a inseminação (FIV ou ICSI), a observação se volta para a simetria, a fragmentação e o número de células. Um embrião considerado de boa qualidade para fins de reprodução deve ter pelo menos quatro células (blastômeros) no segundo dia e oito no terceiro. Há critérios com quatro e cinco graduações. No Brasil, **Donadio** e outros (Caracterização da inviabilidade evolutiva de embriões visando doações para pesquisa de células-tronco. In: *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia*. 2005; 27(11): 665-71) adotam um critério de quatro graduações, A, B, C e D, conforme os embriões sejam, respectivamente, aqueles simétricos e sem fragmentação; assimétricos ou com até 25% de fragmentação; com 25% a 50% do seu volume ocupado por fragmentos; e aqueles com 50% ou mais de fragmentação. A página da Clínica Magarinos Torres mostra critério similar,

com fotografias (Disponível em: <http://www.bebedeproveta.com/transferencia.htm>). Por sua vez, o trabalho de **Veeck** (*Atlas of human gametes and conceptuses*, 1988) é exemplo de critério com cinco graduações, que também se vale do tamanho dos blastômeros.

Por fim, o embrião na fase de blastocisto (cerca de quatro ou cinco dias após a fecundação) apresenta características peculiares, como a formação de uma massa central e uma concentração periférica de células e, em consequência, a sua análise morfológica pode utilizar outras observações, como a dureza do trofectoderma e a compactação. Nesse sentido, **Garner** e outros (Blastocyst score affects implantation and pregnancy outcome: towards a single blastocyst transfer. In: *Fertility and Sterility* 73. p 1155 a 1158) propõem uma classificação que leva em conta a massa central (ICM – *inner cell mass*), o número de células no trofectoderma e a compactação do blastocisto.

Ainda que esses critérios tenham sido desenvolvidos para serem utilizados de forma autônoma, é praxe das clínicas de fertilização a sua conjugação como forma de obter uma seleção mais rígida.

Mais recentemente, os especialistas têm dedicado atenção à velocidade de divisão do zigoto, critério que tem se mostrado bastante promissor para se chegar a uma identificação precisa de viabilidade (VAN MONTFOORT et al. Early cleavage is a valuable addition to existing embryo selection parameters: a study using single embryo transfers. In: *Human Reproduction*. v. 19, 2004. p. 2103 a 2108; TERRIOU et al. Relationship between even early cleavage and day 2 embryo score and assessment of their predictive value for pregnancy. In: *Reproductive Biomedicine Online*, v. 14, 2007. p. 294 a 299).

E essa identificação precisa da viabilidade é exatamente a meta dos profissionais da reprodução assistida, uma meta que está cada vez mais próxima e que possibilitará que se alcance a gravidez com a transferência de um único embrião, evitando-se os riscos e as inconveniências da gravidez gemelar ou múltipla.

Não é difícil perceber, todavia, que com a maior precisão na identificação da viabilidade e com a possibilidade da transferência de apenas um único embrião para o útero da paciente, um número ainda maior que o atualmente existente de embriões estará fadado ao congelamento, a não ser que os métodos de obtenção de óvulos sejam igualmente otimizados.

Esse prognóstico não é animador porquanto indica aumento futuro do número de embriões em criogenia e, em consequência, do número de embriões desviados de seu destino original.

Em paralelo às próprias técnicas de reprodução assistida, um outro serviço é oferecido rotineiramente pelas clínicas do ramo: o diagnóstico genético pré-implantação. A PGD (da sigla em inglês para *Preimplantation Genetic Diagnosis*) é uma técnica que permite extrair uma única ou duas células de um embrião gerado *in vitro* de modo a submetê-la a um teste genético que é capaz de identificar algumas anomalias, todas cromossomiais e normalmente relacionadas com a formação dos gametas, isso sem a destruição do embrião.

A técnica é utilizada no embrião que se encontra em suas primeiras divisões, quando suas poucas células são chamadas de blastômeros. Para fins de diagnóstico e quando não submetida a um exame na própria clínica de reprodução, a célula é desidratada e enviada em uma placa para o laboratório de análise.

No padrão atual, é possível identificar vários tipos de anomalias, como monoploidias (23 cromossomos em lugar de 46 cromossomos), pluriploidias (triploidias – 69 cromossomos em lugar de 46 – e tetraploidias – 92 cromossomos em lugar de 46) e aneuploidias. Estas, ao contrário das demais, e talvez por não envolverem alterações numéricas em todos os pares de cromossomos, não impedem o nascimento com vida e geram indivíduos com síndromes bem identificadas.

As mais comuns, e que podem ser diagnosticadas através da PGD, são a monossomia do cromossomo sexual, e que leva à síndrome de Turner (presente apenas o item X, nascem apenas indivíduos do sexo feminino); e as trissomias. Estas são: (i) a trissomia do cromossomo 13 (síndrome de Edwards); (ii) a trissomia do cromossomo 18 (síndrome de Patau); (iii) a trissomia do cromossomo 21 (síndrome de Down); e (iv) as trissomias do cromossomo sexual: (a) a síndrome de Klinefelter (cromossomo sexual XXY) e (b) a presença de um cromossomo sexual com a composição XXX.

A página da autoridade inglesa responsável pela regulamentação das clínicas de reprodução e da pesquisa com embriões (*Human Fertilisation and Embriology Authority* – HFEA) mostra uma lista de 63 tipos de anomalias genéticas identificáveis através de PGD. Os métodos utilizados para o exame do blastômero são o PCR (do inglês *Polimerase Chain Reaction*), que permite a replicação de uma sequência de DNA para análise, e o FISH (do inglês *Fluorescence in situ Hibridization*), no qual os cromossomos são marcados com reagentes luminescentes.

É claro que a adoção dessa técnica não deixa margem à ilusão. Se os embriões cujo diagnóstico é negativo são implantados e nascerão com a certeza de que não sofrerão das anomalias pesquisadas, é certo que aqueles cujo diagnóstico é positivo não serão escolhidos para implantação. Pior, serão, na grande maioria dos casos, simplesmente descartados. É a realidade da seleção genética, um grande fantasma da manipulação de embriões.

As técnicas de manipulação de gametas e embriões desenvolvidas nas clínicas de reprodução assistida permitem atualmente a realização de diversos procedimentos de intervenção no processo de reprodução e desenvolvimento humanos, dos quais a seleção genética possibilitada pelo diagnóstico pré-implantação é apenas um dos mais simples.

É hoje possível, por exemplo, a clonagem por divisão artificialmente provocada de embriões, a clonagem por intermédio da transferência do núcleo de uma célula somática humana para um óvulo humano, a clonagem por meio da transferência do núcleo de uma célula somática humana para um óvulo animal (sendo os dois últimos processos variações do procedimento chamado SCNT (*somatic cell nuclear transfer*), o transplante pronuclear (transferência do pronúcleo de um óvulo

fertilizado para um óvulo de terceiro cujo núcleo foi retirado), a partenogênese de um óvulo humano, a criação artificial de quimeras (através da conjugação de blastômeros obtidos de diferentes embriões), a ginogênese (transplante pronuclear utilizando apenas o núcleo da mãe) e a androgênese (transplante pronuclear utilizando apenas o núcleo do pai) (**cf**. *Australian Government National Health And Research Council*. Human Embryo – A Biological Definition, 2005. p. 16 a 19).

O estudo de **Fukuyama** e **Furger** reporta o caso de um casal que concebeu três filhos com a técnica da cocultura, pela qual o óvulo fertilizado *in vitro* foi cultivado por vários dias em tecido animal, o que provavelmente terá transferido material genético animal para as crianças. Outro experimento envolveu a produção artificial de uma quimera humana através da fusão de blastômeros de dois embriões, um masculino e outro feminino. O teste, segundo o autor do estudo, visava demonstrar a possibilidade de uma correção genética, mas foi considerado um engodo (op. cit., p. 87).

Tudo isso mostra que a experimentação científica parece não se conter em limites autoimpostos. As repercussões do uso prático dessas técnicas transbordam do plano jurídico e das dificuldades de identificação parental para atingir o marco definidor da espécie humana, com consequências sequer imaginadas.

É claro que para o cientista, no recôndito de sua curiosidade intelectual, aberto a experiências de toda ordem, o ideal é a ausência de qualquer tipo de limitação para o desenvolvimento de suas pesquisas. Mas é preciso não esquecer que ao lado da ciência biológica e das demais ciências exatas outras ciências interagem no existir do homem. É o que ocorre com a filosofia, a ética, o direito. A interação dessas ciências é que enseja a plenitude da vida humana. Por essa razão é que muitos estudos são dedicados hoje à bioética, considerando-se necessariamente que a descoberta de hoje será ultrapassada no futuro, se nós admitirmos, ao contrário de muitos filósofos, a divisão do tempo fora da existência do tempo presente. Ademais, as limitações éticas ou filosóficas não significam redução da liberdade de pesquisar. Ao reverso, podem significar confiança ilimitada na capacidade dos cientistas de alcançar resultados com menor risco, relevando que a redução do risco é imperativa quando se trata de vida humana a partir da união dos cromossomos ou, se assim preferirmos, a partir da necessidade de assegurar a dignidade humana.

Quando o decreto regulamentar da lei sob exame menciona, por exemplo, a qualificação da inviabilidade do embrião com alterações genéticas ou alterações morfológicas, abre campo minado para a eugenia, que sob nenhum aspecto pode ser tolerada. Admitir que as clínicas de reprodução assistida sejam as responsáveis pela identificação das alterações genéticas e morfológicas para descartar os embriões, equivale a investi-las de poder absoluto sobre o que pode, ou não, desenvolver-se autonomamente até o nascimento com vida. Esse poder, certamente, não nos pertence.

O conceito de células-tronco não é objeto de controvérsias na comunidade científica, podendo ser adotada a definição dada pelo *National Institute of Health*, órgão governamental americano responsável pelas políticas federais

de saúde: são células não especializadas, que têm a faculdade de se renovar mediante um processo autônomo de divisão e se caracterizam pela possibilidade de, sob certas condições fisiológicas ou experimentais, transformarem-se em células de função especializada, como células cardíacas ou produtoras de insulina (*Stem cell basics*. Disponível em: <http://stemcells.nih.gov/info/basics/basics1.asp>. Acesso em 6 de março de 2008).

O conceito é fundamentalmente o mesmo do Glossário da *International Society for Stem Cell Research* (ISSCR):

> Células que têm a dupla capacidade de se autorrenovar (produzir mais células-tronco por divisão celular) e de se transformarem em células maduras e especializadas.
> (Disponível em: <http://www.isscr.org/public/glossary.htm#stem>. Acesso em 7 de março de 2008.)

E também da *European Molecular Biology Organisation* (EMBO):

> Célula-Tronco – Célula que pode produzir continuamente células-filhas idênticas e tem a capacidade de produzir células-filhas com diferentes e mais específicas propriedades.
> (**Cf**. SMITH, Austin. A glossary for stem cell biology. In: *Stem Cell Research – Status*, Prospects, Prerequisites. EMBO, 2006. p. 75.)

Dois são os tipos de células-tronco de acordo com sua origem, ou fonte: as células-tronco embrionárias e as células-tronco adultas. Estas, é importante que se diga, são extraídas de tecidos já desenvolvidos, como pele, sangue, intestinos e músculos e também do cordão umbilical. Têm sido assim chamadas exatamente para diferenciá-las das células-tronco embrionárias, obtidas de embriões. Quanto às últimas, vale anotar que são obtidas de embriões oriundos de processos de fertilização assistida e não de fertilização natural.

Vale transcrever a definição do NIH no já citado *Stem Cell Basics* mostrando que as células-tronco embrionárias "são derivadas de embriões. Mais precisamente, células-tronco embrionárias são derivadas de embriões que se desenvolveram de óvulos fertilizados *in vitro* – em uma clínica de fertilização *in vitro* – e posteriormente doados para fins de pesquisa com o consentimento informado dos doadores. Elas não são derivadas de óvulos fertilizados no corpo de uma mulher. Os embriões dos quais derivam as células-tronco embrionárias têm, em regra, cinco ou seis dias de existência e são uma microscópica bola de células chamada blastocisto". (Disponível em: <http://stemcells.nih.gov/info/basics/basics3.asp>. Acesso em 7 de março de 2008.) Na enciclopédia eletrônica *Medline Plus*, as células-tronco embrionárias "são obtidas tanto de fetos abortados quanto de óvulos fertilizados decorrentes da fertilização *in vitro* (FIV). Elas são úteis para finalidades médicas e de pesquisa, pois são capazes de produzir células para quase todos os tecidos do corpo". As células-tronco adultas, por sua vez, "não são tão versáteis para fins de pesquisa por serem específicas de certos tipos de célula, como as sanguíneas, intestinais, epidérmicas e as musculares".

(Disponível em: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/ency/article/007120.htm>. Acesso em 7 de março de 2008.) E no Glossário do ISSCR, as células-tronco adultas são "encontradas em diferentes tecidos do organismo adulto desenvolvido e que permanecem em um estado de não especialização. Essas células podem gerar células especializadas do tecido do qual foram obtidas, ou seja, uma célula-tronco cardíaca pode gerar uma célula de função muscular cardíaca, mas ainda não está claro se podem gerar todos os tipos de célula do corpo". As células-tronco embrionárias, segundo o Glossário, "são células derivadas do aglomerado interior de células do blastocisto. Uma célula-tronco embrionária é autorrenovável (pode se autorreplicar), pluripotente (pode formar todos os tipos de célula encontrados no corpo) e, em tese, imortal". (Disponível em: <http://www.isscr.org/public/glossary.htm#stem>. Acesso em 7 de março de 2008.)

A obtenção da primeira linhagem de células-tronco de embrião humano, em 1998, é atribuída a **James Thomson** e sua equipe (THOMSOM et al. Embryonic stem cell lines derived from human blastocysts. In: *Science*. v. 282, 1998). A fonte das células das quais derivaram as linhagens obtidas é o embrião na fase de blastocisto, quatro ou cinco dias após a fertilização.

O método para obtenção é derivado daquele utilizado em camundongos desde 1981 e é descrito com detalhes no requerimento da patente ao Registro de Patentes dos Estados Unidos da América, envolvendo a extração de parte da massa central celular (ICM – *inner cell mass*) do blastocisto (Claim. Item 9. United States Patents Office, appl. n. 9/106390, 26-6-1998). Com isso, o trofectoderma é removido e o embrião é desagregado, destruído.

Esse é o método comumente utilizado para a obtenção de células-tronco embrionárias. Pode-se dizer que é o método padrão e através dele é que foi obtida a grande maioria das linhagens atualmente disponíveis. Por isso é que a obtenção de células-tronco embrionárias é associada à destruição do embrião.

Como se vê, a principal diferença apontada entre as células-tronco embrionárias e as adultas, no que se refere a sua capacidade terapêutica, reside na flexibilidade ou plasticidade. O art. 3º da Lei 11.105/2005, sob exame, indica essa característica ao conceituar as células-tronco embrionárias como "células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer organismo".

Sem sombra de dúvida, há praticamente um consenso quanto às expectativas despertadas pelas células-tronco embrionárias, mas é bom deixar claro que a promessa a elas atribuída não tem, pelo menos ainda, garantia de concretização. Nesse sentido, o respeitado cientista Stevens Rehen, em entrevista concedida ao Instituto Virtual de Células-Tronco, acredita "ser precoce qualquer sugestão de aplicação terapêutica de células-tronco embrionárias humanas". (Disponível em: <http://www.ivct.org/index.php?option=com_content&task=view&id=38&Itemid=2>. Acesso em 26 de maio de 2008.)

São pertinentes as palavras do deputado da Assembleia Nacional francesa, **Pierre-Louis Fagniez**, ao assinalar que as "células-tronco adultas, as

células-tronco embrionárias e a clonagem terapêutica são incontestavelmente os grandes personagens da pesquisa atual. Eles cativam a sociedade e alimentam um imaginário que fascina os homens desde a Antiguidade: o da regeneração, caminho para a imortalidade. Um grande prêmio literário não foi atribuído a um romance que versava justamente sobre o tema da clonagem? As pesquisas nesse domínio bastante sensível suscitam reações passionais, constituídas de esperança e de angústias. Chamadas a revolucionar a medicina regenerativa, elas poderiam levar a terapias de um novo século. *Mas predições não são antevisões: ainda que verossimilhantes, é bem difícil de antecipar seus resultados. A razão e a emoção se misturam sempre, confundindo os argumentos que derivam de verdades científicas ou meras convicções*". (*Cellules souches et choix éthiques – rapport au premier ministre*. p. 5, grifou-se.)

É importante afirmar e reafirmar que a qualidade das pesquisas com células-tronco embrionárias para a investigação científica não pode ser desconsiderada. Nem nos cabe fazer, sob nenhum ângulo, avaliações científicas sobre o assunto. Isso quer dizer, no meu entender, que a comparação entre as duas fontes de células-tronco não é argumento a ser considerado para o julgamento da presente ação. Muito menos a tentativa de desqualificação da pesquisa com células-tronco embrionárias, considerando que os cientistas trabalham com a perspectiva de melhores resultados com esse tipo celular.

O que se examina, repita-se, é se o método de obtenção dessas células através da destruição do embrião pode ser admitido. A menção comparativa das células-tronco diante do estado atual das pesquisas com cada um de seus tipos releva apenas para o cumprimento do dever de esclarecimento que entendo necessário no desenvolvimento do meu raciocínio.

Um levantamento das últimas notícias publicadas em páginas especializadas da internet, como *Publimed, Nature, New Scientist e Bio-Medicine*, mostra que algumas pesquisas com células-tronco adultas já resultam em determinadas terapias, enquanto que as pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, mesmo que bastante promissoras, ainda se encontram, até mesmo pelo curto tempo de existência, em fase inicial.

No caso de células-tronco adultas, além do transplante de medula óssea, que serve para combater a leucemia e os linfomas, já se noticiam resultados, ainda que modestos, no tratamento de algumas doenças cardíacas, foi o que constatou o Dr. **Richard K. Burt**, da Faculdade Feinberg de Medicina da Northwestern University, ao analisar centenas de estudos realizados entre janeiro de 1997 e dezembro de 2007, dos quais 323 avaliaram viabilidade e toxicidade e 69 avaliaram resultados em pacientes. Em 17 estudos envolvendo 1.002 pacientes que sofreram ataques cardíacos, 16 deles, com 493 pacientes, mostraram evidências sugerindo que o transplante de células-tronco adultas levou a modestas melhoras na função cardíaca. (Disponível em: <http://www.bio-medicine.org/medicine-news-1/Adult-Stem-Cells-Help-Those-With-Immune-Disorders--Heart-Disease-12798-1/>; v. tb. *The Journal of American Medical Association*, v. 299, n. 8, de 27 de fevereiro de 2008.)

No Brasil, o Dr. Julio César Voltarelli, defensor das pesquisas com células-tronco embrionárias, avança no tratamento do **diabetes mellitus**, como ele mesmo teve a oportunidade de registrar na audiência pública de 20-4-2007. Além dele, e entre outros: (a) o Dr. Adalberto Luiz Rosa, na Universidade de São Paulo, unidade de Ribeirão Preto, investiga a utilização de células-tronco derivadas de medula óssea na reparação de tecidos ósseos; (b) o Dr. Alfredo de Miranda Góes, na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), tenta promover a osteogênese usando células-tronco mesenquimais humanas; (c) no Centro de Pesquisa Gonçalo Muniz, da Fiocruz, busca-se a terapia com células-tronco de medula óssea em indivíduos portadores de mielopatia associada à infecção por HTLV-1 e de traumatismo agudo; (d) na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), o Dr. Clodomiro Alves Júnior tenta a diferenciação, a adesão e a proliferação de células-tronco de cordão umbilical em biomateriais com superfícies modificadas; (e) o Dr. Hans Jurgen Fernando Dohmann pesquisa, no Centro de Ensino e Pesquisa do Pró-Cardíaco (PROCEP), o transplante autólogo de células mononucleares da medula óssea – angiogênese na cardiopatia isquêmica; (f) o Dr. Ibsen Bellini Coimbra tenta a indução de condrogênese a partir de células-tronco de cordão umbilical; (g) na PUC do Rio Grande do Sul, o Dr. Jaderson Costa Dacosta busca o transplante de células-tronco da medula óssea para tratamento do processo neurodegenerativo induzido por epilepsia, enquanto o Dr. Jefferson Luis Braga da Silva tenta a utilização de células-tronco adultas no tratamento de cicatrizes queloidianas e de lesões nervosas periféricas; (h) o Dr. Ricardo Ribeiro dos Santos, da Fiocruz, trabalha com células-tronco adultas do fígado com vistas à reparação de tecidos desse órgão; (i) a Dra. Maria Eugênia Leite Duarte, na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), tenta utilizar células-tronco mesenquimais no reparo da osteonecrose e na reconstrução de perdas ósseas; e (j) também relacionada a cardiopatias, a pesquisa de Renato Abdala Karam Kalil (transplante autólogo de células-tronco da medula na miocardiopatia dilatada não isquêmica – Instituto de Cardiologia do Rio Grande do Sul/Fundação Universitária de Cardiologia (IC-FUC)).

A imprensa noticiou há poucos dias que cientistas da PUC do Paraná, em parceria com a Santa Casa de Misericórdia de Curitiba e a Fundação Oswaldo Cruz, do Rio, conseguiram criar vasos capilares através do uso de células-tronco adultas extraídas do cordão umbilical (*O Estado de São Paulo*, edição de 14-5-2008, p. A47).

No que concerne às células-tronco embrionárias, em um dos artigos mais citados pelos estudiosos na área biotécnica, os autores dão conta de que, no período entre 1º-1-1998 e 31-12-2005, 315 relatos de pesquisas com essas células foram publicados, dos quais 28% diziam respeito à sua diferenciação em células ou tecidos especializados, enquanto outros 27,5% à sua caracterização molecular. Outros 33% relacionavam-se à derivação de linhagens ou ao desenvolvimento de melhores técnicas de cultura (GUHR, Anke et al. *Current state of human embryonic stem cell research: an overview of cell lines and their use in experimental work*. Stem Cells, 2006).

As notícias acerca de pesquisas com células-tronco embrionárias extraídas da página *Bio-Medicine,* em 13-3-2008, confirmam esse quadro, anunciando experimentos em fase de testes que podem levar a terapias para inibir melanomas; curar a diabetes, tendo sido criadas células producentes de insulina; tratar derrames; reparação do tecido muscular cardíaco; recriar cartilagem; e contra a catarata (exemplos foram retirados da página Bio-Medicine.org. Disponível em: <http://news.bio-medicine.org/medicine.asp?s=Stem%20Cell%20Research&w=Stem%20Cell&page=1&i=1>).

No Brasil, atualmente, são desenvolvidas as seguintes pesquisas relacionadas com células-tronco embrionárias humanas: (a) no Instituto Nacional de Cardiologia de Laranjeiras e na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), o Dr. Antonio Carlos Campos de Carvalho busca mecanismos de diferenciação e uso terapêutico; (b) na Universidade Federal de Goiás, a Dra. Lídia Andreu Guillo testa o uso de nanopartículas magnéticas na expansão *in vitro* dessas células; (c) a Dra. Lygia Pereira, no Laboratório de Genética Molecular da Universidade de São Paulo (USP), tenta estabelecer novas linhagens; (d) também na USP, a Dra. Mari Cleide Sogayar testa o uso de células-tronco embrionárias no reparo de lesões em doenças degenerativas (diabetes, hepatopatias, neuropatias, lesões ósseas e lesões renais); e (e) no Rio de Janeiro, o Dr. Stevens Kastrup Rehen, no Laboratório de Neurogênese e Diferenciação Celular da UFRJ, busca o controle da aneuploidia e a diferenciação neural. Aliás, é importante que se registre o empenho e a seriedade dos respeitados pesquisadores que atuam na UFRJ, vencendo dificuldades materiais, como o próprio Dr. Stevens e os Doutores Radovan Borojevic e Cláudia Maria de Castro Batista, Pós-Doutora em Neurociências pela Universidade de Toronto, Canadá, e responsável pelo estudo de células-tronco neurais em modelos pré-clínicos e em doenças neurodegenerativas.

Muito importante é o registro da descoberta de **Shinya Yamanaka**, cientista da Universidade de Kioto, Japão. Ele conseguiu, em novembro de 2007, transformar células-tronco adultas em células de caráter pluripotente, ou seja, equiparáveis às células-tronco embrionárias, através do que se chamou de "reprogramação celular", um método alternativo que vem sendo considerado bastante promissor e capaz de suplantar, como fonte de células-tronco pluripotentes, o método corrente. Algum tempo depois, cientistas americanos igualaram o feito, um deles o próprio Dr. **James Thomson**.

Embora ambos afirmem que ainda levará certo tempo para que essas células possam ser usadas da mesma forma que as células-embrionárias, **James Thomson**, que confessou ter sempre se preocupado com as implicações éticas das pesquisas com embriões, prevê que "daqui a uma década, isso [a problemática das pesquisas com células-tronco embrionárias] será apenas uma histórica nota de rodapé". A propósito das descobertas, o Dr. **Ian Wilmut**, criador da ovelha "Dolly", acabou declarando que iria abandonar as pesquisas com transferência nuclear para se dedicar à reprogramação celular.

De todos os modos, não é razoável, como já acentuei, sob nenhum ângulo, desqualificar a qualidade das células-tronco embrionárias, reconhecidas

cientificamente como de maior espectro para as pesquisas com objetivo terapêutico. A circunstância de oferecerem maior risco carcinogênico do que as células-tronco adultas não quer dizer que estas não sejam suscetíveis de riscos assemelhados. A questão, portanto, está assentada no plano científico, a cargo dos pesquisadores, não nos cabendo analisar ou avaliar.

No atual contexto, os avanços e resultados diariamente obtidos nas pesquisas com células-tronco adultas e embrionárias ora aumentam, ora reduzem as diferenças entre um e outro tipo e, por conseguinte, as suas reais possibilidades de aplicação terapêutica. Por isso, segundo boa parte dos cientistas, ainda não seria interessante abandonar uma ou outra linha de pesquisa.

Permanece, então, no presente estado da ciência, uma divisão intransponível, que subjaz a este julgamento: para serem obtidas as células-tronco embrionárias, segundo o método adotado como padrão, o embrião humano é destruído, o que é inaceitável para muitos.

Do debate que vem sendo travado em praticamente todo o mundo ocidental, colhem-se argumentos de diferentes naturezas, favoráveis e contrários às pesquisas com embriões em geral e com células-tronco embrionárias em particular.

Os argumentos favoráveis às pesquisas são geralmente:

(i) o custo da destruição do embrião é coberto pelos benefícios a serem obtidos;

(ii) o embrião não é apenas um aglomerado de células, mas não tem o mesmo valor que o ser humano vivo ou mesmo o feto;

(iii) considerando que são embriões excedentes de um processo de FIV e seriam de toda sorte destruídos, seu aproveitamento nas pesquisas só traria benefícios;

(iv) as células-tronco embrionárias são mais flexíveis que as células-tronco adultas.

Por sua vez, os argumentos contrários às pesquisas amparam-se:

(i) na premissa de que o óvulo fecundado (embrião), exatamente por ser totipotente e poder gerar um ser humano integral e completo, já é vida humana;

(ii) na existência de métodos alternativos de pesquisa que dispensariam a destruição do embrião;

(iii) na existência de insubsistências nas pesquisas com células-tronco embrionárias;

(iv) na superestimação das potencialidades dessas pesquisas.

No meu entendimento, a valoração do embrião é crucial para o debate. De fato, a se entender que não tem nenhum valor especial, pelo menos um valor diverso do que aquele de um conjunto de células em cultura, todos os empecilhos éticos desapareceriam. A conclusão não é muito diversa se a medida desse valor supera a de um grupo de células, mas não alcança aquela de um ser humano formado ou mesmo de um feto. Sua destruição, nessa visão, não passaria da eliminação de um material biológico.

É essa, por exemplo, a visão de **Fukuyama** e **Furger** quando anotam que "nós não partimos de uma posição pró-vida. Nós acreditamos que os embriões humanos têm um *status* moral intermediário. Eles não são moralmente equivalentes aos recém-nascidos; a destruição de um embrião para nós não se compara a um homicídio" (op. cit., p. 44/45).

O problema ganha corpo e substância quando se entende que o embrião tem um valor idêntico ao de um ser humano já nascido.

Jürgen Habermas, como de hábito, estuda em profundidade esse tema, merecendo destacado o trecho que exibe a polaridade que o assunto provoca:

> Um lado descreve o embrião no estágio prematuro de desenvolvimento como um "amontoado de células" e o confronta com a pessoa do recém-nascido, a quem primeiramente compete a dignidade humana no sentido estritamente moral. O outro lado considera a fertilização do óvulo humano como o início relevante de um processo de desenvolvimento já individualizado e controlado por si próprio. Segundo essa concepção, todo exemplar biologicamente determinável da espécie deve ser considerado como uma pessoa em potencial e como um portador de direitos fundamentais.
> (*O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 44.)

Uma alegoria filosófica bem antiga torna-se apropriada neste tema: o **Paradoxo Sorites**, atribuído ao filófoso de Mégara Eubulides de Mileto e popularizado pelos estoicos, talvez inspirado por Zenão de Eleia, também referido por Aristóteles, que autoriza um questionamento sobre a fluidez dos conceitos. Um grão de areia forma um monte de areia? Dois grãos? Três? Um milhão? Talvez sim. Indaga-se, então, em que momento a adição de um único grão de areia origina o monte.

Os problemas que se encaixam nesse paradoxo podem ser geralmente resolvidos adotando-se uma convenção.

E é isso que muitos se propõem a fazer, com base em alguns eventos bem identificados durante o processo de reprodução humana: blastocisto, formação da linha primitiva, nidação, movimento, nascimento etc.

Em Roe *vs* Wade, Justice **Harry Blackmun** adotou uma dessas convenções. Não para determinar o início da vida, mas para estabelecer em que momento passaria a existir um direito do feto à vida, inviolável mesmo em contraste com o direito da mãe.

De certa forma, foi o que fez o douto Ministro **Carlos Britto** ao comparar a vida do embrião preservado em laboratório com a vida do embrião implantado no útero de uma mulher e a vida de um recém-nascido (vida biográfica), para não reconhecer ao primeiro um direito absoluto à sua preservação. Leia-se:

> (...) as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. *Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose*.
> (Grifos originais.)

A ideia da metamorfose, contudo, é desafiada pelos que valorizam o embrião. Um dos principais argumentos em contrário é amparado em estudos que indicam haver diversos estágios contínuos no processo de desenvolvimento embrionário e fetal, não sendo possível isolar as etapas e, portanto, considerar algumas mais importantes que outras.

Essa visão não seria, assim, fruto de uma crença ou de um dogma, mas de uma inferência lógica a partir dos dados que informam o processo de reprodução humana.

Nessa linha, fixar um marco por convenção, ao meu sentir, não passaria de uma escolha arbitrária.

A dificuldade do problema fica clara quando são analisadas as decisões tomadas pelos diversos países do mundo sobre o tema, o que mostra sua universalidade e sua desvinculação da dogmática religiosa.

O dissenso em escala global impediu que a Organização das Nações Unidas (ONU) regulamentasse as pesquisas com células-tronco embrionárias, limitando-se a divulgar, em 8-3-2005, uma declaração sobre a clonagem humana, que foi rejeitada por diversos países, entre os quais o Brasil, por conta da alegada ambiguidade do termo "vida humana", que poderia impedir a clonagem terapêutica, método adotado por algumas nações e do qual deriva, segundo muitos, um organismo em nada diferente de um embrião (Declaração das Nações Unidas sobre Clonagem Humana, 59ª Assembleia Geral; 82ª Reunião, item 150 – Disponível em: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/493/06/PDF/N0449306.pdf?OpenElement>).

A União Europeia não fugiu ao debate, mas tampouco obteve o consenso de seus membros quanto a uma posição única e, por decisão de 25-4-2007, deixou os Estados-membros livres para autorizar ou proibir as pesquisas com células-tronco embrionárias, o que se interpretou como estímulo ao desenvolvimento de pesquisas inovadoras (**cf**. *Le Monde*, edição de 27-4-2007).

Assim, a Europa se divide exatamente entre os países que proíbem e os que autorizam as pesquisas com células-tronco embrionárias, sendo que estes últimos praticam diferenciados graus de intervenção na respectiva regulamentação.

Alinham-se entre os países que proíbem as pesquisas a Alemanha, a Itália, a Áustria e a Polônia (*Cellules souches et choix éthiques*. p. 140-3; e *Beyond bioethics – a proposal for modernizing the regulation of human biotechnologies*. Também <http://www.mbbnet.umn.edu/scmap.html>).

Na Alemanha, a proibição é a regra, mas, excepcionalmente, é admitida a importação e a utilização de células-tronco embrionárias, desde que: (i) tais células-tronco tenham sido obtidas até determinada data no país de origem, de acordo com a legislação respectiva, e tenham sido preservadas em cultura ou por meio de métodos criogênicos (a data-limite prevista originalmente era a de 1º de janeiro de 2002, tendo sido revista recentemente para 1º de maio de 2007 (Parlamentares Alemães Diminuem Restrições Sobre Células-Tronco, *O Estado*

de São Paulo, 11-4-2008); (ii) os embriões dos quais se originaram tenham sido obtidos através de fertilização *in vitro* conduzida por médico e com o propósito de induzir a gravidez, não servindo mais a esse fim por razões inerentes ao próprio embrião; (iii) nenhum pagamento ou outra vantagem patrimonial tenha sido prometido em troca da doação desses embriões; (iv) a pesquisa seja aprovada pela agência competente, mediante análise da descrição do projeto e da compatibilidade de suas razões científicas com o objetivo de (a) gerar conhecimento em pesquisa básica ou (b) desenvolver métodos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos a serem aplicados a seres humanos; (v) o objeto da pesquisa já tenha esgotado todos os meios envolvendo células animais ou experimentos com animais; (vi) o conhecimento científico a ser obtido não possa ser alcançado senão através do uso de células-tronco embrionárias; (vii) tais células-tronco sejam aquelas registradas em um registro público, cientificamente reconhecido, mantido por agências governamentais ou agências autorizadas pelo respectivo governo; e (viii) receba a aprovação de um comitê ético (*Stem Cell Act – Stammzellgesetz – StZG*, 28 de junho de 2002). A autorização ainda pode ser concedida por tempo limitado.

De acordo com a Lei de Proteção ao Embrião, de 1º de janeiro de 1991 (Gesetz Zum Schutz Von Embryonem), só é permitida a fertilização de três óvulos por ciclo e também não se permite a implantação de mais de três embriões.

A legislação alemã foi novamente submetida ao Parlamento neste ano, tendo sido elaborados quatro modelos básicos de regulamentação: o que mantinha o modelo atual; o que previa a liberação de todas as pesquisas e formas de manipulação do embrião; o que buscava a proibição integral; e, finalmente, o que foi aprovado, contendo apenas uma extensão do termo final de congelamento dos embriões admitidos para pesquisa (*Germany eases stem cell restrictions. Deutsche welle*. Disponível em: <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,3259556,00.html?maca=en-kalenderblatt_topthema_englisch-347-rdf>. Acesso em: 11 de abril de 2008).

A França, através de lei de 6 de agosto de 2004 (Lei 2004-800 – *Relative à la Bioéthique*), adotou uma interessante posição. Embora mantendo o princípio de proibição de pesquisas com células-tronco embrionárias estabelecido desde a Lei de Saúde Pública de 1994, concedeu uma permissão temporária, uma moratória de cinco anos, contada da data de publicação do decreto regulamentar de 7-2-2006, ou seja, até 2011.

Até lá, as pesquisas dependem dos seguintes requisitos: (i) devem se dar a partir de embriões oriundos de FIV para fins de procriação, que não sejam mais objeto de um projeto parental; (ii) devem se destinar a projetos terapêuticos significativos; (iii) não podem ser substituíveis por métodos alternativos de eficácia comparável; e (iv) devem ser autorizadas pela *Agence de la Biomédecine* (ABM) após ouvido o conselho de orientação (*Cellules souches et choix éthiques*. p. 174/175; *Agence de la Biomédecine* – página na Internet: <http://www.agence-biomedecine.fr/fr/index.aspx>).

Dentre os países que autorizam a pesquisa, destacam-se, na Europa, a Grã-Bretanha, a Bélgica e a Suécia.

A Grã-Bretanha regula as pesquisas com células-tronco embrionárias desde 1990, com a edição do *Human Fertilisation and Embriology Act – HFE* (§ 11(1)c e Anexo 2, § 3), sobressaindo-se por já não proibir sequer a clonagem terapêutica e a criação de embriões para fins de pesquisa.

Exerce papel fundamental no sistema britânico a autoridade criada pelo HFE (*Human Fertilisation and Embriology Authority* – HFEA). Suas principais atribuições são: (i) conceder licenças para fiscalizar as clínicas de reprodução assistida que utilizem de processos de fertlização *in vitro* (FIV); (ii) conceder licenças para funcionamento dos centros de pesquisa com embriões humanos e fiscalizá-los; (iii) conceder licenças e fiscalizar os bancos de estocagem de gametas e embriões; (iv) manter um registro de doadores de gametas, tratamentos de fertilização e crianças nascidas desses tratamentos; e (v) elaborar um código de conduta a ser observado pelas clínicas de reprodução assistida e centros de pesquisa.

Existem rigorosos controles de acompanhamento (relatórios periódicos devem ser enviados às autoridades de seis em seis meses), de necessidade (as pesquisas não serão autorizadas, por exemplo, se podem ser substituídas por aquelas com células-tronco de animais ou adultas) e de objetivos (as pesquisas devem buscar a implementação de técnicas de tratamento de esterilidade ou de diagnóstico de doenças hereditárias, o conhecimento relativo a abortos espontâneos, o desenvolvimento de técnicas de contracepção mais eficazes e de detecção de anomalias cromossômicas hereditárias, o conhecimento do desenvolvimento dos embriões e o tratamento de doenças graves – Anexo 2, § 3(2)).

A despeito da liberalidade do legislador, que admite até mesmo a fertilização de óvulo animal com esperma humano (Anexo 2, §1(1)f e § 3(5)), as proibições não deixam de ser enumeradas, demonstrando a preocupação com o sempre real e iminente perigo de utilização indevida do material de pesquisa. Assim, por exemplo: (i) introduzir no útero de uma mulher um embrião que não seja humano ou gametas que não sejam humanos; (ii) guardar ou manipular embriões após o aparecimento da linha primitiva (14 dias); e (iii) substituir o núcleo celular de um embrião com o núcleo de outro embrião ou de outra pessoa (§ 3(3)). Atualmente, está em discussão no Parlamento uma revisão do HFE, apelidada de *Human Fertilisation and Embriology Bill*, que pretende ampliar ainda mais as possibilidades de pesquisa com embriões. Uma das mais destacadas envolve a criação de embriões híbridos (DNA humano em citoplasma de vaca) para lidar com a escassez de células-tronco para pesquisa, ensejando a criação de novas linhagens (Disponível em: <http://services.parliament.uk/bills/2007-08/humanfertilisationandembryology.html>).

A Suécia também se destaca ao permitir, desde 1991, as pesquisas diretamente com os próprios embriões (também até o seu 14º dia de existência e vedada sua implantação) e a partir de 2005 com as células-tronco embrionárias, desde que autorizadas por um comitê ético que determina, antes de cada pesquisa, um estudo sobre seus benefícios e riscos (*Cellules souches et choix éthiques*. p. 137).

A Espanha, que em 2003 editou uma lei que restringia as pesquisas com embriões que já estivessem congelados até aquele ano, editou, em 26 de maio de 2006, a *Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, levantando essas restrições e deixando aos pais biológicos a decisão sobre sua utilização. Esse país foi mais além e se juntou à Grã-Bretanha, Suécia e Bélgica na lista de países que admitem a clonagem terapêutica. Interessante é a preocupação no sentido de que "*el tratamiento deberá evitar la gestación múltiple, la práctica de la reducción embrionaria y la generación de preembriones supernumerarios*", limitando a implantação a três pré-embriões (considerados os óvulos fecundados com até quatorze dias de existência). A imposição da lei anterior, que limitava a fecundação a um máximo de três ovócitos por ciclo foi retirada.

Na Bélgica, a lei de 11 de maio de 2003 (*loi relative à la recherche sur les embryons in vitro*) admitiu a pesquisa com embriões em cultura, desde que: (i) tenha objetivo terapêutico ou de contribuição para o conhecimento em matéria de fertilidade, de esterilidade ou de formação de órgãos e tecidos; (ii) seja baseada nos conhecimentos científicos mais atualizados e satisfaça as exigências de uma metodologia correta de pesquisa científica; (iii) seja efetuada em um laboratório autorizado, ligado a um programa universitário de medicina reprodutiva; (iv) seja supervisionada por um médico especialista ou um doutor em ciências; (v) os embriões tenham até quatorze dias de existência sem congelamento; e (vi) não existam outros métodos de pesquisa alternativos com eficácia comparável. Exige-se, ainda, o consentimento prévio dos doadores. A criação de embriões *in vitro* somente é autorizada se o objetivo da pesquisa não for alcançável com os embriões excedentes (Disponível em: <http://www.staatsbladclip.be/lois/2003/05/28/loi-2003022592.html>).

Em Portugal, a Lei 32/2006, de 26 de julho, permitiu, através de seu art. 9º, as pesquisas com embriões, sempre que observadas as condições ali estabelecidas, como a proibição da criação de embriões e da investigação científica para fins outros que não a prevenção, o diagnóstico ou a terapia de embriões, aperfeiçoamento das técnicas de reprodução assistida e para a constituição de bancos de células-tronco para transplante ou quaisquer outras finalidades terapêuticas. O uso de embriões para pesquisa somente será admitido se for razoável esperar que resulte em benefício para a humanidade. A pesquisa, de todo modo, deverá ser previamente apreciada e aprovada pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.

Nos Estados Unidos, como se sabe, os Estados federados estão livres para baixar suas próprias políticas, havendo restrição apenas no que se refere ao financiamento público federal.

Nessa linha, proíbem quaisquer pesquisas envolvendo embriões os Estados da Flórida, Louisiana, Maine, Michigan, Minnesota, Dakota do Norte, Pensilvânia e Dakota do Sul. Permitem-nas, com exceção da transferência celular, os Estados de Arkansas, Indiana, New Hampshire e Virgínia. Além desses, e permitindo a transferência celular, os Estados da Califórnia, Connecticut, Illinois, Iowa, Maryland, Massachussets, Missouri, Nova Jersey e Rhode Island. Financiamentos

públicos são expressamente proibidos nos Estados do Arizona, Geórgia, Michigan, Missouri e Nebraska; e permitidos na Califórnia, Connecticut, Illinois, Maryland, Nova Jersey, Ohio e Virgínia (Disponível em: <http://www.hinxtongroup.org/usa_map.html>). Há registro de que a Califórnia tenha aprovado um investimento total de três bilhões de dólares nas pesquisas com células-tronco embrionárias (Disponível em: <http://www.mbbnet.umn.edu/scmap.html>).

O Canadá editou, em 29 de março de 2004, um ato (*Assisted Reproduction Act*) que autoriza as pesquisas com embriões e que também impõe alguns requisitos, destacando-se a exigência de consentimento informado (Disponível em: <http://www.hc-sc.gc.ca/hl-vs/reprod/index_e.html>).

Na Ásia, Japão, China, Coreia do Sul e Cingapura autorizam tanto a pesquisa com embriões quanto a clonagem terapêutica, sendo que, no primeiro, apenas uma instituição (a Universidade de Kioto, através de seu *Stem Cell Research Center*) está autorizada a produzir linhagens de células-tronco embrionárias.

A Austrália, por fim, adota um critério, chamado por **Fukuyama** e **Furger** (op. cit.) de "*autorregulamentação regulamentada*" (p. 153), que autoriza a pesquisa com embriões, mas restringe uma série de técnicas.

O que se verifica no direito comparado é que há preocupação não apenas quanto à definição do estatuto do embrião, mas também quanto às consequências do progresso das técnicas de manipulação genética e celular, especialmente aquelas relacionadas ao uso de gametas e de embriões.

Questões como seleção de sexo, comercialização de gametas e embriões, diagnóstico genético pré-implantação, clonagem reprodutiva, aperfeiçoamento genético, cisão de embriões, criação de embriões para fins de pesquisa e experimentos com quimeras mostram que há um universo de possibilidades e riscos que não pode ser desprezado.

Será possível deixar de enxergar a gravidade do cenário montado, por exemplo, pelas técnicas de diagnóstico genético de embriões, em que se torna possível selecionar geneticamente aqueles que mereçam seguir adiante, descartando os demais porque portadores de defeito genético? Isso quer dizer que é possível descartar aqueles embriões em que se diagnostica a trissomia do cromossomo 21, como se os portadores da Síndrome de Down não tivessem o direito de viver.

A busca da eugenia, da raça pura, do ser humano programado em laboratórios, não é, certamente, um ideal para a humanidade. Ao contrário, a diversidade que torna iguais os desiguais e transplanta a noção de igualdade para o tratamento jurídico dos desiguais como iguais na sua diversidade é um valor ético que não pode ser menosprezado.

Observo, desde logo, que na lei brasileira sob exame não existe nenhum protocolo para orientar os procedimentos, que são hoje integralmente liberados ensejando os grandes riscos da má utilização que os contemporâneos do século XX já viveram, enlouquecidos pela purificação racial, na pior perspectiva para a grandeza infinita do ser do homem.

Não me parece que esse cenário que estamos vendo autorize a simplificação do controle de constitucionalidade que agora examinamos.

Com todo o maior respeito aos que entendem em contrário, na minha compreensão, não é possível declarar-se simplesmente constitucional ou inconstitucional uma lei que desafia a ciência e diz diretamente com o futuro da humanidade. Será razoável acreditar que a ciência tudo pode e que por isso não se há de impor limites, sem falar naqueles limites éticos que são essenciais à convivência social?

Será que devemos pôr no plano mais geral de absoluta liberdade das pesquisas do poder dito incontrastável da ciência ou da proibição terminante delas, a catalogar os que se alinham na primeira como vanguardistas e os que se encontram na segunda como obscurantistas? Será que devemos fechar nossos olhos para os que na dor, no sofrimento, na angústia, juntam a fé para que um caminho seja descoberto curando os enfermos que estão próximos de nós? Será que devemos, nessa hora, liberar uma paixão sem prover uma razão?

Respondo, sem o ceticismo de **David Hume,** que não! Ao revés, a impaciência deve ceder à tolerância com o tempo para buscar convergências que nos permitam encontrar iluminados amanheceres.

Estou convencido de que este tema que nos ocupa põe em evidência a necessidade de criar mecanismos adequados de controle, uma limitação, no campo das pesquisas que avancem sobre o genoma humano. Limites não apenas decorrentes do medo do desconhecido, do temor de nossa própria irresponsabilidade. Limites que não se originem somente de uma ponderação de benefícios e riscos, como parece ter ocorrido em grande parte do mundo ocidental, mas que decorram de uma escolha ética, livre e responsável, consciente de nossa imperfeição. Uma consciência que, paradoxalmente, terá vindo à tona apenas em virtude de nosso próprio progresso, de nosso caminhar incessante na busca da perfeição.

Nesse sentido tenho como preciso o magistério de **Hans Jonas** ao afirmar "que os novos tipos e limites do agir exigem uma ética de previsão e responsabilidade compatível com esses limites, que seja tão nova quanto as situações com as quais ela tem de lidar (...). O *homo faber* aplica sua arte sobre si mesmo e se habilita a refabricar inventivamente o inventor e confeccionador de todo o resto. Essa culminação de seus poderes, que pode muito bem significar a subjugação do homem, esse mais recente emprego da arte sobre a natureza desafia o último esforço do pensamento ético, que antes nunca precisou visualizar alternativas de escolha para o que se considerava serem as características definitivas da constituição humana" (JONAS, Hans. *O Princípio responsabilidade*. Rio de Janeiro: PUC, 2006. p. 57). E avançou afirmando que "(...) o homem quer tomar em suas mãos a sua própria evolução, a fim de não meramente conservar a espécie em sua integridade, mas de melhorá-la e modificá-la segundo seu próprio projeto. Saber se temos o direito de fazê-lo, se somos qualificados para esse papel criador, tal é a pergunta mais séria que se pode fazer ao homem que se encontra subitamente de posse de um poder tão grande diante do destino" (**op. cit.** p. 61).

O ponto que se deve relevar agora e sempre é que a biologia, o desenvolvimento das pesquisas que mexem com a vida humana, a dignidade do ser do

homem, tudo isso deve necessariamente estar subordinado a valores éticos. Esses valores devem prevalecer sobre os argumentos meramente utilitaristas ou sobre aqueles que pretendem tornar ilimitada a busca científica. Não foi outro propósito que levou **Edgar Morin** a advertir que a "ciência, aventura desinteressada, cai nas malhas dos interesses econômicos; a ciência, aventura apolítica, torna-se refém das forças políticas, em primeiro lugar pelo Estado. (...) Foi muito difícil por muito tempo conceber que a ciência, identificada à razão, ao progresso, ao bem, podia ser profundamente ambivalente em sua natureza. (...) Os espíritos formados por um modo de conhecimento que repudia a complexidade, logo a ambivalência, não conseguem conceber a ambivalência inerente à atividade científica, em que conhecimento e manipulação são as duas faces um mesmo processo. (...) Como a ciência moderna, pela própria natureza, é indiferente a qualquer consideração ética estranha à ética do conhecimento e à ética do respeito às regras do jogo científico, há uma cegueira de muitos cientistas em relação aos problemas éticos postos pela atividade científica. Essa cegueira é criada por um processo de cegamento inerente ao conhecimento objetivo. Husserl, numa célebre conferência feita há 70 anos sobre a crise da ciência europeia, mostrou que havia uma mancha cega no objetivismo científico; era a mancha da consciência de si" (*O Método* – 6. Ética. Sulina, 2005. p. 70 a 72).

É claro que os cientistas não são apenas cientistas. Eles exercem suas atividades a partir de uma condição de cidadãos e cidadãs, pais e mães de família, maridos e esposas, filhos e filhas, muitos com suas próprias convicções morais e até mesmo religiosas. É isso que pode colocá-los em condições éticas de discutir seus próprios limites ou a ausência deles; nunca a sua posição de cientistas.

A questão das relações entre ética e ciência não é nova. Os iluministas **Hume** e **Kant**, no século XVIII, procuraram sentar as bases de uma moral secular livre de conotação religiosa. A ideia central era a de a moral não decorrer da mera experiência, porque esta apenas nos fornece o ser, jamais o dever-ser. **Kant** escreveu no seu clássico **Fundamentação da Metafísica dos Costumes** (1785) que a moral não é um fato, mas uma exigência da vontade humana livre. Isso faz com que a moral seja uma exigência racional, embora sem experiências confirmadoras. Como assinala o Professor **Júlio Cabrera**, da Universidade de Brasília (UnB), em texto não publicado, mesmo em um cenário onde a totalidade da comunidade concordasse, por exemplo, com práticas segregacionistas baseadas na raça, uma única pessoa que se manifestasse contra poderia estar representando a exigência racional, mesmo se opondo à totalidade da evidência factual. Uma verdade epistêmica ou uma certeza moral não dependem diretamente do clamor unânime das comunidades empíricas por mais insistente que tal clamor possa ser.

Já no século XX, o austríaco **Ludwig Wittgenstein** (*Tratactus Logico-Philosophicus*, aforismo 6.52) resgata esse motivo iluminista e afirma que mesmo que todos os problemas científicos fossem resolvidos, o problema do sentido da vida humana permaneceria o mesmo. Em nossos dias, o alemão **Karl-Otto Apel** retoma o tema kantiano de a impossibilidade moral fundar-se na experiência, para pôr a exigência moral na era da ciência (**Necessidade,**

dificuldade e possibilidade de uma fundamentação filosófica da ética na época da ciência, 1980). Para ele, seguindo os passos de **Kant**, a própria ideia de objetividade científica pressupõe um *ethos*, ou seja, uma perspectiva filosófica sobre o real que sempre pode ser discutida e não simplesmente aceita como dogma. De fato, o tema central da segunda crítica kantiana deveria ser levado em consideração nessa época quase totalmente dominada pelas éticas utilitaristas, instrumentalistas e de resultados. Assim, toda a atitude diante da finitude, da dor e da morte deveria ser repensada do ponto de vista da criação de valores dos seres humanos em lugar de ser vista apenas como problemas técnicos, segundo a visão dominante dos especialistas em saúde. Disso resulta que todos os argumentos técnicos em favor da manipulação genética e experimental em geral não são relevantes por si mesmos, sem uma aguda e nada ingênua ponderação pragmática do que os humanos com o poder de experimentar serão capazes de fazer em um mundo onde muitas ideias aceitáveis no plano semântico transformam-se, no plano da pragmática, em oportunidades de manipulação de grandes fontes de renda, espaços de comercialização e de deturpação de valores.

Tratando das relações entre ciência, ética e direito, **Catherine Puigelier** e **Jerry Sainte-Rose** anotaram sobre duas tentações contrárias à natureza do direito: "Uma incitando a ignorar os dados novos da ciência fundando as respostas apenas sobre o peso da tradição, o que é inútil, inoportuno e mesmo perigoso. A outra tentação, inversa, leva a inclinar-se passivamente diante das façanhas da ciência, confundindo normas científicas e normas jurídicas, tirando estas daquelas pela só leitura de uma realidade constantemente renovada" (Juge et progrès scientifique. In: *Science, Éthique et Droit*. Paris: Odile Jacob, 2007. p. 280).

É necessário considerar também que a ciência, na área biológica, apresenta inovações em espaços de tempo a cada vez mais curtos. O que é problemático hoje, amanhã já não é mais; o que parece intransponível torna-se superado rapidamente; o que é complexo torna-se simples e assim por diante. Os meios disponíveis aos cientistas acarretam uma tal modificação na estrutura dos conceitos que há permanente substituição de uma dúvida por outra. E assim se há de reconhecer que inexistem certezas, salvo aquelas que estão no campo dos valores éticos porque, estes sim, são revestidos da certeza do ser do homem, na projeção de sua natureza, pouco relevando que sejamos materialistas ou crentes. Veja-se, por exemplo, as anotações dos padres dominicanos sobre as Questões 118 e 119 de Tomás de Aquino na Suma Teológica, em que se reconhece a evolução da embriologia a partir da antiga embriologia escolástica, a ponto de refutar-se a frase de Aristóteles que afirmava ter o sêmen alma em potência (*Summa theologica, tratado do governo divino do mundo*, versão e introdução do Padre Jesus Valbuena, O.P., BAC, Madrid, 1959. p. 1041/1042).

Por outro lado, é indiscutível que a partir da descoberta do código genético a pesquisa científica alcançou resultados significativos. O avanço da ciência nesse campo traduz a expectativa de aumentar o nível de invasão científica no mistério da vida. E a discussão que pode alcançar tanto representa esperança quanto preocupação. Esperança, porquanto as pessoas humanas buscam expandir

o seu tempo de vida com a cura das doenças e a redução do sofrimento, que são, sem dúvida, mananciais de felicidade. Claro que tantas doenças ainda permanecem, embora muitas pesquisas há muitos anos estejam em andamento sem nenhuma solução, desde um simples resfriado até o flagelo da aids. Isso está a revelar que a morte é uma certeza da vida, e a ciência, por mais valiosa que seja, não é o absoluto para afastá-la. E a discussão alcança a preocupação porque é necessário estabelecer padrões éticos, os únicos fortes o bastante para impedir riscos severos que toda a humanidade não deseja mais correr. A manipulação genética e a produção da raça pura, no fantasma da geração artificial da vida, são perigosas sombras para o existir do homem.

Esperança e preocupação andam juntas e devem renascer para a promoção do homem todo e de todos os homens, sob a regência de valores éticos, que não se confundem com a fé, ato de vontade, que cada qual, nas sociedades democráticas, deve professar com alegria e convicção.

Parece-me necessário, para enfrentar a questão da constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/2005, adotar posição clara sobre o início da vida, sem o que será impossível definir a proteção constitucional que se invoca.

A ideia de metamorfose, lembrada pelo culto Ministro **Carlos Britto**, não pode, na minha avaliação, ser colocada em paralelo com a de potencialidade. Não segundo **Aristóteles**.

O que contribui para causar dificuldade quanto a esse termo é que o estagirita costuma usar muitos exemplos, que acabam sendo mal interpretados e usados fora de seu contexto, fazendo com a que a potência seja incorretamente tomada por uma mera possibilidade. Tenha-se presente o comentário de **Julián Marías** mostrando em **Aristóteles** a divisão do ser segundo a potência e o ato, ao dizer que um "ente pode ser atualmente ou apenas uma possibilidade. Uma árvore pode ser uma árvore atual ou uma árvore em possibilidade, por exemplo uma semente. A semente é uma árvore, mas em potência, como a criança é um homem, ou o pequeno, grande. Mas é preciso ter em mente duas coisas: em primeiro lugar, não existe uma potência em abstrato, uma potência é sempre uma potência para um ato; isto é, a semente tem potência para ser carvalho, mas não para ser cavalo, nem sequer pinheiro, por exemplo; isso quer dizer, como afirma Aristóteles, que o ato é anterior (ontologicamente) à potência; como a potência é potência de um ato determinado, o ato já está presente na própria potencialidade" (*História da filosofia*. Martins Fontes, 2004. p. 75).

Além disso, o termo *δύναμις* (dínamis) pode ser encontrado em uma dupla conotação. Uma, como fonte de mudança de algo ou de si mesmo, um movimento. Outra, e esta sim a potencialidade, como um fator de atualização, um ato. Essa distinção é bem fixada pela Filosofia. Assim, **José Ferrater Mora** assinala que como é "típico do Estagirita, acumulam-se os significados e os exemplos (...). Ainda aí, sem prejuízo, são várias as significações de 'potência'. Sobretudo, existem duas. Segundo uma, a potência é o poder que tem uma coisa de produzir uma mudança em outra coisa. Segundo outra, a potência é a

potencialidade residente em uma coisa de passar a outro estado. Esta última significação é a que Aristóteles considera como a mais importante em sua metafísica" (*Dicionário de filosofia*. T. II, Buenos Aires: Sul Americana, 1971. p. 459). O mesmo indica **Nicola Abbagnano**, mostrando que o conceito "implica uma ambiguidade fundamental porque pode ser entendido: A) como possibilidade; B) como preformação e, portanto, predeterminação ou preexistência do atual" (*Dicionário de filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1970. p. 751). Para a *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, "a *dínamis* nesse sentido não é o poder de algo para produzir uma mudança, mas uma capacidade de estar em um estágio diferente e mais completo" (Disponível em: <http://www.science.uva.nl/~seop/entries/aristotle-metaphysics/#ActPot>).

O texto de **Anne Fagot-Largeault** (Embriões, Células-Tronco e Terapias Celulares: Questões Filosóficas e Antropológicas. In: *Revista de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo*. 18. ed., 2004. p. 234), mencionado pelo Ministro **Carlos Britto**, na minha avaliação, revela essa dificuldade conceitual entre as duas conotações de "potência". É que não tenho por compatível, na perspectiva aristotélica, a afirmação de que a atualização é promovida por outrem de fora. A atualização, na verdade, está no próprio ente. É ato próprio, independente. Isso quer dizer que o embrião, mesmo *in vitro*, não se reduz a algo que depende de uma interferência externa para a sua transformação, como a madeira, ou o mármore, caso em que, de fato, nada obrigaria a essa atualização. O embrião não é um objeto de transformação, mas o sujeito de sua própria atualização. A fertilização *in vitro* não lhe retira a potência, mas apenas o meio em que no atual estado da ciência pode se atualizar.

Penso que o próprio Aristóteles revelou o alcance dos dois sentidos, deixando clara a diferença. A escolha adequada de um trecho da Metafísica onde os dois sentidos são abordados permite uma fácil distinção entre um e outro:

> **7.** É necessário, contudo, distinguir quando uma coisa particular existe em potência, e quando não, uma vez que ela não existe a qualquer tempo e em todo tempo. Por exemplo, é a terra potencialmente um homem? Não, exceto quando já se tornou sêmen, e talvez nem mesmo nessa ocasião, tal como nem tudo pode ser curado pela medicina, ou até mesmo pelo acaso; havendo algum tipo definido de coisa que disso é capaz, sendo isso o que é saudável em potência.
>
> A definição daquilo que, como um produto do pensamento, vem a existir em ato, a partir da potência existente, é que quando foi desejado, se não houve o impedimento de qualquer influência externa, instaura-se; e a condição no caso do paciente, isto é, na pessoa que está sendo curada, é que nela nada deve obstar o processo. Assim, também, uma casa existe em potência se nada na coisa que sofre a ação, isto é, na matéria, a impede de vir a ser uma casa, e se não há nada que tenha que ser acrescentado ou subtraído, ou alterado: isso é potencialmente uma casa. E analogamente em todos os demais casos nos quais o princípio gerador é externo. E em todos os casos em que o princípio gerador está contido na própria coisa, uma coisa é em potência uma outra quando – se nada externo o impede – tornar-se por si mesma a outra. Por exemplo, o sêmen não é ainda em potência um ser humano, pois necessita adicionalmente sofrer uma alteração em algum outro meio. Mas

> quando, devido ao seu próprio princípio gerador, chegou a reunir os atributos necessários, nesse estado é então um ser humano em potência, ao passo que no estado anterior necessitava de um outro princípio; tal como a terra não é ainda potencialmente uma estátua, porque precisa sofrer uma mudança antes de tornar-se bronze.
> (*Metafísica*. Bauru: Edipro, 2006. p. 236.)

Essa perspectiva aristotélica, por exemplo, contraria a afirmação de que o fato de estar o embrião *in vitro*, posto que valioso por si mesmo, se assim permanecer, jamais será alguém. De fato, Aristóteles tem serventia para afastar essa ideia de que o embrião congelado não será alguém fora da recepção uterina. É possível dizer o contrário, ou seja, quando há a fecundação ele já é, e se há interrupção do que é, aí sim, ele não será. Ele já é ser porque foi gerado para ser, não para não ser.

O embrião não é ente que se transmuda para além de sua essência. É o próprio ser em potência e, sobretudo, em essência, em ininterrupta atualização que em seus primeiros estágios e, mesmo em cultura, é representada por suas sucessivas divisões.

Como bem expõe **Aristóteles**, a atualização somente deixará de se verificar se algo externo se interpuser ao processo. O desenvolvimento do embrião é contínuo e progressivo. Nesse sentido, a intervenção do Dr. **Dalton Luiz de Paula Ramos** na audiência pública (fl. 1063) ao afirmar que o desenvolvimento do embrião "é progressivo porque, se oferecermos a ele as condições necessárias, o amparo, a acolhida de que precisa, ele sempre passará para o estágio seguinte. Ultrapassada uma etapa de desenvolvimento, passa, em condições normais, à etapa seguinte, sem regressos; evoluções que vão compor uma biografia".

O coração e o sistema circulatório existem porque estão presentes no embrião em potência; os movimentos somente são possíveis porque os membros já existem na essência do embrião, assim como as propriedades da fala e tudo o mais que forma e caracteriza o ser humano relacional. Da mesma forma, a estrutura neural existe porque há no embrião em potência. Dizer o contrário, na minha avaliação, é contrariar a própria natureza das coisas.

Procura-se achar abrigo com relação ao tema que está em julgamento na legislação sobre a morte cerebral. Mas, embora o nascer e o morrer sejam processos da existência humana, não creio que se deva confundi-los.

De todos os modos, poucos se dão conta da enorme controvérsia em torno do diagnóstico de morte cerebral a partir da introdução do termo *coma dépassé*, coma irreversível, introduzido por **Mollaret** e **Goulon** em 1959. Basta ler o estudo oriundo da Clínica Mayo advertindo para erros de diagnóstico de morte cerebral diante de circunstâncias outras que não são reconhecidas, como a hipotermia ou a intoxicação por drogas (WIJDICKS, Eelco F. M. *The diagnosis of brain death*. Department of Neurology, Neurological Intensive Care.).

No Brasil, a Lei 9.434, de 1997, atribuiu ao Conselho Federal de Medicina a definição dos critérios para diagnóstico da morte encefálica. E este regulou a matéria com a Resolução 1.480, de 1997, estabelecendo que a morte cerebral

"deverá ser consequência de processo irreversível e de causa reconhecida" (art. 3º), com os parâmetros clínicos assim definidos: "coma aperceptivo com ausência de atividade motora supraespinal e apneia" e mencionando exames complementares a serem observados.

Vê-se, portanto, que esses passos adiante no domínio científico da vida e da morte não são dados sem o estabelecimento de regras com a previsão possível, na melhor dimensão da humildade do cientista no trato desse mistério.

Aliás, a utilização da analogia entre vida cerebral e morte cerebral não é mais que a representação de uma posição preconcebida acerca da dualidade do homem no corpo e no pensamento. Essa dualidade, implícita na herança cartesiana, deve, porém, ser superada. O homem é complexo, mas uno. Sua compreensão exige uma visão que não o divida, como assinalou **Edgar Morin**: "(...) a compreensão complexa do ser humano não aceita reduzir o outro a um único aspecto e o considera na sua multidimensionalidade" (**op. cit.**, p. 114). Outra coisa é dizer que o homem reúne um complexo de sistemas. Como escrevi em outra oportunidade, sendo indivíduos, "sem dúvida, existe uma massa corporal de células geradas de outros indivíduos da mesma espécie animal. Enquanto células todos são, também, energia, e a massa corporal vive e se mantém porque diversos sistemas de células, geradas da reunião de gametas, são produzidos a partir do momento em que ocorre a chamada fecundação e dão origem aos órgãos que mantêm o funcionamento sistêmico do corpo. **Antônio Damásio**, no livro *O Erro de Descartes*, tratando de organismos, corpos e cérebros, escreve que 'qualquer que seja a questão que possamos levantar sobre quem somos e por que somos como somos, uma coisa é certa: somos organismos vivos complexos, com um corpo propriamente dito ('corpo', para abreviar) e com um sistema nervoso ('cérebro', para abreviar)', possuindo o organismo uma estrutura e miríades de componentes com numerosos órgãos combinados em sistemas" (*Estudos de direito público e privado*. p. 286/287).

A questão em torno da natureza do embrião autoriza desafiar, desde logo, a comparação que se procura fazer entre o embrião gerado em processo de fertilização *in vitro* e o embrião implantado no útero, ao argumento de que, sem este, não há vida possível. Essa interessante visão do problema está bem enunciada com claridade notável pela séria, respeitada e reconhecida pesquisadora **Patrícia Pranke**, Professora da Faculdade de Farmácia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e sócia fundadora do Instituto de Pesquisa com Células (In: *O Terceiro Elemento da Vida*, texto ainda não publicado). Nesse precioso trabalho acadêmico, ela escreve que a "implantação, e consequente gestação, só ocorre graças às moléculas que existem no útero. A gravidez é a sintonia entre o embrião e o próprio útero da mulher. A ovulação prepara o útero para receber o embrião. Tanto que, se o embrião gerado *in vitro*, crescido até o quinto dia, não for introduzido no corpo feminino enquanto organicamente o útero estiver preparado, e for introduzido no organismo da mulher dias mais tarde, a implantação não ocorre. Ou seja, aquele embrião só tem a potencialidade de se transformar em um bebê se for introduzido no útero em condições favoráveis de implantação,

o que, de forma natural, só ocorre em sincronismo com o processo da ovulação, ou se, artificialmente, o endométrio materno for 'preparado'. Isso ocorre apenas durante a janela de implantação, em que todas as condições estão adequadas para receber aquele embrião. Afora essa condição, o embrião, mesmo introduzido no organismo materno, não tem como ser implantado. Então, não basta apenas colocar o embrião no organismo materno. Ele tem que estar lá no momento em que o útero está preparado para recebê-lo. E isso ocorre quando seu endométrio está secretando uma série de fatores que poderão interagir com o embrião para ajudar na sua implantação e transformação. Novamente, reforça-se a ideia de que sem as dezenas de moléculas envolvidas no processo não há como um embrião ter a potencialidade de se tornar 'ser humano' ".

Todavia, com o maior respeito e admiração que tenho pela Professora **Patrícia Pranke**, entendo que essa posição inovadora deixa ainda mais nítida a distinção conceitual entre potência e possibilidade que, como antes procurei mostrar, considero conceitos diversos.

A possibilidade traz em seu âmago o seu próprio opósito, já que uma possibilidade é sempre e ao mesmo tempo uma impossibilidade, o que não se dá com a potência. Esta não encerra em si a sua negação e só não resulta em ato se, como visto, um impedimento externo se interpõe.

Mas mesmo um impedimento externo não é capaz de privar o ser de sua potência e, consequentemente, de sua essência. Pode apenas impedir a sua atualização.

E é esse empecilho que se constitui em artifício, contrário à natureza e à essência do ser.

É importante lembrar que a "produção" dos embriões nos processos de fertilização *in vitro* é orientada teleologicamente. Não é lícita a fertilização *in vitro* para fins outros que não os da reprodução. Mesmo gerados através de um procedimento artificial, o destino dos embriões fertilizados *in vitro* é a implantação no útero. Uma vez criados, é essa a sua vocação natural. Sua potência, assim, em nada difere da potência encontrada naqueles embriões engendrados pela reprodução sexuada.

Revela-se, aqui, segundo entendo, um desvio de perspectiva. Diz-se que o normal é que os embriões produzidos na fertilização *in vitro* e não utilizados nunca venham a nascer, como se o curso natural a ser seguido fosse esse. Esquece-se de que, quando gerados, foram gerados para a vida, pelo que a implantação é o seu destino.

Por terem sido criados artificialmente, dependem de que algo seja feito, também artificialmente, para que voltem ao seu destino natural, sem o que não se dará a sua atualização. Isso confere ao destino dos embriões não implantados por escolha médica uma aparência de processo regular: como não há interferência de cientistas após o congelamento desses embriões, fica parecendo que o seu confinamento é o seu destino natural, o que contribui para facilitar a escolha, ao meu sentir apressada, entre essa sina dita inútil e a sua utilidade, com sua destruição, para pesquisa.

Esse ponto de vista turva a visão do fim essencial do embrião: a geração da vida humana seja ela natural seja ela artificial. Isso não é um artifício como alguns parecem sustentar ou um desvio na trajetória do confinamento; é o ato que compensa a geração não natural do embrião, o resgate de sua natureza. Toda ação que não se volta para esse fim impede a sua atualização. O congelamento, diga-se, não é irreversível, porque não põe termo definitivo à atualização. A destruição do embrião, por seu turno, é impedimento externo, que corta o seu desenvolvimento, tira-lhe a vida. Ele deixa, por isso, de ter um vir a ser.

A vida humana é a vida de um organismo autônomo, com movimento e projeto próprios, que evolui de acordo com um programa contido em si mesmo e que pode ser executado independentemente de impulsos externos.

Chama a atenção o descuido com que se invoca Tomás de Aquino neste tema, no ponto em que se afirma o reconhecimento do ser somente após a animação. O problema não é tão simples quanto parece, o que, de resto, é característico de tudo aquilo que diga respeito ao Doutor Angélico, como já alertava **Chesterton**. Se de fato ele entendia que a animação se dava algum tempo após a fecundação (quarenta ou noventa dias, conforme o sexo), isso dizia respeito à alma racional, ao entendimento. As outras faculdades, vegetativa e sensitiva, vinham anteriormente, decorrentes da matéria germinal, como bem anota **Jesus Valbuena** O. P., em seus comentários sobre o Tratado do Governo Divino do Mundo (op. cit., p. 1042/1043). Diga-se que em se tratando de embriologia o que foi já não é, daí o cuidado de Padre **Jesus Valbuena** ao encerrar a introdução às Questões 118 e 119 do Tratado com a lembrança da frase de **Agostinho de Hipona**: "Não sei se poderei chegar a saber quando começa o homem a viver no seio materno" (**op. cit.**, p. 1044).

Tudo isso só demonstra a potência (totipotência) presente no embrião desde o início e sua constante atualização.

Mesmo assim, a se comparar o momento da animação racional e a formação do sistema nervoso, o gênio de São Tomás não impediu que chegasse incrivelmente perto da cronologia moderna do desenvolvimento do embrião. E, como sustenta **Stephen J. Heaney**, Professor de Filosofia da Universidade Saint Paul, Minnesota, se tivesse os conhecimentos hoje disponíveis ele teria revisto seu entendimento para reconhecer a animação desde o momento da fecundação (Disponível em: <http://studentorgs.vanderbilt.edu/sfl/ThomistFertilization.htm>. Acesso em: 27 de março de 2008).

A embriologia moderna dispõe de conhecimentos extraordinários e um dos mais importantes textos de referência do mundo nessa área, adotado em inúmeras faculdades de medicina, o de **Moore** e **Persault**, ensina que o desenvolvimento humano se inicia exatamente na fecundação (*Embriologia clínica*. Rio de Janeiro: Elsevier. 7. ed., 2004). No mesmo sentido **Jan Langman** (*Medical embryology*. Baltimore: Williams and Wilkins. 3. ed., 1975. p. 3) e **Bruce M. Carlson** (*Patten's foundations of embryology*. N. York: McGraw-Hill. 6. ed., 1996. p. 3). Assim também sustenta o Doutor **Gerson Cotta-Pereira**, destacado

médico patologista, chefe do Serviço de Imunoquímica e Histoquímica da Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro, em trabalho ainda não publicado e no qual descreve detalhadamente o processo de reprodução (*O exato momento em que se inicia a vida humana e a terapia com as células-tronco*).

Não se trata, portanto, de um "problema de regressão infinita", como foi mencionado na audiência pública. Em alusão à sua conhecida alegoria, o rio de **Heráclito** é diferente em cada mergulho, mas não deixa de ser o próprio em sua essência.

No seu *Ensaio sobre o Homem*, **Ernst Cassirer** já lembrava que "ao tratar do problema da vida orgânica precisamos, antes e acima de tudo, livrar-nos daquilo que Whitehead chamou de preconceito da 'localização simples'. O organismo nunca está localizado em um único instante. Em sua vida, três modos de tempo – passado, presente e futuro – formam um todo que não pode ser dividido em seus elementos individuais. '*Le présent est chargé du passé, et gros de l'avenir*', disse Leibniz. Não podemos descrever o estado momentâneo de um organismo sem levar em consideração a sua história e sem referi-lo a um estado futuro para o qual este estado é apenas um ponto de passagem" (São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 86).

O embrião é, desde a fecundação, mais precisamente desde a união dos núcleos do óvulo e do espermatozoide, um indivíduo, um representante da espécie humana, com toda a carga genética (DNA) que será a mesma do feto, do recém-nascido, da criança, do adolescente, do adulto, do velho. Não há diferença ontológica entre essas fases que justifique a algumas a proteção de sua continuidade e a outras não. Como escreveu **Vincent Bourget**, o "uso do termo 'zigoto' (usualmente aplicado da fecundação às primeiras mitoses), o de blástula, gástrula, feto (aplicado quando os principais órgãos já estão constituídos, ou seja, por volta da 7ª semana... ou da 13ª – 'de acordo com a obra') tem apenas um valor de baliza para o observador e tampouco tem um alcance 'ontológico': não se trata de modo algum de, por meio desses termos, designar a emergência de um novo ser, mas de um simples balizamento 'fenomenológico' em um mesmo indivíduo" (*Ser em gestação*, Trad. Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo, 2002. p. 54). A individualidade decorre de sua distinção com o meio em que vive e de sua autonomia, principalmente de seu projeto de individuação, de seu desenvolvimento, de sua renovação e atualização, através de uma atividade orientada por um programa, o programa genético, "o que implica consequências importantes referentes à maneira de conceber a individualidade e, portanto, também o estatuto do embrião" (**op. cit.**, p. 27).

E não se diga que a individualidade não se sustenta por conta da possibilidade de formação de gêmeos univitelinos através de divisão espontânea, porque isso equivale a sustentar que algo que é, não é mais apenas porque pode deixar de sê-lo. Esse argumento apenas reforça a tese que defende a proteção do embrião. Se essa proteção é devida àquele que pode se tornar um sujeito de direitos, o que se dirá daquele que pode se tornar dois.

Há uma dificuldade lógica a desafiar o raciocínio que coloca marcos temporais no desenvolvimento do embrião para fixar o início da vida após a

fecundação. É que se de um lado reconhece haver vida no embrião, mas uma vida ainda não humana, para a qual não caberia a proteção do direito constitucional à vida, de outro, entende não haver pessoa (personalidade) no embrião, mas lhe reconhece a proteção da dignidade da pessoa humana.

Com todo respeito, essa engenhosa solução é compartilhada por boa parte do mundo ocidental para justificar a violação do embrião: um estatuto intermediário, fundado em uma dignidade também intermediária, geralmente associada à ausência de capacidade moral ou racional.

Curiosamente, esse fundamento foi adotado a partir da obra de um dos principais defensores da ética relacional, **Kant**. Ao mesmo tempo em que nos legou a famosa segunda formulação do imperativo categórico, à qual se deve uma importante base da bioética ("age de tal maneira que uses a tua humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como meio"), ele não se preocupou em definir o que seria essa "humanidade", ensejando o reconhecimento, por parte de alguns, da racionalidade como fundamento único e exclusivo da condição humana. Veja-se o que escreveu **Susan M. Shell**: "seres humanos têm dignidade, para Kant, porque eles são capazes de agir moralmente. Mas essa capacidade só pode ser realizada dialeticamente, através de nossas interações pragmáticas com o mundo" (*Kant's concept of human dignity in human dignity and bioethics* – essays comissioned by the president's council on bioethics. Washington, 2008. p. 347).

Aliou-se a essa interpretação de Kant a consolidação e a legitimação do critério para constatação da morte a partir da ausência de impulsos elétricos no cérebro (morte cerebral). Foi essa construção que acabou levando à conclusão do relatório Warnock e à fixação do termo inicial da proteção ao embrião no 15º dia de existência.

Baseando-se na constatação da Embriologia no sentido de que a estrutura neural não se forma antes do 14º dia de existência do embrião, o relatório do Comitê, presidido pela filósofa inglesa **Mary Warnock**, a pedido do Secretário de Saúde britânico, entendeu que até essa data não poderia haver indício de atividade racional. Consequentemente, até essa data, o embrião poderia ser objeto de pesquisas (esse foi, na verdade, o segundo relatório Warnock, já que a ilustre acadêmica de Oxford já presidira um grupo que discutiu os rumos da educação na Grã-Bretanha em 1978). O marco do 14º dia, como já se viu, veio a ser adotado por diversas legislações.

Com a morte, hoje reconhecida por convenção ao término da atividade cerebral, o homem perde a vida, mas não a sua dignidade. Essa dignidade seria, contudo, uma dignidade reduzida, que protege o corpo, o nome e outros atributos da pessoa humana, mas não impede sua violação em casos específicos. Analogamente, diz-se, o embrião que ainda não desenvolveu uma mínima capacidade racional (sabe-se lá quando isso se dá) também mereceria uma proteção diminuída (mas ainda uma proteção) fundada exatamente em uma dignidade atinente à sua condição de futuro ser racional.

Esse seria, em suma, com todas as vênias devidas por conta da necessária redução, o discurso filosófico do estatuto intermediário do embrião.

O que talvez não se queira perceber é que essa solução foi idealizada por meio de uma analogia com situações obrigatoriamente relacionadas à morte, ou seja, com situações em que não há mais vida.

Existe a dignidade nessas situações porque nelas se reconhece a dignidade que passou a merecer a pessoa em vida. Não se trata de uma dignidade do cadáver ou do nome do morto por si sós. A dignidade é a dignidade do corpo da pessoa que era viva e que morreu. A dignidade é a dignidade do nome da pessoa que era viva e que morreu. Apenas por isso se fala (enganosamente) em "transbordamento". É um transbordamento de efeitos, não de causas.

No caso do embrião, a se seguir essa linha, nenhuma dignidade poderia ser reconhecida, pois nenhuma dignidade teria sido ainda conquistada, o que afastaria qualquer tipo de escrúpulo quanto ao seu uso.

Na verdade, não há dignidade autônoma, isto é, não há dignidade da pessoa humana desligada da vida humana. Mesmo os defensores do estatuto intermédio do embrião reconhecem essa vinculação, embora lidem com uma vida qualificada de racional, moral. Toda essa discussão aponta para a inadequação da dignidade da pessoa humana como fundamento para a proteção do embrião, porque, repita-se, se a vida racional é que justifica o reconhecimento da dignidade, não há motivo para reconhecer dignidade no embrião. A construção do estatuto intermédio do embrião, capitaneada, sobretudo, pelos filósofos dos países da *Common Law*, acaba revelando uma indevida aplicação do belo conceito de dignidade da pessoa humana, a tanto custo desenvolvido pelo direito romano-germânico.

A constatação é simples. Sem vida não há dignidade, e a dignidade é uma exigência da vida humana. Logo, o estatuto intermédio do embrião conduz a uma contradição, pois enquanto o reconhecimento do direito à dignidade depende de um "transbordamento", para o direito à vida não se pede mais que reconhecê-lo sobre o que está vivo.

É, pois, a vida que regulará a proteção merecida pelo embrião.

Não me parece razoável afirmar que a vida sem personalidade não é vida humana, como se a personalidade é que atribuísse a condição de vida e não que fosse um atributo dela.

A pessoa (do art. 2º do Código Civil) é tão somente uma sombra na caverna das legislações. O ser que a projeta é que merece a atenção do jurista. É de se perguntar se o mutismo e a surdez da sombra, se a sua forma distorcida, é que definirão o tratamento a ser dado à sua realidade. Na verdade, o direito à vida tem extensão abrangente, que enlaça a dignidade da pessoa humana, justificando-a. O embrião é vida, vida humana. Uma vida que se caracteriza pelo movimento de seu próprio e autônomo desenvolvimento, representado nas suas seguidas divisões, nas suas clivagens.

O embrião já traz em si toda a carga genética do futuro ser que originará. E mais: traz em si o próprio patrimônio genético da humanidade, toda a sua

potencialidade e toda a sua diversidade, sem a qual nenhum homem teria chegado até aqui hoje, pelo que sua destruição é muito mais até que a interrupção de uma vida; é o descarte da diversidade, da nossa própria origem, da base que nos sustenta como espécie.

Doris Lessing, em Shikasta, muito antes do Nobel, descreve uma bela imagem dessa conscientização:

> E essa é a questão, essa é sempre a questão que eles tinham que lembrar: que toda criança tem a capacidade de ser tudo. Uma criança era um milagre, uma maravilha! Uma criança detinha toda a história da raça humana, que se estendia para trás, para trás, muito além do que eles podiam imaginar. Isso mesmo, que esta aqui, a pequena Otilie, tinha na essência de seu corpo e de seu pensamento tudo aquilo que já tinha acontecido com cada pessoa da humanidade. Assim como uma fatia de pão carrega em si a essência de todos os grãos de trigo que o formaram, misturados a todos os grãos da colheita e a essência do solo em que cresceu, também esta criança continha e foi gerada por todas as colheitas da humanidade.(...) Lembrem-se disso, lembrem-se... como se homens descessem daquela pequena estrela logo ali, brilhando acima daquelas árvores escuras, sim, aquela mesmo! E de repente trouxessem para esta pobre aldeia, tão castigada pela privação e pelo sofrimento, coisas boas e esperança. Lembrem-se que esta criança não é o que parece, é mais, é tudo e traz consigo, ou em si, todo o passado e todo o futuro – lembrem-se.
> (*Canopus in argos*: archives. Shikasta. v. 1. New York: Vintage, 1992. p. 167/168.)

Mas a conclusão pela existência de vida no embrião e o reconhecimento, nele, de uma natureza humana, não pode significar, ainda, a solução da questão posta a julgamento. Ao contrário do que ocorreria a partir da desqualificação ontológica do embrião, a solução, na minha linha de raciocínio, não se extrai *in abstracto*, de forma automática, ou seja, não é porque se reconhece a qualidade da vida humana no embrião que se concluirá necessariamente pela procedência ou improcedência da presente ação.

É que se deve apurar em sede constitucional o alcance da garantia da inviolabilidade do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

A doutrina do direito constitucional dá conta de que o direito à vida comporta duas acepções: o direito de permanecer vivo (v., por exemplo, **José Afonso da Silva**, *Comentário contextual à Constituição*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 66; **J. Cretella Jr.**, *Comentários à Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 183; e **Alexandre de Moraes**, *Constituição da República Federativa do Brasil interpretada*, 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 108 a 111); e o direito à subsistência (idem, com exceção de José Afonso da Silva).

De fato, só permanece vivo aquele que o é. Ora, se o embrião, como se viu, é vida, e vida humana, a decorrência lógica é que a Constituição o protege.

Não há termos inúteis na Constituição. Estatuída a inviolabilidade do direito à vida, fica claro que o constituinte dos oitenta pretendeu evitar o aviltamento desse direito fundamental.

A essa conclusão chegou mestre **José Afonso da Silva**:

> "Vida", no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente, sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que mude de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida. (*Comentário contextual à Constituição*, p. 38.)

É preciso assinalar que o Pacto de São José da Costa Rica, tratado ao qual o Brasil aderiu e que tem fundamentado diversas decisões desta Suprema Corte, simplesmente garantiu, desde 1969, a proteção da vida desde a concepção (art. 4º, 1).

Uma vez esclarecido que o embrião está protegido pela garantia prevista na Constituição, há que se determinar em seguida se todo o texto do art. 5º da Lei 11.105/2005 encobre uma violação da vida do embrião e, portanto, da norma constitucional que assegura a inviolabilidade do direito à vida. Vale dizer, há que se verificar se todas as formas de obtenção de células-tronco embrionárias atentam contra a vida do embrião.

Do dispositivo atacado decorre que a utilização de células-tronco embrionárias humanas é autorizada, desde que:

(1) venham a ser objeto de pesquisa ou meio de terapia;

(2) sejam obtidas de embriões humanos que:

(2.a) tenham sido produzidos por fertilização *in vitro*; e

(2.b) não tenham sido utilizados no respectivo procedimento; e

(2.c) apresentem qualquer das seguintes condições:

(2.c.i) sejam inviáveis;

(2.c.ii) estejam congelados há três anos ou mais na data da publicação da Lei 11.105/2005 (28-3-2005); ou

(2.c.iii) estando congelados na data da publicação da Lei 11.105/2005 (28-3-2005), tenham completado três anos de congelamento; e ainda

(3) haja, em qualquer caso, consentimento dos genitores desses embriões.

Assim, todos os embriões enumerados pela lei como fonte de células-tronco embrionárias devem ter sido produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento. A partir daí, podem ser, alternativamente: (a) embriões já congelados na data da publicação da lei há mais de três anos; (b) embriões já congelados na data da publicação da lei que tenham completado três anos de congelamento; ou (c) embriões inviáveis. Nenhum embrião congelado após a data da entrada em vigor da lei poderá ser fonte de células-tronco.

Os embriões congelados são embriões preteridos para a implantação no útero da paciente. Já foi visto que no procedimento de fertilização *in vitro* somente pode ser implantado um máximo de quatro óvulos fecundados (embriões), sendo normal haver embriões excedentes que, longe de serem inviáveis, podem ser utilizados em uma nova tentativa de implantação ou para a geração de outro filho, como acontece com relativa frequência (Disponível em: <http://www.bebedeproveta.com/transferencia.htm>; <http://www.clinicadale.com.br/fertilizacao_in_vitro.htm> e <http://www.arquivoshellis.com.br/revista/03_030607/03_030607_ahellis_01.pdf>. Acesso em: 4 de abril de 2008).

Daí advém que os embriões submetidos a congelamento são embriões com vida e não é o próprio congelamento que lhes retira tal condição, ainda que existam registros de queda nas taxas de nascimento, como mostram **Donadio** e outros, que apontam uma queda média de 10 pontos percentuais no índice de implantação após o congelamento (op. cit.).

Tampouco lhes retira essa condição o fato de estarem congelados há mais de três anos. Há inúmeros registros de nascimentos relacionados a embriões congelados há cinco, oito e até treze anos (Disponível em: *Folha de São Paulo*, edição de 22-3-2008; <http://veja.abril.com.br/220306/p_114.html>; <http://www.folhape.com.br/folhape/sc-segunda.asp?data_edicao=8/2/2006&mat=15041> e <http://www.ivf.net/ivf/woman_gives_birth_after_embryo_frozen_for_13_years-o1537-en.html>).

Segundo o artigo de **Tummon** e outros (*Frozen-thawed embryo transfer and live birth: long-term follow-up after one oocyte retrieval*), embriões descongelados representaram 39% de nascimentos com vida (249 em 639). A sobrevivência após o descongelamento alcançou um índice de 95% (2.129 de 2.247) (Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science?_ob=ArticleURL&_udi=B6T6K-4K18VWK-5&_user=10&_rdoc=1&_fmt=&_orig=search&_sort=d&view=c&_acct=C000050221&_version=1&_urlVersion=0&_userid=10&md5=362ecb3f0e331380b7f1fff7d008d5c8>).

Sendo assim, conclui-se que os embriões congelados a que se refere o inciso II do art. 5º da Lei 11.105/2005 são embriões com vida. O método de extração de células-tronco embrionárias que acarrete a sua destruição violará, na minha compreensão, o direito à vida de que cuida o *caput* do art. 5º da Constituição da República. No ponto exato em que o autoriza, a lei é inconstitucional.

É preciso considerar que a fertilização *in vitro* é realizada, já se disse, com o objetivo da geração de uma vida. Não foi destinada à pesquisa científica pura ou terapêutica. É claro que o argumento utilitarista valoriza o eventual descarte, o jogar fora dos embriões fertilizados *in vitro* e não utilizados pelos genitores. Assim, se estes não pretendem mais utilizar a fecundação que procuraram, então podem autorizar que sejam usados para a pesquisa.

O argumento é poderoso em duas frentes. A primeira, diz com a mobilização de pessoas portadoras de patologias para as quais se promete a cura. A segunda, com a inutilidade de manter-se o congelamento indefinidamente.

Quanto à primeira frente, não me parece correta. E assim é pelo simples fato de não ser possível prometer cura quando ainda não se tem dados científicos disponíveis que autorizem essa conclusão. O processo é longo e isso deve ser reconhecido, mesmo para as pesquisas com células-tronco adultas. Por outro lado, é preciso compreender e acolher as angústias das pessoas que padecem de patologias alcançadas pelo descortinar das pesquisas tanto com células-tronco embrionárias quanto com células-tronco adultas. A esperança é viva e devemos tudo fazer para torná-la realidade. De fato, essa é a razão pela qual afirmei antes e reafirmo agora que não se está pretendendo enxergar solução que não seja aquela capaz de tornar real a esperança, de trazer para a prática a teoria, de abrir o dom da vida pelo pensar e agir do homem, preservando-se esse mesmo dom para os que vão nascer. É assim o mais belo encontro entre o que é e o que está sendo. E por isso mesmo é que merece destacado que no Brasil, ainda este ano, existe forte possibilidade de o sistema público de saúde oferecer tratamento oriundo dessas células-tronco adultas para portadores de algumas patologias: cardiomiopatia dilatada, cardiopatia chagásica, cardiopatia isquêmica e infarto agudo do miocárdio. Esse objetivo consta do Estudo Multicêntrico Randomizado de Terapia Celular em Cardiopatias (EMRTCC), um dos maiores estudos do mundo envolvendo a avaliação da eficácia do implante autólogo de células-tronco de medula óssea e que já se encontra em sua fase final, previstas para o segundo semestre deste ano a análise e a divulgação dos resultados (Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/noticias_detalhe.cfm?co_seq_noticia=13034> e <http://www.incl.rj.saude.gov.br/incl/celula-tronco/laboratorio.asp>. Acesso em: 5 de maio de 2008).

Quanto à segunda frente, não é o fato de existir o congelamento que alivia a questão de modo a simplificá-la ao ponto de afirmar que se o que foi fecundado não for usado para gerar uma vida, então deixe isso para a manipulação dos cientistas. Ora, nenhum de nós pode ter o poder de manipular ao seu talante o que foi fecundado para ser vida. É como se nós déssemos aos cientistas desse ramo uma carta branca para fazer da genética um campo aberto para a sua curiosidade científica. É claro que devemos estimular o conhecimento de como uma célula-tronco embrionária se transforma em um tecido do fígado e outra no pâncreas e outra no pulmão. Mas é imperativo que isso seja feito com apropriado controle sem causar a morte do que é vida. Esse domínio da ciência deve também considerar a ética e a filosofia, ciências que são inerentes à existência do homem e ao equilíbrio da humanidade. Creio que a razão nos autoriza a afirmar, respeitando com a mesma dignidade que todos os contrários devem exigir uns dos outros, que assim deve ser feito. E, ainda, assim é, porque este é um campo em que não há certezas, tantas são as interrogações que nos invadem a cada passo adiante.

Não merecem consideração, portanto, os argumentos utilitaristas que se assentam no aproveitamento de embriões fertilizados *in vitro* e que serão descartados. E desse modo entendo pela simples razão de que não há de se sacrificar o meio para privilegiar o fim. Todas as vezes que a humanidade fica cega na busca de resultados, resvala para a deformidade. Isso precisa ser repelido. O princípio

da ponderação entre meio e fim resulta sempre na afirmação de que os fins não justificam os meios. Por isso é que devemos retornar à questão jurídica que estamos examinando. Simplificar a solução pela justificativa utilitarista é criar para a humanidade opções que esmagam a dignidade da pessoa humana. Se pelo bem praticamos o mal, se para salvar uma vida negamos outra, ficará sem salvação o homem, que estará aguardando a sua vez de ser sacrificado. Os cientistas, sejam os da área médica, sejam os da área biológica, sejam os da área jurídica, não podem, diante de seus compromissos com o futuro da humanidade, cair no abismo do utilitarismo. As opções que fazemos no mundo científico não serão exitosas pelos resultados que alcançarmos se esses resultados ferirem valores éticos que não são contingentes. Para viver com esses valores será necessário muitas vezes morrer por eles. Assim, para sermos dignos da vida, devemos valorizar a vida.

Essa valorização da vida é que nos torna responsáveis para abraçar aqueles que esperam renascer para a plenitude com a cura de suas patologias. E essa responsabilidade é que nos faz encontrar a saúde sem sacrificar a vida. E a ciência em todos os seus níveis deverá construir esse caminho, na melhor expectativa de fazer o bem a partir do bem e não a partir do mal.

Esse caminho já está aberto. A própria ciência apresenta método alternativo de extração de células-tronco de embriões com vida que não resulta necessariamente em sua destruição. Consequentemente, não viola o direito fundamental à vida.

Trata-se da extração de uma única ou no máximo duas células (blastômeros) de um embrião com oito células através de uma punção celular. Essa extração é realizada rotineiramente no processo de fertilização *in vitro* para possibilitar o diagnóstico pré-implantação que investiga, através de uma única célula do embrião, se ele é portador de alguma anomalia genética. Nesse procedimento, se o diagnóstico é negativo, o embrião é implantado e pode nascer, como tem ocorrido ordinariamente, com vida e saúde (tanto as informações colhidas por correio eletrônico do Professor **Luiz Fernando Dale**, Médico Especialista em Reprodução Humana pela Universidade de Paris V, quanto as conclusões da Sociedade Europeia para Reprodução Humana e Embriologia (ESHRE) dão conta de que o diagnóstico pré-implantação não acarreta mais riscos do que o processo de fertilização *in vitro* por meio de ICSI – HARPER et al. *ESHRE PGD consortium data collection VII: cycles from january to december 2004 with pregnancy follow-up to october 2005*. In: *Human Reproduction*. v. 23, 2008. p. 741 a 755).

Já se levantou grande objeção a essa técnica de extração de células-tronco, baseada na totipotência que geralmente se reconhecia nas primeiras células do embrião. Nesse sentido, por ter a capacidade de gerar um indivíduo completo, o blastômero extraído seria um verdadeiro embrião, pelo que seu uso para gerar uma linhagem de células-tronco atentaria contra a sua vida da mesma maneira que o método padrão na fase de blastocisto.

Essa objeção está, contudo, superada. É que a pesquisa realizada pela Dra. **Magdalena Zernicka-Goetz** identificou as duas primeiras células do embrião através de coloração e constatou que cada uma gerava um tipo diverso de tecido,

permitindo a conclusão de que, mesmo nessa fase, já há uma nítida especialização das células, não podendo ser reconhecida a totipotência senão no zigoto (PEARSON, Helen. Developmental biology: your destiny from day one. In: *Nature*, 418. p. 14/15. jul. 2002).

Diga-se que a possibilidade de extração de uma única ou duas células-tronco de um embrião sem destruí-lo já constava de estudos de 2005 como informaram **Eric Scott Sills**, **Tackumi A. Takeuchi**, **Noriko Tanaka**, **Quennie V. Neri** e **Gianpero D. Palermo** (**cf**. *Identification and isolation of embryonic stem cells in reproductive endocrinology*: theoretical protocols for conservation of human embryos derived from in vitro fertilization):

> Blastômeros obtidos para PGD são geralmente fixados e processados com fluoretos de cromo para a detecção de aneuploidias através de análise parcial do cariótipo, ainda que o processo tenha recentemente evoluído para permitir testes para desordens específicas via PCR e para a amplificação do genoma de uma única célula através de deslocamento múltiplo amplificado. Esse processo altera irreversivelmente o blastômero destinado para PGD – a viabilidade dessa célula é sacrificada em prol da obtenção de informações genéticas essenciais. Todavia, presumindo que dois blastômeros distintos sejam extraídos por uma biópsia para PGD e desde que na ausência de mosaicismo cada blastômero detenha potencial para se tornar um organismo completo, existe a possibilidade de que um dos blastômeros extraídos possa ser mantido em cultura para a produção de células-tronco embrionárias.

E a geração de células-tronco a partir dessa fonte foi confirmada pelos trabalhos de **Strelchenko** (STRELCHENKO, N. et. al. *Morula-derived human embryonic stem cells reproductive biomedicine online* 9(6), 623-629 2004); **Klimanskaya** (KLIMANSKAYA et. al. *Human embryonic stem cell lines derived from single blastomeres*. Nature 444:481-485 2006, estes citados no Relatório *Alternative Sources of Human Embryonic Stem Cells. The President's Council on Bioethics*) e **Robert Lanza** (CHUNG et. al. *Human embryonic stem cell lines generated without embryo destruction*, in: *Nature* 2(2): 113-117 2008).

Lanza mostra que a eficiência desse método é comparável àquela do método que envolve a destruição do embrião (20% dos embriões dando origem a linhagens), bem como que as características das linhagens obtidas em nada se diferenciam daquelas obtidas da massa celular interior (ICM – *inner cell mass*) do blastocisto, tendo as três camadas germinais sido identificadas.

Um levantamento feito por iniciativa da autoridade inglesa responsável pela regulamentação das pesquisas com embriões (*HFEA – Human Fertilisation and Embryonic Authority*) dá conta de que a equipe de **Robert Lanza** obteve cinco linhagens de células-tronco embrionárias humanas ao mesmo tempo que os embriões continuaram a se desenvolver, mas concluiu que ainda seriam necessários mais estudos para mostrar o bom desenvolvimento do embrião sujeito à biópsia (RICHERS, Helen. *Alternatives to embryonic stem cells*. *HFEA*. The Scientific and Clinical Advances Group. Disponível em: <http://www.hfea.gov.uk/docs/2008-02-21_SCAG_paper_-Alternatives_ES_cells.pdf>).

De fato, o estudo menciona a adoção de um método similar ao do diagnóstico pré-implantação e, portanto, não idêntico, o que poderia levar à conclusão de que a diferença poderia acarretar mais riscos ao embrião do que aqueles gerados por diagnósticos pré-implantação.

Para esclarecer esse ponto, entramos em contato direto com o Professor **Lanza**. Na resposta, este confirmou que o método de retirada da célula do embrião é o mesmo utilizado nos diagnósticos pré-implantação e, por isso, o risco ao embrião é mínimo. Disse, ainda, não haver diferença de custo ou de eficiência.

Mesmo diante da ressalva de que seriam necessários mais estudos mostrando que os embriões que sofrem essa intervenção se desenvolvem normalmente, e a despeito de ainda não ser adotado como método regular de obtenção de células-tronco humanas, o método de Lanza serve para demonstrar que é possível compatibilizar a lei com a Constituição, abrindo espaço para a pesquisa sem atentar contra a vida do embrião.

Diante dos nascimentos saudáveis após o diagnóstico pré-implantação, especula-se que os genitores não estariam dispostos a correr riscos autorizando a extração de um blastômero de um embrião sobre o qual não pairasse uma razoável probabilidade de anomalia genética. A lei, contudo, trata de embriões congelados por pelo menos três anos e de embriões inviáveis. Assim, se a lei presume que os pais autorizariam a destruição mesma desses embriões, por que não autorizar a retirada de uma única célula sem feri-lo?

De todo modo, ainda que não haja risco maior para o embrião – e anote-se que qualquer procedimento em matéria médica envolve sempre algum risco, ainda que risco mínimo –, é preciso averiguar eventual ofensa à sua dignidade, que não é reduzida pelo só fato de estar o embrião congelado ou ser inviável. A extração de um blastômero para fins de produção de uma linhagem de células-tronco não deixaria de constituir uma utilização do embrião como meio para o atingimento de um fim, o que faz lembrar a censura de **Kant**.

Há que se ponderar, todavia, se essa não é uma visão equivocada. Não se trata de um embrião produzido apenas para a extração de células-tronco e, ao contrário do método padrão, essa extração não resultará na sua destruição, o que não inviabiliza os fins naturalmente concebidos para ele. Após a extração, que pode ser comparada à doação de uma célula epitelial ou de qualquer outro tecido renovável, e, ainda, à doação de um órgão, como o rim, o embrião poderá cumprir seu destino natural, isto é, a implantação e o nascimento.

De acordo com o padrão que a Lei 11.105/2005 pretendeu estabelecer no Brasil, outra fonte de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia é o embrião dito inviável.

A lei, contudo, não o define, pelo que talvez fosse o caso de deixar tal definição à ciência.

Ocorre que a ciência não encontra, ainda, uma conceituação precisa. Esse termo, em verdade, foi adotado e tem sido utilizado principalmente por

profissionais envolvidos com os processos de reprodução assistida e tem servido para designar o embrião inadequado para fins de reprodução, ou seja, aquele que tem menos chance, não só de nascer, mas de vir à luz como um indivíduo saudável.

Assim é que não há um padrão ou um protocolo rígido para a identificação desse embrião inviável. Diversos critérios são hoje aceitos e costumam ser aplicados em paralelo em uma mesma clínica ou laboratório. São em geral visuais: velocidade da divisão/clivagem, emparelhamento de núcleos, integridade do citoplasma e da membrana envoltória.

Há muitos conceitos utilizados pelo direito que são emprestados da linguagem corrente e também de outras ciências, sem que alterem seu significado preciso. Afinal, são necessários para a formulação de uma regra precisa (hora, animal, rio e aluvião, por exemplo, têm os exatos significados do colóquio e da técnica).

A matemática é essencial. No direito das obrigações, na regra do *concursu partes fiunt*, e no direito das sucessões, quando da sucessão por representação, a aritmética da divisão e as frações são conceitos naturalmente aplicados.

Outros termos, contudo, mesmo sendo idênticos aos utilizados em outras esferas do conhecimento, geram conceitos bem mais restritos e até bem mais distintos.

Esse fenômeno da apreensão de um termo linguístico pelo direito e sua anexação aos domínios de sua ciência, com uma nada rara emancipação ou independência da filologia, tem grande importância quando se trata de um termo com mais de um significado e que vem a ser apreciado no âmbito constitucional. Um deles pode ser perfeitamente compatível com o conjunto de normas constitucionais enquanto que o outro não.

Embora a lei não tenha definido o conceito de inviabilidade, o Decreto 5.591/2005 o fez no art. 3º.

O termo inviabilidade, portanto, é um termo incorporado pelo direito positivado e, diante de seu confronto com a Constituição, exige investigação hermenêutica para determinar se pode ser utilizado com seu significado original da origem técnico-científica da medicina reprodutiva ou se requer uma interpretação diversa ou, ainda, se pode ser utilizado com um ou alguns de seus significados originais embora não com outros.

Na linha do Decreto 5.591/2005, embriões inviáveis são aqueles que:

(i) apresentam alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde;

(ii) sofreram ausência espontânea de clivagem após um período superior a vinte e quatro horas; ou

(iii) apresentam alterações morfológicas que comprometem o seu pleno desenvolvimento.

Cabe determinar, portanto, se a extração de células-tronco desses embriões atenta contra a inviolabilidade do direito à vida.

É bom enfatizar que a inviabilidade de que trata o decreto não é relacionada à ausência de vida. Como visto, o Poder Executivo parece ter incorporado o conceito extraído da técnica de fertilização *in vitro* que, repita-se, diz respeito à probabilidade de gerar o nascimento de um indivíduo saudável da espécie humana. Esse conceito não reflete uma preocupação com a condição atual de vida do embrião. E, por isso, merece reparo. Vejamos.

Independentemente das normas a serem baixadas pelo Ministério da Saúde, embriões com alterações genéticas não são, por óbvio, embriões sem vida e sem chances de subsistirem por si mesmos. Na rotina das clínicas de reprodução assistida, como visto, são aqueles que, submetidos a um diagnóstico pré-implantação, recebem um resultado positivo quanto à presença de determinada alteração genética, especialmente quanto às trissomias e às anomalias do cromossomo sexual.

Para as clínicas de reprodução assistida não interessa a sua implantação, não interessa o seu nascimento. Seu destino é o descarte ou, nas clínicas que obedecem às regras deontológicas, o congelamento. Não há nenhuma distinção entre esses embriões e aqueles classificados como bons para implantação. Esses embriões são submetidos ao teste genético exatamente porque foram considerados viáveis para a implantação. Uma vez implantados, têm as mesmas chances de alcançarem gravidez e nascimento. Deve ficar claro que o diagnóstico pré-implantação não inviabiliza o embrião e muito menos lhe retira a vida, tanto é assim que se o diagnóstico é negativo, ele é implantado no útero da paciente e pode vir a nascer, como ocorre com frequência.

Nesse caso, então, também incide a proteção constitucional. A extração de células-tronco desses embriões com a sua destruição atenta contra o direito à vida.

Outra característica da inviabilidade, segundo o decreto, seria a do embrião que apresenta alterações morfológicas que comprometem seu pleno desenvolvimento.

Como já visto, a observação da morfologia dos embriões permite a sua classificação conforme graus de viabilidade. Aos graus mais elevados está associada uma alta taxa de sucesso na gravidez e aos mais baixos, taxas muitas vezes irrisórias.

Em verdade, há, no que diz respeito a estes, uma baixa ou baixíssima viabilidade de gravidez e nascimento. Pelo critério de **Donadio** e outros (**op. cit.**), os embriões de classe A, B, C e D apresentam índices de implantação de 28%, 25%, 12% e 6%, respectivamente. Uma baixa ou baixíssima viabilidade não é, contudo, o mesmo que nenhuma. Inviabilidade, propriamente, não há.

A inviolabilidade do direito à vida não admite que a possibilidade de alguns embriões tornarem-se inviáveis justifique o sacrifício dos demais. A inviolabilidade do direito à vida não admite nem mesmo que a possibilidade de muitos deles se tornarem inviáveis justifique o sacrifício dos remanescentes.

Aqui também vislumbro inconstitucionalidade.

Por fim, o decreto regulamentar menciona embriões que espontaneamente deixaram de se dividir após um período superior a 24 horas.

A clivagem, para o embrião, é o reflexo de seu desenvolvimento, de sua atualização. Deixar de clivar equivale a deixar de se desenvolver.

Os embriões referidos na parte média do inciso XIII do art. 3º do Decreto 5.591/2005 são aqueles que perderam a capacidade de se dividir, que não mais apresentam uma potência de atualização, de movimento e desenvolvimento. Perderam, portanto, a sua essência. Deixaram de ser. Quanto a estes não se vislumbra haver violação do direito à vida acaso deles se extraiam células-tronco. São, em verdade, embriões sem condições de ir adiante. São insubsistentes por si mesmos. A obtenção, deles, de células-tronco para pesquisa e terapia seria, a título de comparação, como a extração de órgão de alguém já morto.

E não se diga que o embrião imobilizado em termos de divisão não seja fonte de células-tronco, pois a própria legislação o colocou entre elas já em 2005. Desde então, a perspectiva de extração de células-tronco aptas para a constituição de uma linhagem se consolida.

A partir da proposta de **Donald Landry** e **Howard Zucker**, a comunidade científica passou a considerar essa nova fonte. Diziam os autores:

> Aproximadamente 60% dos embriões gerados da fertilização *in vitro* deixam de atender aos critérios de viabilidade e são recusados para fins de transferência para o útero. A "inviabilidade", definida como a incapacidade de chegar ao nascimento, difere da morte orgânica; todos os embriões mortos são, é claro, inviáveis, mas muitos embriões inviáveis ainda não estão mortos. O critério morfológico de inviabilidade inclui clivagem anormal, perda de células e do material citoplasmático. Mas é o critério functional – ausência de clivagem após 24 horas – que, mesmo não contendo em si a prova de irreversibilidade, melhor se adequa. A ausência de clivagem geralmente reflete graves anormalidades genéticas mas – e esse é o ponto crucial – nem todas as células de embriões estagnados precisam estar anormais para que a estagnação ocorra. (Embryonic death and the creation of human embryonic stem cells. In: *The Journal of Clinical Investigation*. v. 114, n. 9. Disponível em: <http://www.jci.org/114/9/1184?content_type=abstract>. Acesso em: 13 de março de 2008.)

A ideia por detrás do trabalho de **Landry** e **Zucker** não é complexa para entendimento. O embrião é mais que a soma de suas células. Assim, um embrião sem vida não é somente um embrião cuja totalidade de células esteja sem vida, sendo possível encontrar células ainda vivas (células-tronco). E o critério para identificar essa situação é um critério funcional: a ausência de clivagem.

O estudo foi citado no já referido relatório *Alternative Sources of Human Embryonic Stem Cells*, de maio de 2005, como uma das fontes alternativas de células-tronco embrionárias. Essa e outras alternativas, como a extração de células-tronco na fase de blastômero sem prejudicar o desenvolvimento do embrião, foram analisadas pelo relatório, que buscou sua aceitação ética e sua factibilidade.

A proposta de **Landry** e **Zucker** foi considerada promissora, mas foram levantadas dúvidas quanto à definição de um marco objetivo para determinar a morte do embrião e a real possibilidade de obtenção de células apropriadas para gerar linhagens, que poderiam apresentar as mesmas dificuldades do método de **Lanza**.

Uma das relatoras, **Janet Rowley**, esclareceu, em palavras que refletem bem o interesse da comunidade científica apenas pela exploração da fonte de células-tronco embrionárias que se mostre mais acessível, que "seria estranho deixar grande número de embriões indesejados, porém normais, morrerem, e ao mesmo tempo pedir aos cientistas que fizessem enormes esforços para extrair células de embriões potencialmente normais, mas também potencialmente anormais, apenas dentre aqueles descongelados que deixaram espontaneamente de se dividir" (**op. cit.**, p. 21).

O relatório, porém, e conforme anotado, é de maio de 2005 e desde então muitos progressos foram feitos no que se refere a essa alternativa.

Já em 2006, **Landry** e **Zucker** realizaram novo estudo, agora com a contribuição de **Mark Sauer**, **Michael Reznik** e **Lauren Wiebw**, buscando encontrar exatamente um critério objetivo para o reconhecimento da interrupção de clivagem. O trabalho envolveu a observação de um total de 142 embriões classificados como inviáveis pelo Centro de Reprodução da Universidade de Columbia e que, no seu quinto dia de existência, foram caracterizados como hipocelulares. Nenhum deles se desenvolveu mais.

Concluíram os autores que:

> (...) com base nesses dados, propomos que a hipocelularidade e a falta de compactação no seu 5º dia de existência constituam um conjunto de critérios para diagnóstico de uma interrupção irreversível do desenvolvimento do embrião humano e que, em correspondência direta com o paradigma da morte encefálica, seja suficiente para diagnosticar a morte. O embrião humano que se enquadre nesse critério morreu como um organismo, ainda que algumas células individualmente continuem vivas.
> (Hypocellularity and absence of compaction as criteria for embryonic death. In: *Regenarative Medicine 1, 3*. p. 367 a 371.)

Também em 2006, um grupo formado por **Xin Zhang**, **Petra Stojkovic**, **Stefan Przyborski**, **Michael Cooke**, **lyle Armstrong**, **Majlinda Lako** e **Miodrag Stojkovic** demonstrou que embriões com seu desenvolvimento estagnado também são fontes de células-tronco. No estudo, os cientistas relatam:

> Muitas linhagens de células-tronco embrionárias humanas foram obtidas até hoje e muitas delas já foram derivadas de embriões classificados como de baixa qualidade. Até aqui, a maioria derivou de massa celular interna (ICM – *inner cell mass*) ou de mórulas ou blastócitos de diferentes qualidades, com 4 a 8 dias de existência. Este estudo descreve, pela primeira vez, a derivação de linhagens de células-tronco embrionárias humanas de mórulas de alta e baixa qualidade, assim como de embriões que pararam de se desenvolver. Nós demonstramos que esses embriões, que nunca alcançaram a fase de mórula ou blastocisto e são normalmente tidos por "mortos" têm um potencial de proliferação e podem ser utilizados para a derivação de células-tronco embrionárias humanas sob condições apropriadas de cultura.
> (Derivation of human embryonic stem cells from developing and arrested embryos, publicado no periódico eletrônico *Stem Cells*, em 21 de setembro de 2006. Disponível em: <www.stemcells.com>. Acesso em 18 de março de 2008.)

Em termos científicos, essa não é, em comparação com o embrião excedente e mesmo com o embrião considerado inviável com cinco dias na forma de blastocisto, a fonte primeira e privilegiada de células-tronco embrionárias. Isso é o que mostra o grupo capitaneado por **Paul Lerou** (**Akiko Yabuch**, **Hongguang Huo**, **Ayumu Takeuchi**, **Jéssica Shea**, **Tina Cimini**, **Tan Ince**, **Elizabeth Ginsburg**, **Catherine Racowski** e **George Daley**) ao afirmar em seu estudo:

> Em analogia às regras utilizadas para obter órgãos vitais para transplante após a morte cerebral, tem-se defendido que embriões organicamente "mortos", definidos por uma estagnação irreversível da divisão celular, são fontes aceitáveis de células-tronco embrionárias. Alguns dos embriões de baixa qualidade inservíveis para uso clínico no terceiro dia após a fertilização cessaram sua divisão celular; todavia, nossos dados indicam que esses embriões são uma fonte pobre de linhagens de células-tronco embrionárias. Em contraste, embriões de baixa qualidade que chegaram até o estágio de blastocisto são uma robusta fonte de linhagens normais de células-tronco embrionárias.
> (Human embryonic stem cell derivation from poor quality embryos. In: Nature Biotechnology, fevereiro de 2008, v. 26, n. 2.)

Curiosamente, nesse estudo, contudo, a única linhagem de células-tronco embrionárias humanas derivadas de um embrião de três dias (e inviável para fins da clínica de reprodução assistida) resultou exatamente de um espécime de seis células com desenvolvimento estagnado. Esse fato foi anotado em contato que fizemos diretamente com o próprio **Landry** e registrado em seu mais recente estudo, em conjunto com **Svetlana Gavrilov**, **Robert Prossert**, **Imran Khalid**, **Joanne MacDonald**, **Mark Sauer** e **Virginia Papaioannou**. Esse trabalho, ainda não publicado, demonstra, para além de que os embriões com desenvolvimento estagnado no sexto dia (ED6) não tornam a se dividir, que estes são uma rica fonte de células-tronco embrionárias humanas. Foram examinados 227 embriões considerados inviáveis pelo centro de reprodução da Universidade de Columbia, dos quais 79 foram escolhidos aleatoriamente para permanecerem em cultura, de modo a verificar seu eventual desenvolvimento, que não ocorreu. Os outros 148 embriões passaram por uma contagem de células, dos quais 20 se encontravam totalmente desintegrados. Dos 128 restantes, 22 (17%) não tinham células vivas, 103 (80%) apresentaram entre 1 e 32 células vivas, enquanto 3 (menos de 3%) tinham mais de 32 células vivas, o que permitiu a conclusão:

> Aqui nós mostramos que embriões estagnados não retomam seu desenvolvimento normal durante um período prolongado de cultura, ainda que a maior parte deles contenha um número substancial de células vivas no 6º dia de existência (ED6) (72% têm mais de 1 célula viável, 47% têm mais de 5 células viáveis), indicando que esses embriões inviáveis poderiam ser uma rica fonte de células viáveis para fins de geração de linhagens de células-tronco embrionárias.
> (*Irreversibly arrested, nonviable (organismically dead) human embryos as a source of viable cells for human embryonic stem cell (hESC) derivation*.)

Confrontada com estudos como os de **Lanza** e **Landry-Zucker**, a comunidade científica geralmente não valoriza a obtenção das células-tronco assim

obtidas, sustentando que não são confiáveis por ainda não terem sido replicados por outros grupos. E depois de não lhes dedicar mais que um relance, volta os olhos para o método **Thomson** e nele persiste. É claro, esse é o método padrão. Mas isso não quer dizer que não seja viável a utilização dos métodos abertos pelas pesquisas de **Lanza** e **Landry-Zucker**. O desenvolvimento das pesquisas nessa área é que vai autorizar a evolução do método e sua prática como meio de obtenção de células-tronco embrionárias.

O que merece relevado é a circunstância de o método possibilitar o avanço da ciência nessa área sem comprometer a vida e sem malferir a dignidade da pessoa humana. Por isso, ao contrário do que se dá com um simples programa de computador, a escolha dos métodos a serem praticados não pode ser deixada a cargo de usuários interessados apenas na eficácia e no custo-benefício. Isso é que compatibiliza o método com a disciplina constitucional. Assim, os métodos **Lanza** e **Landry-Zucker**, tal qual o de **Yamanaka** e qualquer outro que não acarrete a morte do embrião, podem ser admitidos pela Constituição brasileira por cumprirem o objetivo de estimular a pesquisa em área sensível para o desenvolvimento da humanidade sem o sacrifício da vida, valor que deve ser respeitado e preservado.

Nessa direção apontou o Dr. **Rao Mahendra**, renomado pesquisador americano, em recente estudo sobre as fontes alternativas de células-tronco embrionárias ou pluripotentes:

> Concluímos com um pensamento que para alguns pode parecer herético: talvez as restrições impostas pela administração Bush tenham servido a um resultado positivo, intencional ou não, por levar a um desenvolvimento de alternativas inovadoras. Mais ainda, talvez tanto cidadãos quanto cientistas estejam mais preparados para essas inovações. A ciência ofereceu mais de uma possível solução para o dilema ético que envolve as pesquisas com células-tronco. Agora é hora de incentivar os criativos desenvolvimentos nas pesquisas que se verificaram em diversas frentes e de receber aqueles dentre nossos colegas que conseguiram, sozinhos e com reduzidos recursos, esses avanços (...).

Por outro lado, torna-se relevante assinalar que não é possível manter nessa área uma autorização independente de qualquer controle estatal centralizado seja no que diz com a fiscalização das clínicas de reprodução assistida, seja no desenvolvimento das pesquisas com relação às células-tronco. Não foram tomados nem mesmo os mais óbvios cuidados no trato de um procedimento tão delicado, cujos desvios éticos oferecem gravíssimos riscos de manipulação da espécie humana e de utilização indevida do mais importante objeto da pesquisa científica na atualidade. É fácil perceber que o art. 5º foi inserido em lei que originariamente não se destinava a cuidar das pesquisas com células-tronco embrionárias.

Tudo isso enseja a sua disciplina através da interpretação constitucional em suas diversas modalidades. De nada adianta a existência de comitês éticos nas universidades se não existir um sistema único nacional capaz de concentrar os dados e estabelecer registros apropriados para fiscalização, autorização e controle do que está sendo feito, a exemplo do que ocorre na grande maioria dos países que

já estão desenvolvendo essas pesquisas. E isso quer dizer, também, impedir a mercantilização que pode, como em qualquer setor, dominar essa área crítica para o próprio fortalecimento da humanidade. Como todos sabem, a disputa por patentes nesse segmento é assustadora e os recursos financeiros envolvidos são enormes.

Não se pode, na minha compreensão, pôr essa complexa questão em termos tão simplistas como aqueles que opõem radicais de toda posição. E não é fácil reconhecer esse fato. É necessário evitar qualquer tipo de fundamentalismo. Seria, por exemplo, o dizer da Antiguidade em que a garantia do solo fértil ou da colheita abundante exigia a oferta de presentes aos deuses. E o maior deles era o sacrifício de uma vida humana, que abriria as portas pelas quais adentraria a abundância (BLAINEY, Geoffrey. *Uma breve história do mundo*, 2. ed. Fundamento, 2007, p. 38). Esse simplismo, que a história da humanidade conhece, repete-se exaustivamente de tempos em tempos e serve de alerta para que o crescimento humano do mundo não se faça com preço que sacrifique a natureza humana.

Em nosso caso, a perspectiva do uso de células-tronco embrionárias a partir dos embriões ditos inviáveis ou daqueles congelados nas clínicas de reprodução assistida não pode, sob nenhum pretexto, resvalar para o absoluto sem a preservação da vida. Impõe-se estabelecer padrão ético que nem deixe de considerar a bem-aventurança da pesquisa, seja para fins puramente científicos, seja para fins terapêuticos, nem deixe de privilegiar a importância do destino desejado pelos genitores ao procurar a continuidade biológica por meio da fertilização *in vitro*. O que se há de buscar é a preservação da vida e da dignidade do homem, assim, a integridade da vida que nascerá se não sofrer interrupção natural ou provocada e a possibilidade de avançar na descoberta do próprio mistério da vida.

De tudo o que foi exposto até aqui, são duas as conclusões a que forçosamente se chega: (i) há uma urgente necessidade de controle da atividade das clínicas de reprodução assistida, especialmente no que se refere aos procedimentos de fertilização *in vitro* em geral e aos diagnósticos pré-implantacionais; e (ii) as pesquisas com células-tronco embrionárias são importantes e não merecem ser obstadas, observados limites e controles e desde que não causem a destruição do embrião, vida humana protegida pela Constituição Federal.

O que causa perplexidade e, mais do que perplexidade, representa fonte de grande preocupação é que a origem das pesquisas com células-tronco embrionárias, nos termos da lei brasileira, está nas clínicas de fertilização *in vitro* que operam, independentemente da seriedade de seus respeitáveis profissionais, sem nenhuma fiscalização ou controle. Veja-se que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) não fiscaliza nem controla as clínicas, salvo quanto aos aspectos físicos, das instalações. Mas não há nenhum sistema organizado de supervisão do processo, com cadastro de embriões e registros adequados, incluída a identificação genética, assim, por exemplo, nos diversos casos em que são realizados os diagnósticos pré-implantação.

De fato, com a Resolução 33, de 2006, da Diretoria Colegiada da Anvisa, os chamados Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTG), assim entendidos

como todos os estabelecimentos que possuam em seu poder gametas e embriões, neles incluídas as clínicas que guardam os embriões congelados, devem informar semestralmente dados como (i) quantidades de sêmen, oócitos e embriões congelados; (ii) tempo de congelamento; (iii) taxa de fertilização; (iv) taxa de clivagem; (v) procedimentos adotados; e (vi) processos de classificação de embriões (ou pré-embriões), o que já é alguma coisa. No entanto, segundo informação da própria agência, através de sua Gerência Geral de Sangue, Outros Tecidos, Células e Órgãos (GGSTO), ainda não foi possível, até o dia 10-4-2008, obter informações consolidadas sobre os serviços dessas clínicas, até porque as vigilâncias sanitárias estaduais e municipais ainda estão sendo capacitadas para a fiscalização. Apenas no dia 12 de maio deste ano é que a Agência baixou a Resolução 29, pretendendo organizar um banco de dados sobre os embriões em poder dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos a ser alimentado pelos próprios bancos, com obrigatoriedade somente após o prazo de sessenta dias. Vê-se, portanto, que atualmente não há nenhum controle.

Tampouco há norma legal que proíba ou impeça a realização de procedimentos inadmitidos em diversos ordenamentos, como a fertilização para fins não reprodutivos, o uso do diagnóstico pré-implantação para seleção de sexo, a destruição de embriões considerados inviáveis, a geração de grande número de zigotos, a redução embrionária etc.

Muito menos se vê algum tipo de controle e reprimenda a procedimentos que põem em risco os limites da própria espécie humana, como a clonagem reprodutiva, a transferência nuclear, o transplante pronuclear, a fabricação de quimeras, a conjugação de tecidos humanos e animais, tudo isso com consequências ainda não vislumbradas.

A já citada Resolução 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina serve como uma boa orientação ao estabelecer para a comunidade médica "Normas Éticas Para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida". Mas é pouco. A realidade mostra que o conselho, por suas limitações materiais e por suas próprias atribuições, tem agido reativamente, por meio de sanções de ordem profissional. E o que é preciso é uma ação preventiva, fiscalizadora.

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado 90, de autoria do Senador Lúcio Alcântara. Apensados a ele, estão os Projetos de Lei 2.855/1997; 4.664/2001; 6.296/2002; 120/2003; 2.061/2003; 4.889/2005; 5.624/2005; e 3.067/2008, este último de autoria do Deputado José Aristodemo Pinotti, que também estabelece algumas condições para a pesquisa com células-tronco ao propor a alteração do próprio art. 5º da Lei 11.105/2005. O Projeto de Lei 90, contudo, é de 1999 e recebeu parecer desfavorável do Relator na Câmara dos Deputados (PL 1.184/2003), Deputado Colbert Martins. Aguarda-se sua apreciação na Câmara para que seja novamente submetido ao Senado Federal.

A existência de um grande número de proposições legislativas sobre o tema da reprodução assistida é indício mais que suficiente para demonstrar a necessidade de regulamentação desse setor da atividade médica. As inúmeras

possibilidades propiciadas pela fertilização *in vitro* e os grandes riscos daí decorrentes exigem que o Estado se faça presente. Impõe-se, por isso, fixar limites que, ao mesmo tempo em que ensejem o desenvolvimento científico nesse tema e a manutenção de terapias eficazes para a infertilidade do casal, estabeleçam um nível de segurança adequado para as futuras gerações e um grau mais elevado de respeito ao ser humano, em todas as suas fases.

Entende-se que esse nível e esse grau seriam alcançados através de um procedimento de fertilização *in vitro* que, mesmo não obrigando a transferência de todos os embriões produzidos, observasse as seguintes regras: (i) emprego apenas para fins reprodutivos; (ii) emprego somente na ausência de outras técnicas aptas para solucionar o problema da infertilidade; (iii) proibição de seleção de sexo; (iv) emprego de ICSI apenas quando ineficaz a fertilização através da aproximação dos gametas; (v) limitação do número de óvulos a serem fertilizados; (vi) limitação do uso do diagnóstico pré-implantação, restringindo-o para investigação de determinadas anomalias com vistas à cura; (vii) limitação do número de embriões a serem transferidos; (viii) proibição de redução embrionária; (ix) proibição de descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação; (x) proibição de comercialização de embriões; e (xi) proibição de doação de embriões, salvo daqueles estagnados e registrados em registro único constituído para esse fim, com abrangência nacional, e somente para pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisa com fins terapêuticos que tenham sido aprovadas por órgão com abrangência nacional, sempre com o consentimento livre e informado dos genitores, de acordo com as normas de deontologia médica adotadas mundialmente, e a supervisão de médico especializado.

Se a autorização para utilização de células-tronco embrionárias deve alcançar apenas aquelas que preservem a vida do embrião, não será admitida a obtenção de células-tronco de embriões congelados, de embriões com alterações genéticas ou de embriões com alterações morfológicas, quer comprometam ou não o seu desenvolvimento, pelo método **Thomson**, ou seja, pela aspiração de células da massa central interna do blastocisto.

Pelo uso desse método, somente poderia ser admitida a obtenção de células-tronco de embriões estagnados, assim entendidos aqueles que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período de observação que permita caracterizar a irreversibilidade da estagnação, de acordo com normas especiais estabelecidas pelo Ministério da Saúde. Nesse caso, não se agride a vida do embrião, porque esses embriões são insubsistentes por si mesmos, já não vivem.

Em qualquer hipótese, sempre com o prévio e expresso consentimento informado por escrito dos genitores, poderão ser utilizadas para pesquisa e terapia, nas condições adiante definidas para estas e desde que não ameaçada a sobrevivência do embrião, células-tronco obtidas de blastômeros, assegurada a restituição do embrião ao meio de conservação em que se encontrava anteriormente para fins de reprodução assistida.

O crime previsto no art. 24 da Lei 11.105/2005 inclui a autorização para utilização de embriões humanos em desacordo com as condições estabelecidas na lei, alcançando, na minha compreensão, os responsáveis pela autorização e pela fiscalização.

As investigações com células-tronco embrionárias, repita-se, devem se limitar à pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e à pesquisa com fins terapêuticos; devem ser autorizadas por órgão federal, integrado por equipe multidisciplinar, composta por membros com larga experiência, inclusive em pesquisa, nos ramos da medicina, da biologia e da química, além de outras áreas do saber, como o direito, a sociologia, a teologia, a ética e a matemática; devem ser supervisionadas por especialistas com comprovada experiência nos métodos de manipulação dessas células; e devem ser devidamente registradas e autorizadas pelo mencionado órgão federal.

Anote-se que a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), por sua composição e competência, foi constituída com vistas à regulação, ao acompanhamento e à autorização das atividades relacionadas a organismos geneticamente modificados (OGM) e seus derivados, entre os quais não se incluem os embriões humanos e as células-tronco embrionárias humanas (art. 3º, § 1º, Lei 11.105/2005).

Destaco que até a presente data apenas o grupo da Dra. Lygia Pereira, séria, respeitada e destacada professora da Universidade de São Paulo, tentou a derivação de linhagens de células-tronco embrionárias no Brasil.

Destarte, com as razões acima deduzidas, julgo procedente, em parte, a ação direta de inconstitucionalidade para, nos termos que se seguem:

1. no *caput* do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que as células-tronco embrionárias sejam obtidas sem a destruição do embrião, e as pesquisas devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo Ministério da Saúde, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, entendendo-se as expressões "pesquisa e terapia" como pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisa com fins terapêuticos;

2. ainda no *caput* do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a fertilização *in vitro* seja entendida como modalidade terapêutica para cura da infertilidade do casal, devendo ser empregada para fins reprodutivos na ausência de outras técnicas, proibida a seleção de sexo ou de características genéticas, realizada a fertilização de um máximo de quatro óvulos por ciclo e igual limite na transferência, com proibição de redução embrionária, vedado o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação, tudo devidamente submetido ao controle e à fiscalização do Ministério da Saúde;

3. no inciso I, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a expressão "embriões inviáveis" seja considerada como referente àqueles insubsistentes por si mesmos, assim, os que comprovadamente, de acordo com as normas técnicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, com

a participação de especialistas em diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período no mínimo superior a vinte e quatro horas, não havendo, com relação a estes, restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco;

4. no inciso II, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que sejam considerados os embriões congelados há três anos ou mais, na data da publicação da Lei 11.105/2005, ou que, já congelados na data de publicação da Lei 11.105/2005, depois de completarem três anos de congelamento, dos quais, com consentimento, informado prévio e expresso dos genitores, por escrito, somente poderão ser retiradas células-tronco por método que não cause a sua destruição;

5. no § 1º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que o consentimento é um consentimento informado prévio e expresso, por escrito, dos genitores; e

6. no § 2º, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter previamente seus projetos também à aprovação do Ministério da Saúde, presente o crime do art. 24 da Lei 11.105/2005 na autorização para a utilização de embriões em desacordo com o que estabelece a lei, nos termos da interpretação acolhida neste voto.

Por fim, torna-se necessário examinar a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/1999, que autoriza a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. É que já estão em curso diversas pesquisas com células-tronco já obtidas por pesquisadores brasileiros. Para preservar o andamento dessas pesquisas, entendo necessário modular os efeitos da declaração parcial de inconstitucionalidade a partir da data deste julgamento.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, uma explicitação apenas quanto ao alcance do voto de Sua Excelência. Pelo que percebi, haveria, no bojo, a própria criação de um tipo penal, pela decisão do Tribunal?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), foi.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Está se estendendo ao art. 27?

O Sr. Ministro Menezes Direito: Não. Talvez tenha me explicitado mal. O que eu estou dizendo é que o art. 24, que tem essa tipificação, deve considerar também, para os efeitos do que está previsto no próprio art. 5º, que esses autores da autorização e fiscalização sejam alcançados.

Foi só isso que eu disse.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Na verdade, Sua Excelência está propondo, mediante interpretação – que não é objeto da ação – do art. 27, uma modalidade de controle da interpretação de constitucionalidade do art. 5º. Noutras palavras,

ele está recorrendo à interpretação de outro artigo para assegurar uma limitação inerente ao alcance da declaração de inconstitucionalidade que reconhece. Não está julgando o art. 27, mas o art. 5º!

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas com consequências penais? Porque, pelo que percebi, o art. 5º somente contempla um tipo penal, se houver a comercialização. Quer dizer, passaríamos a ter o tipo penal pelo não respeito à decisão do Tribunal quanto à interpretação conforme. Poderíamos chegar a esse ponto?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), e não é uma cláusula em branco.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): E o art. 25 também, porque apenas a prática de engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano. Aqui sim.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, eu ponderaria à Corte – e não apenas porque o voto de Sua Excelência foi, além de erudito e brilhante, alentado – que deixássemos todas essas considerações para depois de todos terminarem os votos, porque, se avançarmos intervenções e pedidos de esclarecimentos a cada voto, não vamos sair daqui antes de uma semana.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Senhor Presidente, a lei agora impugnada autoriza o uso de células-tronco embrionárias produzidas *in vitro*, ou seja, em vidro, para fins de pesquisa científica e tratamento médico. Relembro, ela porta as seguintes condições para as pesquisas:

Primeira: o não aproveitamento para fim reprodutivo do embrião congelado *in vitro* (não aproveitamento por livre decisão do casal).

Segunda: que o embrião se caracterize pela sua inviabilidade reprodutiva, ou seja, ele já não detenha a capacidade de clivagem ou de reprodução celular numa progressão verdadeiramente geométrica.

Terceira: que esteja congelado o embrião há pelo menos três anos da data da publicação da lei, ou que, já efetivamente congelado nessa data, venha a completar três anos. No particular, a lei é de eficácia exaurida, porque os três anos de congelamento já decorreram em qualquer das duas situações do inciso II.

E, finalmente, quarta condição: o consentimento do casal-doador do material genético, biológico (é preciso o consentimento expresso do casal-doador).

Além disso, a lei estabelece a obrigatoriedade de encaminhamento de todos os projetos de pesquisas com células-tronco aos comitês de ética e pesquisa respectivos, que funcionam basicamente nas universidades federais; e veda, tipificando como crime, a comercialização do material biológico.

No art. 6º, a lei toma outras cautelas ou sobrecautelas, como, por exemplo, proibir a prática de engenharia genética em organismo vivo ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante.

A engenharia genética é proibida, também, no inciso III do art. 6º, com célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano.

Vai além a lei. A lei proíbe, no inciso IV do art. 6º, a clonagem humana.

Senhor Presidente, eu disse em meu voto e repito, a Constituição Federal não faz de qualquer estádio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, a vida de alguém, de um indivíduo já adornado da personalidade civil. Vale dizer, nessa perspectiva que tenho como rigorosamente constitucional, a vida humana ou a pessoa humana se define como o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral.

Fui muito criticado por essa definição, mas as pessoas que criticavam invariavelmente mutilavam o meu conceito. Em todas as críticas a esse conceito, eu pude verificar isso. A pessoa humana, o individuo biográfico, o ser humano adornado de personalidade civil é o fenômeno que transcorre do nascimento com vida à morte cerebral.

Muito bem, eu disse isso porque tentei fugir de uma perspectiva analítica teológica ou filosófica, ou mesmo científica mais aprofundada, uma vez que esse terreno nos leva a uma discussão interminável. Nós vamos nos perder no infinito, dado que há correntes ponderáveis, consistentes de opinião em um sentido e de opinião em outro sentido.

Eu, também, tentei evitar dizer que as células-tronco embrionárias são mais promissoras para a Medicina do que as células-tronco adultas, porque também há opiniões ponderáveis nos dois sentidos.

Recentemente, um dos vencedores do prêmio Nobel de Medicina e Fisiologia, aqui, no Brasil, Oliver Smithies, prestou depoimentos dizendo que o debate sobre o uso de células-tronco embrionárias humanas, em pesquisa, tomou o rumo errado. Ou seja, uma coisa não inviabiliza a outra. As duas são pesquisas válidas e podem caminhar *pari passu*. Falou sobre o Supremo Tribunal Federal, dizendo o seguinte:

> Gostaria que o Supremo Tribunal Federal pensasse em células-tronco de modo diferente. Imagine que eu seja um jovem morto num acidente de carro. Há partes do meu corpo que ainda são úteis e podem ser dadas a outras pessoas para manter suas vidas. Então, parte de mim vive em outra pessoa. Se uma célula-tronco embrionária é feita para terapia, aquele embrião não é morto, [vale dizer, não há destruição] aquele embrião dá vida a outra pessoa.

Quer dizer, é um prêmio Nobel de Medicina e Fisiologia deixando claro que o que se chama de destruição do embrião não é senão, em verdade, o resgate de uma perspectiva de vida em uma terceira pessoa, dentro de uma filosofia rigorosamente fraternal ou solidária. Se aquele embrião não tem a menor chance de entrar no útero feminino – não é redundante dizer isso –, que ele seja aproveitado para outros fins de terapia e assim servir à humanidade.

O que se extrai dessas iniciais considerações é o seguinte: a Constituição, no art. 1º, inciso III, fala, sim, de dignidade da pessoa humana, mas ela já se autoexplica: dignidade da pessoa ou de um ser dotado de personalidade, porque só a pessoa humana detém personalidade. A personalidade é um atributo da pessoa humana.

Quando a Constituição, no art. 5º, fala "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", inclusive da vida, diz que assegura tais direitos "aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País". Ora, a toda evidência, um embrião não é um brasileiro. Ele não tem nacionalidade. E, enquanto permanecer ali *in vitro*, fora do útero materno, sem possibilidade de nidação, ele jamais vai ganhar uma nacionalidade. Também não é um estrangeiro. Esta categoria de brasileiro e de estrangeiro como condição para gozo "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", essa condição, para o embrião, é um indiferente jurídico. O embrião jamais vai alcançar o *status* de brasileiro ou de estrangeiro. Para que o embrião tenha direito à vida, nos termos da Constituição, é preciso reconhecer a ele o direito a um útero. E o embrião tem direito a um útero? Claro que não! Eu estou falando do embrião *in vitro*, daquele embrião produzido sem ato sexual, sem acasalamento, sem conúbio, que não é produzido pela natureza, mas produzido pelo homem. Não é só a natureza que produz o homem; o homem produz cientificamente o homem. Quer dizer, é um embrião que não saiu de nenhuma mulher. O que saiu do corpo da mulher foi um singelo óvulo desfecundado até então. Não saiu de nenhum homem também. O que saiu do homem foi um jato, um jorro de espermatozoides. Esse embrião *in vitro* jamais entrará – nos termos da lei – no corpo de uma mulher. Nem saiu do corpo feminino, nem vai entrar. Não há nidação; não há gravidez; não há maternidade no sentido que eu expus; não há cérebro.

É isso o que está causando perplexidade aos juristas de uma maneira geral. É que nós estamos lidando com uma realidade absolutamente insimilar. É um embrião que não corresponde jamais ao conceito de nascituro. Não há nascituro, muito menos alma. É de se supor que a alma vem ao mundo para cumprir uma função e ela é inteligente o suficiente para não ficar confinada em um vidrinho, sob a forma de embrião.

De maneira que, à luz da Constituição, a vida não pode começar senão por um embrião e que o embrião humano é, portanto, o início de toda a vida. Daí não se pode derivar, extrair o raciocínio de que embrião é pessoa humana. Ele é um bem a proteger juridicamente. É um interesse juridicamente protegido, mas, à luz da Constituição, não é uma pessoa. Até porque, Senhor Presidente, nos trabalhos constituintes, houve três propostas para se proteger o embrião, para se proteger o ser humano desde a concepção: uma proposta da então Deputada Rita Camata; do então Deputado Carlos Virgílio; e da então Deputada Sandra Cavalcanti, nos capítulos "Da Saúde" e "Da Família". Todas as três propostas foram rejeitadas. A Comissão de Constituição e Justiça remeteu o tema para a lei ordinária.

O Código Civil diz, efetivamente, que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro" (art. 2º do Código Civil). Ora, sem o ímã do útero, sem a *vis* atrativa do útero, sem o húmus do útero, não há nascituro. Não há como alguém nascer do lado de fora dessa entidade mágica que é o útero humano. Feminino.

Então, derivar do raciocínio de que não há vida humana que não comece pelo embrião a afirmativa de que o embrião já é uma pessoa não procede. Não é correto. Não se pode confundir embrião de pessoa com pessoa embrionária. Não

existe pessoa embrionária, mas simples embrião de pessoa humana. Não incorramos na falácia indutiva de que falava David Hume, ou seja, as premissas não autorizam a conclusão.

Depois, a Constituição, no art. 6º, faz da saúde um direito fundamental. E nós sabemos quantos cadeirantes estão à espera das pesquisas com células-tronco embrionárias e sabemos o que significa o Supremo Tribunal Federal cortar toda essa expectativa, esse alento, ainda que a eficácia do tratamento só ocorra daqui a cinco, seis, sete, oito anos, não interessa. É preciso recomeçar o processo que foi estancado há três anos. E a saúde é um direito fundamental que está no art. 6º da Constituição. Não pode esperar.

Mas não é só. A Constituição também, no art. 5º, inciso IX, diz:

> é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (...)

Ou seja, a inviolabilidade não é para o embrião *in vitro*, mas para a atividade científica em si. Aliás, a Constituição prestigia tanto a liberdade acadêmica, a liberdade de cátedra, a liberdade de pesquisa, a liberdade científica, enfim, que abriu todo um capítulo com o nome de "Da Ciência e Tecnologia".

Como se não bastasse isso, Senhor Presidente. Olha, não estou falando de filosofia nem teologia, nem de ciência pura, nem de pesquisa básica, estou falando da Constituição brasileira. Estou desfilando pela passarela da Constituição, de ponta a ponta, para, na Constituição, buscar os fundamentos de meu voto, porque, como disse a Ministra Ellen Gracie, no seu luminoso voto na primeira assentada, o que nos cabe é dar uma resposta jurídica constitucional para a questão que nos é posta. Porque, no plano do direito, não devemos nos perder no infinito das discussões. Há um ponto de partida e há um ponto de chegada. A Constituição diz no art. 226, § 7º, com todas as letras, em alto e bom som:

> Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana.

Agora, sim, a Constituição diz dignidade da pessoa humana. Não é por ilação; não é por abstração; não é por uma construção cerebrina; estou lendo o texto:

> e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal.

Ou seja, a dignidade da pessoa humana também se manifesta na liberdade decisório-familiar. Planejar o número de filhos, a quantidade de filhos, a possibilidade de assisti-los afetiva e materialmente, tudo isso é matéria regrada pela Constituição com este emblemático nome de "paternidade responsável". O planejamento familiar responsável é liberdade, direito fundamental do casal. Como se fosse pouco, a Constituição arremata o seu discurso por esta forma:

> competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos.

Daí a reprodução assistida; daí a produção do embrião *in vitro*, em placa de Petri. Enfim, diz a Constituição:

> para o exercício desse direito.

E vai além. Não fica nisso não.

> vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Então, quando uma sentença "aditiva" é proposta, fico preocupado porque me remeto para essa parte final do dispositivo constitucional:

> vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Essa liberdade científica, signo de evolução ou de *status* civilizatório avançado e de consolidação do processo democrático, está numa pesquisa recentemente feita pela Anis dando conta de que – Vossas Excelências devem ter recebido o memorial – dos 25 Estados com nível de desenvolvimento tecnológico comparado ao Brasil, 24 fazem pesquisas com células-tronco embrionárias.

O estudo desenvolvido sob os auspícios do Ministério da Saúde abrangeu 25 países, nos quais se concentram – isso é muito importante – mais da metade da população do planeta. Noventa por cento das publicações científicas e onde se encontram presentes todas as principais religiões praticadas no mundo: cristianismo, judaísmo, islamismo, budismo e hinduísmo. Nele se constatou que um único país, a Itália, proíbe as pesquisas; outros dois apresentam restrições que não impedem sua realização: os Estados Unidos, onde se limita o financiamento por parte do governo federal, mas não dos Estados, que têm investido maciçamente, e a Alemanha, que proíbe a utilização de embriões produzidos em seu território, mas não a importação; ou seja, não a importação de linhagens embrionárias.

Fiz uma pesquisa sobre essa lei italiana e constatei que ela, de tão detalhista, praticamente engessa a ciência. Impõe metodologias rigorosas e especificação de procedimentos e definições técnico-científicas nela própria, na lei, e o fato é que tudo isso foi objeto de declaração de inconstitucionalidade por três tribunais italianos; quer dizer, é uma lei que peca por excesso. Estamos a falar de uma lei brasileira supostamente defeituosa por insuficiência regratória, e temos, na Itália, um caso absolutamente inverso em que a lei – exatamente por engessar a ciência e trabalhar com conceitos que a própria ciência vai produzindo à medida que as novas tecnologias e o redimensionamento de novos quadros mentais vão surgindo – sofreu um contraponto por parte de três tribunais, o de Cagliari, o de Firenze e o de Lazio, na Sentença 398, datada de 31 de outubro de 2007 e depositada em 21 de janeiro de 2008. Essas decisões suspenderam dispositivos da lei que vedavam a verificação de má formação genética do embrião antes do implante e a limitação em três do número de embriões fecundados com a obrigatoriedade de implante imediato deles; ou seja, obrigando as mulheres a engravidarem. Tudo isso os tribunais decidiram com base na Constituição italiana, que se aproxima muito da nossa.

Diz a Carta italiana: "Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social" e "são iguais perante a lei". Diz mais: "a saúde é direito fundamental do indivíduo". Logo, a lei não pode, em nenhum caso, atentar contra a dignidade da pessoa humana.

Por isso que, diante do risco ou do perigo de excesso do poder do legislador, consignaram os tribunais: não há um direito absoluto do embrião frente ao

da "dona" ou mulher que o abrigue. É que os italianos vivenciaram recentemente o que estamos experimentando aqui nesta sessão. Está-se a propor, aqui, uma sentença de caráter aditivo, mesclada com interpretação conforme, para dotar a lei brasileira de uma exuberância regratória que, em matéria científica e de saúde, já foi considerada inconstitucional pela Corte italiana; depois, a proposta de interpretação conforme pressupõe – todos nós sabemos – uma polissemia, uma plurissignificatividade do texto legal sob exame que não me parece própria do artigo sob análise. Pelo que não tenho como cabível para o caso a técnica de interpretação "conforme a Constituição".

Senhor Presidente, concluo dizendo que nossa Constituição, legitimadora da Lei de Biossegurança, só merece elogios. A lei, em si, não é de *bioinsegurança*, vamos atentar bem para as coisas. Ao contrário, a lei é de biossegurança. Conforme disse o Ministro Celso Lafer, chanceler tão respeitado por todos nós, que é um jusfilósofo de reconhecido peso científico no Brasil e no mundo, a lei fez adequadamente a ponderação de interesses e de valores pelo seu art. 5º, que estamos examinando, e está ancorada numa Constituição da mais enxuta contemporaneidade.

Tenho para mim que, em matéria de saúde, em matéria de ciência, em matéria de dignidade da pessoa humana e liberdade do casal para procriar a seu modo e tempo, a nossa Constituição homenageou dois luminares do pensamento ocidental. O primeiro foi Goethe, que morreu dizendo "luz, mais luz ainda"; e o segundo foi Victor Hugo, dizendo o seguinte: "nada é tão irresistível quanto a força de uma ideia cujo tempo chegou". E a Medicina Celular ou Regenerativa encontrou, nas palavras precisas de Dráuzio Varella, também acatado médico brasileiro, a seguinte emissão de juízo, com a qual termino minha intervenção.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, só queria registrar, com todo respeito, que eu não vou redarguir as observações feitas pelo meu eminente querido amigo **Carlos Britto**, incluída a questão técnica que nós todos, o Ministro **Carlos Britto** sabe que, se estamos sentados aqui, a conhecemos razoavelmente bem, em respeito ao tempo dos Colegas e ao adiantado da hora, mas presto também as minhas homenagens ao Ministro **Carlos Britto**.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Senhor Presidente, renovo meu juízo de louvor ao voto proferido pelo Ministro Carlos Alberto Menezes.

É que o ordenamento jurídico é assim mesmo. Ele se vaza numa estrutura de linguagem. Estamos aqui dissentindo no plano das ideias, mas sem nenhum confronto de ordem pessoal.

Finalmente, Dráuzio Varella disse o seguinte:

> Ninguém se engane, a Medicina celular ou regenerativa vai cumprir no século XXI a mesma função revolucionária que o antibiótico cumpriu no século XX.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, terminamos mais uma vez uma parte desta sessão, mais uma assentada memorável.

Gostaria, ao encerrar esta parte da sessão, de registrar a importância deste debate, e a importância, inclusive, do pedido de vista previsto regimentalmente e, também, no Código de Processo Civil.

Não podemos olvidar que a jurisdição constitucional legitima-se democraticamente pela reflexão e pela argumentação produzidas segundo a racionalidade própria das normas e procedimentos que conduzem os julgamentos.

Trago à tona as lições de Robert Alexy, para afirmar que "**o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente**".

É o que nós estamos a fazer aqui. A sociedade brasileira só tem a ganhar com a produção de um debate qualificado argumentativamente, com a reflexão pormenorizada, com o julgamento rigoroso por parte desta Corte.

VOTO
(Antecipação)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, sejam de cumprimento as minhas primeiras palavras ao eminente Ministro Relator que, na assentada inicial – e hoje ainda –, ao concluir pela total improcedência da presente ação, apresentou um primoroso pronunciamento.

Hoje, na sequência do julgamento, o insigne Ministro Menezes Direito igualmente apresentou um voto elaborado, profundo, e, tal como o Ministro Relator, debruça-se sobre as questões aqui trazidas com percuciência e rigor, e demonstra, inclusive, a necessidade desses estudos que se fazem após a apresentação de dados tão sérios como os que foram feitos na assentada inicial pelo eminente Ministro Relator. Por isso, inicio cumprimentando esses votos pronunciados pelos nobres Pares que já apresentaram as suas manifestações.

Gostaria de pedir licença a Vossa Excelência, antes de adentrar os fundamentos do voto que proferirei, para, muito breve, fazer algumas observações preliminares para pontuar – muito breve, como disse – alguns itens importantes que não se referem apenas a uma postura relativa a este julgamento, mas a um dado institucional que se torna, penso, relevante acentuar em face de todo o grande, necessário, positivo e muito democrático debate havido na sociedade sobre a matéria discutida nesta ação.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, como observações preliminares e antes de adentrar nos fundamentos do voto que proferirei em seguida, gostaria de pontuar, brevemente, alguns itens importantes, e que não se referem apenas a uma postura relativa a este julgamento, mas a um dado institucional que se torna, penso, relevante acentuar em face de todo o grande, necessário, positivo e democrático debate havido na sociedade sobre a matéria discutida nesta ação.

Tais observações preambulares, Senhor Presidente, faço-as para realçar notas que, no trânsito democrático das ideias amplamente divulgadas sobre a matéria objeto da presente ação, devem ser perfeitamente interpretadas e acreditadas segundo as balizas que conduzem os julgamentos por este Supremo Tribunal.

A matéria de que aqui se cuida tem traços que a distinguem daquelas que comumente são trazidas a este Supremo Tribunal, donde a enorme gama de opinamentos – legítimos, seja realçado – de todos e que poderiam, eventualmente, fazer supor que a condução das ideias e definições desta Casa seguiriam opções forjadas segundo fatores momentâneos externos.

Por isso é que enfatizo que as manifestações sobre as ideias relativas à questão do uso das células-tronco embrionárias em pesquisa são legítimas e desejáveis. Afinal, pesquisa científica diz com a vida, com a dignidade da vida, com a saúde, com a liberdade de pesquisar, de se informar, de ser informado, de consentir, ou não, com os procedimentos a partir dos resultados obtidos com as pesquisas. Logo, diz respeito diretamente a todos e todos têm o legítimo e democrático interesse e direito de se manifestar.

Entretanto, as manifestações, dotadas – repito – de profunda, legítima e compreensível emoção a envolver o tema e as suas consequências sociais, não alteram, não desviam – nem poderiam – o compromisso do juiz do seu dever de se ater à ordem constitucional vigente e de atuar no sentido de fazê-la prevalecer.

Aqui, a Constituição é a minha bíblia, o Brasil, minha única religião. Juiz, no foro, cultua o Direito. Como diria Pontes de Miranda, assim é porque o Direito assim quer e determina. O Estado é laico, a sociedade é plural, a ciência é neutra e o direito imparcial. Por isso, como todo juiz, tenho de me ater ao que é o núcleo da indagação constitucional posta neste caso: a liberdade, que se há de ter por válida, ou não, e que foi garantida pela lei questionada, de pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, nos termos do art. 5º, da Lei 11.050/2005.

Também manifesto nestas ponderações iniciais, Senhor Presidente, a minha preocupação com as expectativas que parece ter sido suscitadas na sociedade quanto aos efeitos práticos e imediatos deste julgamento. A esperança é um direito natural que as pessoas têm e que não podem perder, para continuar a ter força para lutar pelo que cada um e todos mais precisam. Mas não se há confundir a esperança de cura com a ilusão de uma imediata cura. Nem está no Direito, nem neste Tribunal, nem no resultado desta ação o bálsamo curador de quem mais precisa dos efeitos de novas terapias, que têm grande chance de poderem surgir em algum tempo (ainda não precisado pela ciência) se as pesquisas, liberadas, chegarem aos resultados hoje esperados pela comunidade científica dedicada ao tema. Mas que nem se use desta ação para impedir as pesquisas, nem para falsear ilusões que não podem ser garantidas agora a quem quer que seja, conforme a unânime opinião das pessoas sérias e responsáveis que trabalham com a matéria versada neste processo.

Faço questão de realçar este ponto, Senhor Presidente, porque temo que a palavra pela qual se afirma e faz realizar o Direito possa vir a ser utilizada para iludir legítimas esperanças dos que dependem de soluções sérias e que se quer

benéficas aos que mais diretamente dependem do êxito das pesquisas para sofrimentos que a só natureza (sem a mão do homem) não pode curar.

Teço tais observações, Senhor Presidente, porque assisti a divulgações das mais diversas fontes e dos mais diferentes matizes, que poderiam ser lidos, ouvidos e até vistos como se a solução desta causa fosse o passaporte faltante para a salvação imediata daqueles que padecem de males que poderão vir a ser sanados ou diminuídos em seus efeitos pelo êxito de pesquisas científicas da medicina regenerativa. Entretanto, isso é uma promessa, mas é certo que não ocorrerá amanhã, qualquer que seja o resultado deste julgamento. Poderá, é certo, haver um amanhã para aqueles que padecem de males dependentes do êxito que se espera a partir das pesquisas com células-tronco embrionárias. Ilusão não é esperança. E como enfatiza Sophia de Mello Breyner, "com fúria e raiva acuso o demagogo, que se promove à sombra da palavra, e da palavra faz poder e jogo...". São demagogos, Senhor Presidente, todos os que se valem da palavra para enganar os que querem, mais ainda os que precisam acreditar para persistir em suas lutas para viver ou para não morrer. Por isso tanto mais inaceitável a oferta fácil de falsas ilusões, que não podem ser honradas e que não ajuda a que se mantenham as esperanças, necessárias, reitero, para que as pessoas não desanimem e persistam a acreditar que haverá de haver soluções para os seus dilemas.

Finalmente, Senhor Presidente, e ainda como observação preliminar, a se tomar não apenas quanto a esse, mas em relação a qualquer julgamento de controle abstrato de constitucionalidade, preocupa-me o que foi aqui afirmado por um dos ótimos advogados que assomaram a tribuna, na inicial desse julgamento. Segundo o que anotei nas alegações lançadas da tribuna, afirmou um dos eminentes procuradores, que, no presente julgamento, não teria muito a fazer este Supremo Tribunal, pois não haveria um vazio legislativo sobre a matéria. A questão resumir-se-ia na indagação que poderia ser assim traduzida: que legitimidade teria o Poder Judiciário para afirmar inconstitucional uma lei que o Poder Legislativo votou, o povo quer e a comunidade científica apoia?

No Estado Democrático de Direito, os Poderes constituídos desempenham a competência que lhes é determinada pela Constituição. Não é exercício de poder, é cumprimento de dever. Ademais, não imagino que um cidadão democrata cogite querer um juiz-Pilatos dois mil anos depois de Cristo ter sido crucificado porque o povo assim queria. Emoção não faz direito, que é razão transformada em escolha jurídica. Quantos Cristos a humanidade já não entregou segundo emoções populares momentâneas? E quem garante quem será o próximo, que poderá sofrer uma injustiça, evitada pelo que o leigo, às vezes, considera ou apelida ser apenas uma "firula legal"? Anotava Hamilton, em *O Federalista*, que a "independência dos juízes é igualmente necessária à defesa da Constituição e dos direitos individuais contra os efeitos daquelas perturbações que através das intrigas dos astuciosos ou da influência de determinadas conjunturas, algumas vezes envenenam o povo e que – embora o povo rapidamente se recupere após ser bem-informado e refletir melhor – tendem, entrementes, a provocar inovações perigosas no governo e graves opressões sobre a parcela

minoritária da comunidade. (...) é fácil imaginar que será necessária uma forte dose de retidão por parte dos juízes para cumprirem seus deveres como guardiões da Constituição se as invasões do legislativo tiverem sido instigadas pela maioria da comunidade" (HAMILTON, MADISON E JAY. *O Federalista.* Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 580).

É com o só compromisso com a Constituição que há de atuar esse Supremo Tribunal, neste como em qualquer outro julgamento. O juiz faz-se escravo da Constituição para garantir a liberdade que ao jurisdicionado nela é assegurado.

Passo, então, Senhor Presidente, aos fundamentos do meu voto.

No mérito

1. Nesta ação direta de inconstitucionalidade, põe-se em questão a validade constitucional do art. 5º e seus parágrafos da Lei 11.105, de 24-5-2005, que dispõe:

> Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
>
> I – sejam embriões inviáveis; ou
>
> II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.
>
> § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.
>
> § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.
>
> § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

2. O Procurador-Geral da República, autor da ação, afirma que seriam inconstitucionais aqueles dispositivos e que "a tese central desta petição afirma que a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação."

A partir de marco assim exposto, segundo o qual o óvulo fecundado – o embrião em seus primeiros momentos – seria vida humana, cujo uso para pesquisa e terapia (nos termos dos dispositivos legais questionados) configuraria agressão ao direito à vida, nos termos constitucionalmente postos no art. 5º, da Constituição brasileira, o Procurador-Geral da República afirma ser o zigoto – constituído por uma única célula – "biologicamente um indivíduo único e irrepetível" (fl.). Sem mais, conclui ele que, ao permitir o uso dos embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos, nos termos dos incisos I e II do art. 5º, da Lei 11.105/2005, com o consentimento dos genitores e sem fins comerciais (o que é constitucional e legalmente proibido), as normas em foco ofenderiam o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição) e a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º).

3. A indagação posta ao exame deste Supremo Tribunal marcou-se por densa manifestação da comunidade científica, de comunidades acadêmicas e religiosas, e da opinião pública, nesta preponderando a legítima presença daqueles que se veem como potencialmente beneficiários de resultados das pesquisas que se poderão levar a efeito se o dispositivo legal se mantiver íntegro nos termos positivados.

Cogitou-se e divulgou-se que a ação teria o condão de transferir a este Supremo Tribunal a obrigação de afirmar "quando começa a vida" ...

Para o específico fim de se ter a resposta à questão de saber se são, ou não, constitucionalmente válidas as normas enfocadas na presente ação, tenho que se há de afirmarem os princípios constitucionais e a sua aplicação ao caso, sem que se tenha, necessariamente, de afirmar, juridicamente, o momento de início da vida para os fins de garantia de direitos ao embrião ou ao feto.

Não que essa não seja uma questão que não tenha de vir a ser enfrentada por este Supremo Tribunal. Apenas para o desate da indagação feita na presente ação, tenho como mister ponderarem-se os princípios constitucionais que haveriam de ter sido respeitados pelo legislador e verificar se o foram – caso em que a norma jurídica é constitucionalmente válida –, ou não.

A Lei de Biossegurança e a ética constitucional vigente

4. A Lei 11.105/2005 cuida de múltiplas matérias. O único dispositivo arguido como inválido constitucionalmente pelo Procurador-Geral da República, como antes transcrito, foi o art. 5º e seus parágrafos, que cuidam, especificamente, da utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco obtidas de embriões humanos, produzidos por fertilização *in vitro* e que, "não utilizados no respectivo procedimento", a dizer, não tendo sido implantados no útero materno, podem servir àqueles objetivos mediante o consentimento dos genitores e desde que não se voltem à comercialização do material biológico.

Os embriões a que se referem os dispositivos são apenas aqueles tidos pela lei como inviáveis (art. 5º, inciso I) ou "congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação... (da) Lei, ou que, já congelados na data da publicação (da) Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento".

5. Tem-se, pois, nas normas havidas no art. 5º e seus parágrafos da Lei 11.105/2005, que:

a) Objeto do procedimento legalmente permitido há de ser

a.1) embriões produzidos *in vitro* (art. 5º, *caput)*;

a.2) embriões inviáveis ou congelados há três anos ou mais, na data da publicação da lei ou que, já congelados naquela data, venham a completar três anos, contados a partir da data do congelamento (art. 5º, incisos I e II);

b) São fins únicos da utilização de células-tronco embrionárias a pesquisa e a terapia (art. 5º, *caput*);

c) São condições para a utilização legalmente permitida:

c.1) o consentimento dos genitores (art. 5º, § 1º);

c.2) a aprovação prévia do comitê de ética da entidade pesquisadora (art. 5º, § 2º);

d) São vedações legais expressas (não apenas no art. 5º, questionado, mas também no art. 6º, daquele mesmo diploma legal):

d.1) a comercialização de embriões, células ou tecidos (art. 5º, § 3º);

d.2) a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto e embrião (art. 6º, inciso III)

d.3) a clonagem humana (art. 6º, inciso IV).

6. O *caput* do art. 5º da Lei 11.105 dispõe ser permitida a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizadas no respectivo procedimento para duas finalidades: *pesquisa e terapia.*

7. Há que se distinguirem, pois, as finalidades pesquisa e terapia para o específico objetivo de se analisar a validade constitucional da norma posta em exame. Especialmente porque os princípios constitucionais relativos à liberdade de pesquisa aliam-se, mas não se confundem com aqueles que informam o legislador infraconstitucional na questão relativa à utilização de terapias.

8. A ética constitucional vigente afirma o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, do que decorre a impossibilidade de utilização da espécie humana – em qualquer caso e meio – para fins comerciais, eugênicos ou experimentais.

9. Ao escrever – antes do advento da Lei 11.105/2005 – sobre o tema, acentuava que "Não há determinismo ou definitividade no sofrimento do ser humano. Nem se há de admitir o sofrer pelo sofrer. O homem existe para ser feliz. Quer ser feliz. Tudo o que tolhe, limita, dificulta ou impede este estágio de realização humana pode conduzir à indignidade da pessoa. Paralelamente, o que alargue as humanas condições tende a ser benéfico à dignidade. (...) Por isto o direito há de cuidar da vida do homem com a indisponibilidade que o caracteriza, com a integridade que a assegura, com a liberdade que a humaniza, com a responsabilidade que a possibilita. Enfim, a dignidade humana não pode ser elemento de mínima concessão. Cabe ao direito assegurar que assim se cumpra. Mas esta garantia não se restringe a uma competência estatal; há que se converter em compromisso social. Na medida em que a ciência deixou de ser fechada e estática e passou a ser aberta e dinâmica e a atuar não apenas para sarar os homens, mas para transformá-los ou até mesmo permitir a sua vida e a sua morte em formatos forjados em laboratórios, a ciência (...) passou a constituir um fator de determinação social, até mesmo de organização político-social, pelo que passou a ser, paralela e necessariamente, objeto de cuidados jurídicos. É que a organização social legitima-se pelo pleno atendimento dos direitos humanos, os quais não podem ser sonegados, menosprezados ou desprestigiados em benefício de novos comportamentos que venham a

ser adotados, ainda que sob o signo da melhoria das condições de vida de algumas pessoas. A ciência não pode, sozinha, legitimar-se como fonte nova e exclusiva da organização sócio-política, nem pode pretender que a dignidade humana seja subtraída de sua matricial importância e primado sobre todos os outros princípios, que se põem na base da ordem segundo a qual se organiza a sociedade contemporânea. O desenvolvimento científico e tecnológico não podem ser negados ou impedidos, nem é o que se propõe, por ser ele elemento de melhoria das condições humanas. O que não se pode admitir é que o direito deixe de considerar este novo quadro científico que faz valer os seus conhecimentos sobre o homem, sobre o seu corpo, a sua vida psíquica e o seu espírito. Chamar-se à responsabilidade de todos e de cada um não é suficiente para garantir o pleno respeito à liberdade dos homens, menos ainda para assegurar a dignidade humana. A fragmentação do corpo humano, a venda de órgãos, ou, de maneira mais geral, a comercialização do corpo humano esquartejado em vida e dissecado como se fosse objeto solto de um quadro e que, em certos casos, pode não trazer mal imediato e direto à saúde do comerciante de si mesmo, pode agradar ao negociador do laboratório e permitir o uso que até mesmo beneficie uma outra pessoa, mas agride, fragorosamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, não podendo ser aceita, menos ainda deixada ao exclusivo cuidado particular (ou de particulares). Desconhecer que o negócio de embriões, a sua venda, a concepção para o uso posterior de embriões, indesejados como seres em fase de formação, buscados apenas como bem a ser manipulado para fins cumpríveis por laboratórios, é desatender as funções primárias dos Estados e das sociedades de proteger o princípio da dignidade humana, que não se pode render a lucros materiais ou imateriais dos pesquisadores ou médicos encarregados dos procedimentos (...)." (*O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, p. 82.)

O estudo das normas questionadas na presente ação patenteia, entretanto, a preocupação do legislador em atender, quanto à pesquisa, de um lado, a liberdade de permiti-la e, de outro, os limites que a compatibilizam com os princípios constitucionais, na forma acima exposta, pelo que se há de analisar as assertivas do Procurador-Geral da República, na peça inicial da presente ação, com todos os contornos postos na Lei, aí incluídas as vedações expressas em outras normas daquele diploma e que se compõem com o estatuído no art. 5º e seus parágrafos, objeto da presente ação. Desta composição é que se conclui o quadro legal estabelecido e que guarda consonância com os princípios constitucionais, aí incluído, primacialmente, o da dignidade da pessoa humana.

Quanto à permissão para fins de terapia da utilização das células-tronco embrionárias, também há que se compatibilizar, por meio de rigorosa interpretação, o quanto posto na lei questionada com os princípios constitucionais vigentes.

De pronto cumpre realçar a distinção entre tratamento, cuja remissão constitucional é expressa como forma de acesso aos cuidados com a saúde, direito fundamental da pessoa (art. 6º, 199, § 4º, da Constituição), e terapia.

Palavras geralmente tomadas como sinônimas, a terapia pode ser tida como a adoção de práticas e procedimentos que conduzam a formas de tratamento. Entretanto, há terapias experimentais, o que poderia indicar, se adotado aquele

conteúdo normativo sem o conformar aos princípios constitucionais, que também nestes e para estes casos estaria a lei validando a imediata utilização de embriões e o que é mais, a utilização das pessoas submetidas a tais procedimentos. Terapias feitas a título de experimentação com o uso do ser humano não se compatibilizam com os princípios da ética constitucional, em especial, com o princípio da dignidade da pessoa humana. E neste caso, nem tanto pela utilização dos embriões, mas porque se utilizariam pessoas como verdadeiras cobaias, serventes que seriam à experimentação de técnicas ainda sem qualquer amparo em bases científicas e resultados concretos obtidos nas pesquisas.

A literalidade do texto do art. 5º, *caput*, da Lei examinada, na referência ali feita à utilização permitida de células-tronco embrionárias para fins de terapia, poderia conduzir à equívoca conclusão de que ela estaria agora – ou desde a vigência da norma – autorizada.

Ocorre que não há pesquisa sobre células-tronco embrionárias terminadas ou assentadas em sólidas bases científicas que pudessem admitir tal conclusão.

Em curso há apenas uma década, tais pesquisas não podem ainda ser consideradas validadas para fins de utilização como terapia, quando então não se teria tratamento, mas mera experimentação com seres humanos. E é isso que não se compatibiliza com o princípio da dignidade da pessoa humana. Repita-se: não por causa da utilização das células-tronco embrionárias, da natureza de que ela se dote em face do ordenamento jurídico (pessoa ou não), mas pela singela circunstância de que a sua utilização seria no corpo daquele que precisa de qualquer alternativa para buscar viver ou para não se deixar morrer, entregando-se a experimentos ainda não completados em suas fases de viabilização e utilização nos seres humanos. Daí a necessidade de se interpretar a norma, quanto à terapia, como dotando-se de conteúdo estrito e coerente com a regra constitucional, que assegura o direito ao tratamento. A terapia, como forma de tratamento a partir de bases e resultados científicos consolidados e aceitos pelos órgãos e instituições competentes, impede, assim, a auto-oferta do paciente como experimentação com animal nobre, o que não há de ser tido como compatível com a dignidade humana.

Células-tronco embrionárias e princípios constitucionais: inviolabilidade da vida e dignidade da pessoa humana

10. As células-tronco embrionárias, imaturas, primitivas e pluri ou totipotentes, produzidas em laboratórios, é que são, portanto, objeto do dispositivo legal posto em questão.

Essas células são consideradas – no atual estágio da pesquisa científica – potencialmente aptas a gerar quaisquer tecidos do organismo humano, permitindo a renovação das células linfoides e mieloides e, assim, a produção de células diferenciadas no tecido sanguíneo.

É essa aptidão potencial das células-tronco embrionárias, não repetida nas células-tronco adultas, havidas no organismo desenvolvido, que distingue e

valoriza as primeiras e torna-as especialmente atrativas para a pesquisa a partir da qual possam surgir novos tratamentos disponibilizados para o bem e a dignidade do ser humano.

Podendo tornar-se diferentes tecidos do organismo são elas que podem conduzir a novos patamares de pesquisa em benefício de todas as pessoas, em especial das que padeçam de doenças degenerativas (mal de Alzheimer, mal de Parkinson, esclerose múltipla, diabetes, distúrbios cardiovasculares, entre outras). E não são poucas as pessoas que sofrem destes males e que têm nas pesquisas a possibilidade – conquanto ainda não a certeza – de poder resgatar a sua condição de saúde ou, ao menos, de melhoria das condições para o viver digno.

Afirmou-se nas razões de apoiamento à tese de inconstitucionalidade do art. 5º e seus parágrafos da Lei 11.105/2005, arguida pelo Procurador-Geral da República, que não haveria motivo para se admitir o uso de células-tronco embrionárias, controvertido em razão de ponderações éticas, uma vez que a utilização de células-tronco adultas demonstraria a igual condição dessas àquelas.

Não é o que a pesquisa científica até aqui levada a efeito mostra: a célula-tronco embrionária tem a possibilidade de gerar todos os tecidos de um indivíduo adulto. Portanto, ao menos no plano das perspectivas das pesquisas até o presente, essa célula poderia originar todos os tipos de tecidos, razão pela qual ela é denominada totipotente (ou pluripotente). Em face desta sua característica, a célula-tronco embrionária não pode ainda ser substituída, sendo grande a expectativa suscitada de poder vir a ser aproveitada nos procedimentos reparatórios de tecidos devido àquela sua qualidade, pois implantada no tecido lesado ela se diferenciaria em células específicas do mesmo tecido, recuperando-o. É certo que o seu controle de diferenciação ainda não está completamente estudado, pois em diversos estudos feitos deu-se a formação de teratomas (tecidos não funcionais anômalos).

Daí a importância da pesquisa com esse tipo celular para a conclusão sobre o processo de diferenciação quando essas células são implantadas em tecidos hospedeiros.

Diferentemente do que foi carreado aos autos, quanto às células-tronco adultas não há dados científicos a mostrar poderem elas ser utilizadas para que se transformem em neurônios, o que é necessário para que se tenha o tratamento de doenças denegerativas. O seu aproveitamento é assegurado em tratamentos para doenças do sangue, como leucemia e talassemia, sendo comuns os procedimentos que delas se valem para a recuperação de músculo e ossos. Com mais de três décadas de pesquisa, as células-tronco adultas são utilizadas frequentemente nos procedimentos voltados à renegeração daqueles tecidos.

No Brasil, a Rede Sarah, por exemplo, utiliza célula-tronco adulta mesenquimal para o reparo de tecidos que acometem o aparelho locomotor, ossos e músculos há mais de dez anos. Mas elas não se transformam em neurônios, portanto não servem para reabilitação de problemas neurológicos como lesão cerebral, medular (paraplegia, tetraplegia) e doenças neurodenegerativas (como, por exemplo, mal de Alzheimer, Parkinson, miopatias, neuropatias periféricas, dentre outras).

A alegação, portanto, de que haveria desnecessidade de continuação das pesquisas com células-tronco embrionárias, para se dar cumprimento aos princípios e regras constitucionais relativas ao direito à saúde e à dignidade da vida humana, não tem embasamento científico.

De resto, cumpre realçar que a lei em causa não está excluindo a utilização das células-tronco adultas em pesquisa e, nesse caso, até mesmo nas terapias já conhecidas e em outras novas, que possam vir a sê-lo. Não se cuidam de linhas de pesquisa e utilização em tratamento excludentes as que se referem às células-tronco adultas e às células-tronco embrionárias. Antes, elas devem ser auxiliares para o benefício de quem necessite do tratamento com que pode ser acudido o doente conforme o seu caso e a sua necessidade.

11. Tem-se, na peça inicial da ação, que "a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação (...) a vida humana é contínuo desenvolver-se (...) estabelecidas tais premissas, o art. 5º e parágrafos, da Lei 11.105, de 24 de março de 2005, por certo inobserva a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião é vida humana e faz ruir o fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana (...)".

12. Quanto a ser a utilização de células-tronco embrionárias uma forma de violação do direito à vida, talvez conviesse se partir do que significa a violabilidade e o seu contrário, vedado constitucionalmente em relação ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*, da Constituição brasileira[1]).

Violar tem o sentido de infringir com violência, transgredir ou ofender o que posto pelo direito. A inviolabilidade do direito à vida, que o Procurador-Geral da República põe como estando descumprido pelo art. 5º e parágrafos da Lei 11.105/2005, não pode ser interpretada a partir da ideia de direito absoluto.

Todo princípio de direito haverá de ser interpretado e aplicado de forma ponderada segundo os termos postos nos sistema. Como acentuado pelo Procurador-Geral da República em sua petição, dignidade humana é princípio, e esse se aplica na ponderação necessária para que o sistema possa ser integralmente acatado. Mesmo o direito à vida haverá de ser interpretado e aplicado com a observação da sua ponderação em relação a outros que igualmente se põem para a perfeita sincronia e dinâmica do sistema constitucional. Tanto é assim que o ordenamento jurídico brasileiro comporta, desde 1940, a figura lícita do aborto nos casos em que seja necessário o procedimento para garantir a sobrevivência da gestante e quando decorrer de estupro (art. 128, incisos I e II, do Código Penal).

Comentando aquelas normas penais (referentes ao aborto terapêutico e ao aborto necessário), acentuava Nelson Hungria que "o aborto terapêutico foi resolvido pelo nosso legislador penal com critérios de política criminal, e não com princípios da religião católica. Trata-se de um caso especialmente destacado de 'estado de necessidade'. (...) Muito antes da Reforma, quando a religião católica era a religião do Estado e não sofria contrastes, já o direito secular não vacilava em admitir a impunidade do aborto terapêutico. A palavra de Santo Tomás

de Aquino, de que *innocentes nullo pacto occidere licet*, não teve repercussão na lei social, que é editada para o plano terreno, e não para a *Civitas Dei*. Do ponto de vista humano-social, é despropósito sacrificar a gestante e o feto, quando aquela pode ser salva com sacrifício deste. Semelhante absurdo não passou despercebido ao padre Agostinho Gemelli, o maior sábio que a Igreja possui na atualidade, e no Congresso Obstétrico reunido em Milão, no ano de 1931, explicou ele, interpretando a encíclica *Casti Connubit*, que era permitido o aborto indireto, isto é, consequente à ministração de meios terapêuticos sem intenção positiva de eliminar o feto, ainda que este venha a morrer ou ser expulso prematuramente. Ora, esse apelo ao aborto indireto é apenas uma acomodação com o céu, um expediente ardilosamente excogitado para conciliar escrúpulos religiosos com a imperativa necessidade prática. Tanto vale querer um resultado quanto assumir o risco de produzi-lo" (*Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. V, p. 307/8).

De pronto se registre que *o presente caso nada tem a ver com o aborto*, que é interrupção da gravidez. *Na hipótese prevista na lei em foco, não há gravidez, logo não se há cogitar, sequer longinquamente, da questão do aborto. A citação aproveitada acima, portanto, tem o condão exclusivo de demarcar o estatuto jurídico-constitucional do direito à vida e sua aplicação a situações diferentes*.

A inviolabilidade do direito à vida constitucionalmente positivada é, nos termos precisos de José Afonso da Silva, "uma determinante normativa, como objeto da garantia, em que o artigo definido revela o conteúdo intrínseco dos direitos enunciados, valendo dizer que eles contêm em si a qualidade essencial de serem invioláveis. Não é a Constituição que lhes confere a inviolabilidade; ela reconhece essa qualificação conceitual pré-constitucional, e, por isso, preordena disposições e mecanismos que a assegurem (...)" (*Comentário contextual à Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2007, p. 65).

Ao reconhecer a Constituição ser inviolável o direito à vida, expressa ela, em todo o seu texto e no contexto traçado em torno dos direitos fundamentais, outros direitos, como o da liberdade e o da saúde, que tornam possível a efetivação daquele primeiro. Há de se interpretarem todos eles para se concluir sobre a validade constitucional, ou não, do art. 5º e seus parágrafos, da Lei 11.105/2005.

Os arts. 5º, inciso IX, e 218 da Constituição brasileira e o art. 5º da Lei 11.105/2005

13. Ao fixar a liberdade de pesquisar cientificamente, de informar e de ser informado sobre as pesquisas científicas e seus resultados, sobre usufruir deles quando positivos, segundo padrões éticos que se afinem com os princípios democráticos, a Constituição garante a efetivação do direto à vida digna, propiciando que vivam melhor aqueles que, por qualquer adversidade, não podem contar com a plena condição de saúde física, psíquica e mental. Põem-se na esteira destes princípios as normas contidas no art. 5º, e parágrafos, da Lei 11.105, pelo que não há discordância entre o que neles contido e o que afirmado constitucionalmente.

A Constituição garante não apenas o direito à vida, mas assegura a liberdade para que o ser humano dela disponha; liberdade para se dar ao viver digno. Não se há falar apenas em dignidade da vida para a célula-tronco embrionária, substância humana que, no caso em foco, não será transformada em vida, sem igual resguardo e respeito àquele princípio aos que buscam, precisam e contam com novos saberes, legítimos saberes para a possibilidade de melhor viver ou até mesmo de apenas viver. Possibilitar que alguém tenha esperança e possa lutar para viver compõe a dignidade da vida daquele que se compromete com o princípio em sua largueza maior, com a existência digna para a espécie humana.

14. Preceituam os arts. 5º, inciso IX, e 218 da Constituição brasileira:

> Art. 5º (...)
> IX – é livre a expressão da atividade *intelectual*, artística, *científica* e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (...)
> Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.
> § 1º A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

A liberdade de expressão da atividade intelectual e científica é considerada um dos fundamentos constitucionais do art. 5º da Lei 11.105/2005. Bem assim o desenvolvimento científico e a pesquisa que podem servir à melhoria das condições de vida para todos. A compatibilização de tais regras com os princípios magnos do sistema, aí assegurada, sempre e em todo e qualquer caso a dignidade humana, dota-as do necessário fundamento constitucional, de modo a não se reconhecer nelas qualquer eiva a invalidá-las.

Não há violação do direito à vida na garantia da pesquisa com células-tronco embrionárias, menos ainda porque o cuidado legislativo deixou ao pesquisador e, quando vier a ser o caso, ao cientista ou ao médico responsável pelo tratamento com o que da pesquisa advier, a exclusiva utilização de células-tronco embrionárias inviáveis ou congeladas há mais de três anos. Se elas não se dão a viver, porque não serão objeto de implantação no útero materno, ou por inviáveis ou por terem sido congeladas além do tempo previsto na norma legal, não há que se falar nem em vida, nem em direito que pudesse ser violado.

Liberdade de pesquisa com células-tronco embrionárias e o direito à vida

15. Alguns dos *amici curiae* fazem a defesa da tese de inconstitucionalidade das normas questionadas pelo Procurador-Geral da República, com base no art. 4º do Pacto de São José de Costa Rica – tratado de direitos humanos firmado pelo Brasil –, segundo o qual "Artigo 4º – Direito à vida 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente."

Se de um lado é garantido o direito à vida – e para os defensores da tese sustentada na peça inicial desta ação haverá inconstitucionalidade nas normas

questionadas exatamente porque essa garantia vale desde a concepção e o embrião já seria vida garantida em sua inviolabilidade e não poderia, então, ser destruído –, de outro lado aquela norma pactuada internacionalmente há de receber interpretação a partir de todos os seus termos, nos quais se contém proibição de que alguém possa dela ser privado arbitrariamente.

Dá-se que a lei e o arbítrio são incompossíveis e, no caso agora analisado, não se cuida do segundo – arbítrio – exatamente porque os termos da norma legal apreciada firmam o sentido contrário a abuso levado a efeito pela pesquisa com os embriões. Nem se há de afirmar que haveria arbítrio no aproveitamento de células-tronco embrionárias, porque ali se tem uma substância humana, que se propõe seja utilizada para a dignificação da vida daqueles que se podem ver tratados com os procedimentos a que podem dar ensejo as pesquisas feitas.

A sua utilização conforma-se aos cuidados e condições definidas na lei, pelo que de arbítrio não se há de falar aqui. O embasamento constitucional, neste caso, parece incontestável.

16. Dispõe o art. 199, § 4º, da Constituição brasileira:

> Art. 199 (...)
> § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

A célula-tronco embrionária, mencionada na Lei 11.105/2005, tem exatamente a natureza de substância humana. Logo, não apenas não haveria incompatibilidade entre a norma constitucional e a norma legal questionada, como ainda se poderia afirmar que a lei cuida de um fator humano que não mais pode ser utilizado para os fins a que inicialmente ele se destinou, pois os incisos I e II do art. 5º daquele diploma legal estabelecem que será permitido pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias inviáveis ou congeladas no período legalmente assinalado. O período de três anos de congelamento, registre-se, é aquele que determina um marco após o qual a viabilidade do procedimento de implante da célula-tronco embrionária torna-se pequena. As clínicas de reprodução assistida dispõem de estatísticas, apresentadas em trabalhos divulgados cientificamente, a comprovar que, após o triênio, a chance de o embrião se viabilizar é baixa. Apesar de congelado, as membranas tendem a oxidar-se, não lhes garantindo o resultado desejado.

A substância humana aqui considerada consiste no que se denominou embrião, ou célula-tronco embrionária, que tem origem após a fecundação de um óvulo por um espermatozoide com a formação da célula ovo, que contém em seu núcleo 46 cromossomos, sendo 23 originários do espermatozoide e os outros 23 do óvulo. Essa célula, substância genética, é resultado da junção de outras duas células humanas e tem a finalidade de gerar todos os tecidos de um indivíduo adulto devido a sua pluripotencialidade.

Nessa condição, resultado do que acima asseverado, pode-se dizer que essa matriz humana há ser tida como uma das substâncias humanas que a Constituição

permite possam ser manipuladas com vistas ao progresso científico da humanidade e à melhoria da qualidade de vida dos povos, respeitados, como é óbvio, os demais princípios constitucionais afirmados e que se compatibilizam com o quanto posto naquela norma constitucional.

O art. 225, § 1º, inciso II, da Constituição brasileira estabelece o princípio da solidariedade entre as gerações, como forma de garantir a dignidade da existência humana, quer dizer, não apenas a dignidade do vivente (agora), mas a dignidade do viver e a possibilidade de tal condição perseverar para quem vier depois.

Reza aquele artigo:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> § 1º *Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:*
>
> (...)
>
> II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e *fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;*

Concebido como direito social fundamental do homem, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está inserido em um contexto constitucional segundo o qual ao Estado brasileiro compete atuar de modo a assegurar a sua efetividade.

Para tanto, como assevera José Afonso da Silva, no § 1º do art. 225 da Constituição da República foram estatuídos "instrumentos de garantia da efetividade do direito enunciado no *caput*, [que] não se trata[m] de normas simplesmente processuais, meramente formais, pois, nelas, aspectos normativos integradores do princípio revelado no *caput* se manifestam através de sua instrumentalidade. São normas instrumentais da eficácia do princípio, mas também são normas que outorgam direitos e impõem deveres (...)" (*Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 838).

As normas impugnadas na presente ação direta de inconstitucionalidade dão cumprimento à determinação de que se preserve a diversidade *e* a integridade do patrimônio genético do País e se fiscalizem as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

Daí a importância em se afirmar que as pesquisas e o tratamento devem pautar-se pelos princípios da *necessidade*, segundo o qual deve haver comprovação real de que o experimento científico a ser realizado no material genético humano é necessário para o conhecimento, a saúde e a qualidade de vidas humanas; da *integridade do patrimônio genético*, proibindo-se a manipulação em genes humanos voltada para mudanças na composição do material genético com o fim de melhorar determinadas características fenotípicas; da *avaliação prévia dos potenciais e benefícios a serem alcançados*; e, ainda, o princípio do *conhecimento informado*, que impõe a garantia de manifestação da vontade, livre e espontânea, das pessoas envolvidas, com a divulgação de informações precisas sobre as causas, efeitos e possíveis consequências da intervenção científica.

Dignidade humana e utilização de células-tronco embrionárias

17. Afirma-se que a dignidade da pessoa humana teria sido contrariada pelas normas legais em exame, porque a permissão do uso de células-tronco embrionárias, mesmo que inviáveis e congeladas há mais de três anos, agrediria o direito à vida digna, pois nelas vida já se contém.

Há que se cuidar de sempre e sempre respeitar e resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana. Nem se cogita do contrário em qualquer situação. Mas há que se compreender esse princípio para o fim de se esclarecer se estaria ele sendo agravado na espécie em pauta e como aplicá-lo em face das múltiplas possibilidades abertas, por exemplo, pela liberdade humana, que com as suas pesquisas científicas podem conduzir à melhoria de sua condição, o que é uma forma de dignificação da vida.

18. Todos os homens têm garantida a vida digna (Constituição do Brasil, art. 1º, inciso III).

Diferentemente do texto colhido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas, de 1948 – em cujo art. 1º se contém que "*todos os homens* nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade" – a Constituição da República brasileira, de 1988, estabelece que "*todos* são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida,* à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)".

Todos os homens, expressão adotada pela Organização das Nações Unidas, significa cada um e todos os humanos do planeta, os quais haverão de ser considerados em sua condição de seres que já nascem dotados de liberdade e igualdade em dignidade e direitos.

O que se verbaliza, ali, é a certeza do direito que a condição humana assegura a todos os que compõem a sociedade dos homens. Contrariamente ao que a história perversamente demonstrou existir – homem versus homem, diferenciando-se um e outro em situação de submissão e de imposição de uns sobre outros, aos mais fracos imputando-se *status* infra-humano – a Declaração estatui para todas as sociedades que o homem tem *status* fundamental jurídico e político que o faz ser dignificado em seus direitos fundamentais pela sua só natureza. A humanidade afirmada, no caso daquele documento, com o nascimento faz reconhecer-se e assegurar-se o *status* de liberdade e igualdade em dignidade e direitos a todos os homens.

A Constituição da República brasileira, que se refere *não apenas a todos os homens*, mas *a todos os que traduzam a expressão do humano*, deixa mesmo em aberto a questão do momento em que se titularizam os direitos fundamentais.

É que a Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas afirma que todos os homens *nascem* livres. A liberdade e o direito à

igualdade em dignidade e direitos afirma-se, segundo o quanto ali se expressa, com o nascimento.

É bem certo que as Declarações que se sucederam e se agregaram àquele primeiro documento da ONU estenderam a condição de humanidade e de segurança dos direitos fundamentais a momentos antecedentes ao nascimento (por exemplo, e em especial, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, da Unesco, de 1998), mas o que se tem é que a titularidade dos direitos fundamentais não pode ser questionada em sua integridade e eficácia a partir da humana condição havida com o nascimento.

Não se tem, portanto, que a condição de ser humano não anteceda o nascimento, nem que o Direito não atente e garanta estes momentos anteriores ao nascimento. Mas busca-se afirmar que com o nascimento as legislações não podem questionar ou regulamentar a condição de cada um e de todos os direitos que a humanidade do ser lhe garante.

No Brasil, a titularidade do direito – que é de *todos* – havido em sua positivação no art. 5º da Constituição da República expressa *a)* que todos os homens, tal como se tem também na fórmula da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, são sujeitos dos direitos fundamentais; *b)* que não apenas aos seres humanos se estende o princípio da igualdade jurídica, mas até mesmo aos seres criados no direito (pessoas jurídicas); *c)* que não apenas os brasileiros e estrangeiros, previstos, expressamente, no dispositivo, são titulares dos direitos fundamentais assegurados pelo Estado nacional, mas que todos os seres humanos titularizam tais direitos, porque o artigo tem de ser considerado em sua sistematização e, no § 2º, do mesmo art. 5º, se contém que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Pode-se afirmar, portanto, que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais.

O que é solucionado pela norma constitucional brasileira com o termo *todos*, com o qual se inicia o texto do art. 5º, da Lei Fundamental da República, no sentido da extensão ou da compreensão de todos os membros da família humana, não é bastante a resolver a questão posta na presente ação. Persiste a controvérsia sobre a interpretação a ser conferida aos termos ali contidos quanto ao momento a partir do qual cada pessoa humana titulariza o direito, vale dizer, se se tem esta condição humana apenas a partir do nascimento, ou se se tem este estatuto antes mesmo deste fato.

Dota-se de importância este ponto porque se *todos* são os que compõem a humanidade desde a concepção do ser que passaria a potencializar a condição de pessoa humana, então o direito à vida, constitucionalmente afirmado (o que se contém também em documentos jurídicos internacionais declaratórios de direitos humanos), estende-se ao instante inicial da existência e não pode ser descuidado pelo Estado e pela sociedade.

19. O ponto salientado na questão posta na petição inicial desta ação estaria, pois, na formulação expressa pelo Procurador-Geral da República, em se concluir se o embrião é pessoa e se, em face de tal qualificação, estaria vedada constitucionalmente a utilização dos embriões produzidos *in vitro*. De se observar que mesmo que seja negativa a resposta quanto à personalidade antes do nascimento não se desapega do Estado a condição de titular de obrigações em relação ao embrião e ao feto, nem se teria – a ser negativa a resposta àquela questão – que a humanidade não reconhecesse importância ou necessidade de cuidados específicos e dotasse de estatuto jurídico próprio o embrião e o feto.

Mas a resposta àquela questão altera o tratamento do tema e a forma de se dar direcionamento normativo específico aos direitos reconhecidos aos *diretamente interessados* na questão da concepção, fecundação, gestação e nascimentos dos seres humanos. Diz-se, aqui, *diretamente interessados*, porque todos os seres do planeta são interessados em qualquer ser novo que desponta e potencializa uma existência. O que muda em cada sistema jurídico é somente a forma de se cuidar do tema.

Como o direito à vida não se dota, constitucionalmente, de conteúdo hermético ou identificado em sua integralidade pela expressão normativa, conferiu-se, no caso brasileiro, à sociedade a maturação do seu entendimento sobre questões relativas ao nascimento, como, por exemplo, a que se refere ao estatuto do embrião e do feto antes do nascimento, observadas, como é certo, as restrições, limites e garantias que a legislação de direito internacional estabelece, nos casos em que o Brasil seja parte no tratado ou signatário do acordo ou convenção. Ao legislador infraconstitucional conferiu-se a competência para estabelecer o cuidado com as pesquisas, incluídas aquelas que decorressem da remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas. E é nessas que se incluem os embriões, como matrizes de que poderia decorrer a vida, mas que para essa não segue pela sua não implantação no útero de uma mulher, como antes enfatizado.

Para garantir a existência digna, o direito constitucional assegura os direitos que a liberdade humana constrói para a dignificação permanente das condições do viver. E é aí que as pesquisas científicas possibilitam não apenas o exercício da liberdade, mas o sentido da libertação, que as descobertas e criações podem trazer para todos os homens.

A utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa e, após o seu resultado consolidado, o seu aproveitamento em tratamentos voltados à recuperação da saúde não agridem a dignidade humana, constitucionalmente assegurada. Antes, valoriza-a. O grão tem de morrer para germinar. Se as células-tronco embrionárias, nas condições previstas nas normas agora analisadas, não vierem a ser implantadas no útero de uma mulher, serão elas descartadas. Dito de forma direta e objetiva, e ainda que certamente mais dura, o seu destino seria o lixo. Estaríamos não apenas criando um lixo genético, como, o que é igualmente gravíssimo, estaríamos negando àqueles embriões a possibilidade de se lhes garantir, hoje, pela pesquisa, o aproveitamento para a dignidade da vida. A sua utilização é uma forma de saber para a vida, transcendendo-se o saber da vida,

que com outros objetos se alcança. Conhecer para ser. Essa a natureza da pesquisa científica com células-tronco embrionárias, que não afronta, mas busca, diversamente, ampliar as possibilidades de dignificação de todas as vidas.

Escrevi em outra ocasião que a justiça somente é passível de concretizar-se, tornar-se dia a dia de cada pessoa se a dignidade for atendida em sua plenitude em relação à humanidade. Afinal, toda forma de aviltamento ou de degradação do ser humano – incluídas aquelas que decorrem de dados da natureza doente – faz-se injusta com a aspiração humana de viver bem e tentar ser feliz. E toda injustiça é indigna e, sendo assim, desumana.

A dignidade é mais um dado jurídico que uma construção acabada no direito, porque se firma e se afirma no sentimento de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo para realizar as suas vocações e necessidades.

Pode-se mesmo afirmar que, ainda que um dado sistema normativo não concebesse, em sua expressão, a dignidade humana como fundamento da ordem jurídica, ela continuaria a prevalecer e a informar o direito positivo na atual quadratura histórica. Mais ainda: pode-se mesmo acentuar que a dignidade da pessoa humana contém-se explícita em todo sistema constitucional no qual os direitos fundamentais sejam reconhecidos e garantidos, mesmo que não ganhem nele expressão afirmativa e direta. Tal como agora concebidos, aceitos e interpretados, aqueles partem do homem e para ele convergem e a pessoa humana e a sua dignidade não são concebidos como categorias jurídicas distintas.[2] Logo, onde aquela é considerada direito fundamental, tida como centro de direitos, igualmente essa é aceita como base de todo o ordenamento e incluído como polo central emanador de consequências jurídicas.

A dignidade distingue-se de outros elementos conceituais de que se compõe o Direito, até porque esse traz em si a ideia da relação e toda relação impõe o sentido do partilhamento, conjugação e limitação. Diversamente disso, contudo, a dignidade não é partida, partilhada ou compartilhada em seu conceito e em sua experimentação. Mostra-se no olhar que o homem volta a si mesmo, no trato que a si confere e no cuidado que ao outro despende. A dignidade mostra-se numa postura na vida e numa compostura na convivência. Por isso a referência comum, hoje, à dignidade na morte, no processo que a ela conduz e no procedimento que se adota perante o sofrimento que pode precedê-la. E se diz mesmo que a vida é justa, ou injusta, quando trata de tal ou qual forma alguém, sujeito a experiências que não são consideradas compatíveis com o que suporta o homem com dignidade.

Para Kant, o grande filósofo da dignidade,[3] a pessoa (o homem) é um fim, nunca um meio; como tal, sujeito de fins e que é um fim em si, deve tratar a si mesmo e ao outro. Aquele filósofo distinguiu no mundo o que tem um preço e o que tem uma dignidade. O preço é conferido àquilo que se pode aquilatar, avaliar até mesmo para a sua substituição ou troca por outra de igual valor e cuidado; daí porque há uma relatividade deste elemento ou bem, uma vez que ele é um meio de que se há valer para se obter uma finalidade definida. Sendo meio, pode ser rendido por outro de igual valor e forma, suprindo-se de idêntico modo a precisão a realizar o fim almejado.

O que é uma dignidade não tem valoração; é, pois, valor absoluto. Pela sua condição sobrepõe à mensuração, não se dá a ser meio, porque não é substituível, dispondo de uma qualidade intrínseca que o faz sobrepor-se a qualquer medida ou critério de fixação de preço.

O preço é possível ao que é meio porque lhe é exterior e relaciona-se com a forma do que é apreçado; a dignidade é impossível de ser avaliada, medida e apreçada porque é fim e contém-se no interior do elemento sobre o qual se expressa; relaciona-se ela como a essência do que é considerado, por isso não se oferece à medida convertida ou configurada como preço.

De conceito filosófico que é, em sua fonte e em sua concepção moral, a princípio jurídico a dignidade da pessoa humana tornou-se uma forma nova de o Direito considerar o homem e o que dele, com ele e por ele se pode fazer numa sociedade política. Por força da juridicização daquele conceito, o próprio Direito foi repensado, reelaborado e diversamente aplicadas foram as suas normas, especialmente pelos Tribunais Constitucionais.

Na espécie em apreço, a célula-tronco embrionária põe-se, na legislação examinada, como uma dignidade, não havendo como se lhe atribuir um preço. Ao contrário. A busca tão apaixonada dos pesquisadores pela manutenção de liberdade de pesquisa com ela é exatamente por ser cada uma delas insubstituível e, por isso, na compreensão da dignidade que lhe é dado conferir e realizar, põe-se ao cuidado do cientista para realizar o único fim agora para ela vislumbrada, não implantável no útero como se terá tornado. Até porque se assim não fosse não seria ela aproveitável para os fins previstos na lei.

20. Toda pessoa humana é digna. A humanidade mesma tem uma dignidade, contida na ética da espécie. Essa singularidade fundamental e insubstituível é ínsita à condição do ser humano, qualifica-o nessa categoria e o põe acima de qualquer indagação.

Como as práticas contemporâneas demonstram que o ser humano (e não apenas o ser já dotado de personalidade, vale dizer, a pessoa humana) pode ser objeto de comércio ou de interesse do mercado, coube ao Direito impedir que isso seja factível e exercitável pela negociação de embriões, pelo aluguel de úteros para fecundações tendentes a não se completarem em gestações, mas apenas para fornecer material humano, tecidos, órgãos ou substâncias serventes a pesquisas e estudos, muitas vezes levados a cabo para cumprirem interesses de lucro de empresas específicas.

21. Mas é atenta a tudo isso que legislação brasileira – em especial a de que agora se cuida – estabelece a necessidade de controle e fiscalização das pesquisas e procedimentos efetivados com células-tronco – adultas ou embrionárias – por órgãos e instituições responsáveis pela avaliação do cumprimento dos princípios éticos (art. 5º, § 3º, da Lei 11.105).

É bem certo que esse dispositivo não deixa suficientemente claro e afirmado o rigor do controle determinado naquelas normas para a constituição e o desempenho das atividades destes comitês de ética e pesquisa. Porém, não

se tem, apenas por isso, uma inconstitucionalidade a ser declarada. Talvez se pudesse afirmar declaração de déficit de constitucionalidade, pois o atendimento do disposto no art. 225, § 1º, inciso II, que outorga ao poder público o dever de "fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético" reclama maior severidade no regramento das formas de controle das instituições de pesquisa e dos serviços de saúde que as realizem.

Mas esta competência é conferida ao Congresso Nacional, no qual já tramita o Projeto de Lei n., de 2008, apresentado pelo Deputado José Aristodemo Pinotti, que busca estabelecer maior rigor legislativo na matéria. Naquele projeto se definem condições para a habilitação das instituições especificamente voltadas às pesquisas mencionadas no *caput* do art. 5º, da Lei 11.105/2005, e da autorização especial a ser concedida pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP). A aprovação daquele ou de outro projeto que restrinja e torne mais seguros os mecanismos de controle de ética nas pesquisas e nos tratamentos com células-tronco obviamente suprirá aquele déficit de constitucionalidade e tornará mais seguros os direitos constitucionalmente afirmados.

Estes dados encarecem o resguardo pretendido quanto à observância dos princípios da responsabilidade ética que há de marcar tais pesquisas e, futuramente, as terapias que vierem a poder ser adotadas em benefício de doentes. Atende-se, aqui, não apenas o que se contém na Constituição brasileira, mas também ao quanto determinado em normas internacionalmente fixadas.

Assim é que a Declaração dos Direitos sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da Unesco estabelece, em seus arts. 10 e 11, que

> Artigo 10
>
> Nenhuma pesquisa ou suas aplicações relacionadas ao genoma humano, particularmente nos campos da biologia, da genética e da medicina, deve prevalecer sobre o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana dos indivíduos ou, quando for aplicável, de grupos humanos.
>
> Artigo 11
>
> Práticas contrárias à dignidade humana, tais como a clonagem de seres humanos, não devem ser permitidas. Estados e organizações internacionais competentes são chamados a cooperar na identificação de tais práticas e a tomar, em nível nacional ou internacional, as medidas necessárias para assegurar o respeito aos princípios estabelecidos na presente Declaração.
>
> (*O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, os. 55 et seq.)

Como acentuado antes, a Lei 11.105/2005 cuidou de estabelecer limites e condições às pesquisas que impedem a desobediência de tais princípios, de modo a deixar a salvo de qualquer prática conduta que pudesse ultrapassar ou afrontar os direitos fundamentais constitucionalmente tutelados.

22. O direito à vida, expresso ou não, nos textos fundamentais nos quais ele se articulava em tempos pretéritos, garantia a intangibilidade do existir (não da existência) mais que a garantia da vida em sua configuração ampla e, especialmente, em sua condicionante humana plena, íntegra e intangível, que é dada exatamente pela dignidade.

Os desastres humanos das guerras, especialmente ao que assistiu o mundo no período da Segunda Grande Guerra, como antes mencionado, trouxeram, primeiro, a dignidade da pessoa humana para o mundo do Direito, como uma contingência que marcava a essência do próprio sistema sociopolítico a ser traduzido no sistema jurídico. Agora, a tecnociência amplia a dimensão do princípio e o enfatiza para a dignidade da espécie humana, dignidade que se faz, assim, da humanidade, de todos e de cada um dos homens.

Quando retorna com novo conteúdo e contornos fundamentais no Direito contemporâneo, o uso da palavra dignidade, referindo-se à pessoa humana, ganha significado inédito, qual seja, passa a respeitar à integridade, à intangibilidade e à inviolabilidade do ser humano, não apenas tomados tais atributos em sua dimensão física, mas em todas as dimensões existenciais nas quais se contém a sua humanidade, que o lança para muito além do meramente físico.

23. A Carta das Nações Unidas, de 1945, traz em seu preâmbulo a referência à dignidade da pessoa humana, afirmando-se que "nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres, assim como nas nações grandes e pequenas (...)".

Em idêntica linha, a Declaração dos Direitos do Homem elaborada pela ONU, em 1948, inicia o seu preâmbulo afirmando que "considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (...)". Mais uma vez, pois, põe-se no frontispício de uma declaração o valor que centraliza a ideia mesma de justiça própria e inafastável numa convivência política.

E no art. 1º daquela Declaração se tem que: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir uns para com os outros num espírito de fraternidade".[4]

A dignidade da pessoa humana passa a ser, pois, encarecida sobre qualquer outra ideia a embasar as formulações jurídicas do pós-2ª Grande Guerra e acentua-se como valor supremo, no qual se contém mesmo a essência do direito que se projeta e se elabora a partir de então.

Sendo valor supremo e fundamental, a dignidade humana é transformada em princípio de direito a integrar os sistemas constitucionais preparados e promulgados, alterando-se, com essa entronização do valor e a sua elevação à categoria de princípio jurídico fundamental, a substância mesma do quanto constitucionalmente construído.

Como a Declaração dos Direitos do Homem da ONU tornou-se vertente de muitos dos textos constitucionais subsequentes na parte relativa àqueles direitos, foram eles formulados de maneira a expressar, tal como ali se fizera, aquele enunciado como princípio fundante dos direitos fundamentais e da própria ordem política.

24. Ultrapassou-se, assim, o direito à vida com o conteúdo que se adotara desde os textos constitucionais setecentistas, reformulando-se e fortalecendo-se essa definição jurídica, agora sob o influxo de um núcleo de direito muito mais amplo do quanto antes se tivera.

O limite positivo e negativo de atuação do Estado e das autoridades que o representam passou a ser base de todas as definições e de todos os caminhos interpretativos dos direitos fundamentais, a partir do entendimento ali esposado e tornado de acatamento obrigatório porque constituído em norma-princípio matriz do constitucionalismo contemporâneo, exatamente o da dignidade da pessoa humana.

Aliás, o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se, então, valor fundante do sistema no qual se alberga, como espinha dorsal da elaboração normativa, exatamente os direitos fundamentais do homem. Aquele princípio converteu-se, pois, no coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana estampado nos direitos fundamentais acolhidos e assegurados na forma posta no sistema constitucional de cada povo.

25. A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana não retrata apenas uma modificação parcial dos textos fundamentais dos Estados contemporâneos. Antes, traduz-se ali um novo momento do Direito Constitucional, o qual tem a sua vertente no valor supremo da pessoa humana considerada em sua dignidade incontornável, inquestionável e impositiva é uma nova concepção de Constituição, pois a partir do acolhimento daquele valor tornado princípio em seu sistema de normas fundamentais, mudou-se o modelo jurídico-constitucional que passa, então, de um paradigma de preceitos, antes vigente, para um figurino normativo de princípios.

Antes, estabeleciam-se modelos de comportamentos impostos ou defesos para a ação do Estado e para a conduta dos indivíduos. Tais modelos continham-se nos preceitos constitucionais que os estabeleciam de maneira contingente. Agora, estatuem-se princípios que informam os preceitos, constitucionais ou legais, a partir dos quais e para a concretização dos quais se dão a realizar os fins postos como próprios pelo povo no seu sistema fundamental. Transformada a formulação básica da Constituição, tem-se como critério de interpretação a finalidade que o povo busca concretizar com a adoção do sistema positivo.

26. A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, assim, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição.

No inciso III do art. 1º da Constituição brasileira, ele é posto como fundamento da própria organização política do Estado Democrático de Direito nos termos do qual se estrutura e se dá a desenvolver, legitimamente, a República Federativa do Brasil.[5] A expressão daquele princípio como fundamento do Estado brasileiro significa, pois, que esse existe para o homem, para assegurar

condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja os seus fins; que o seu fim é o homem, e esse é fim em si mesmo, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e superiormente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado. É esse acatamento pleno ao princípio que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e as suas opções.

Mais que à pessoa humana, os sistemas constitucionais e as declarações internacionais de direitos humanos, nas últimas décadas, passaram a considerar a dignidade da espécie humana como princípio. Quer dizer, o conteúdo daquele princípio estendeu-se para além do indivíduo e a intangibilidade e indisponibilidade da vida passaram a considerar cada um e todos, como antes realçado.

Daí que relativamente às pesquisas e aos procedimentos médicos da embriologia ou dos tratamentos de doentes deles dependentes, a ética e o direito passaram a considerar o princípio da dignidade humana, de cada um dos diretamente interessados e do seu enlaçamento a todos os outros que convivem na mesma aventura humana. E até mesmo para os da espécie que vierem depois.

A espécie humana é agora constitucionalmente tomada em sua integralidade, pelo que alguns direitos fundamentais são considerados em sua potencialidade, quer dizer, em relação aos efeitos que poderá carrear para as gerações futuras (neste sentido o art. 225, *caput*, da Constituição da República brasileira, por exemplo; no plano do direito internacional, art. 1º, da Declaração Universal sobre o Genoma e os Direitos Humanos; também o item 6 da Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano, de Estocolmo, de 1972, dentre outros).

A espécie humana há que ser, pois, respeitada em sua dignidade, manifestada em cada um e em todos os homens, porque a condição digna de ser membro desta espécie toca todos e cada qual dos que a compõem.[6] Por isso é que as Constituições mais recentes mencionam a humanidade como o ponto que se busca atingir no respeito aos direitos.

Significa que o princípio constitucional da dignidade humana estende-se além de cada pessoa, considerando todos os seres humanos, os que compõem a espécie, dotam-se de humanidade, ainda quando o direito sequer ainda reconheça (ou reconheça precariamente, tal como se tem na fórmula da Convenção Nacional de Ética francesa de pessoa humana em potencial) a personalidade. É o que se dá com o embrião e com o morto, que não dispõe das condições necessárias para titularizar a personalidade em direito (pelo menos em todas as legislações vigentes, hoje, no mundo), mas que compõem a humanidade e são protegidos pelo direito pela sua situação de representação da humanidade.[7]

Daí a adoção pelos sistemas jurídicos contemporâneos, aí incluído o brasileiro, do princípio da solidariedade entre gerações, que impõe a uma geração que ela se comprometa com quem vier depois (art. 225 da Constituição brasileira).

A expressão constitucional da dignidade da espécie humana é o realce mais óbvio e denso daquele princípio, que se faz mais amplo do que a vida humana digna (daí por que algumas Constituições, como a brasileira, referem-se

à existência digna), chegando a ser observado antes que haja a vida livre (dotada de autonomia, o que o embrião e o feto não têm) e depois que a vida já se fez passar, mas que pode permanecer como substrato jurídico para a tutela por meio de utilização de órgãos que vivem em outros e até mesmo quando o cérebro pára e o coração persiste em suas batidas.

Daí também por que o saber científico, que somente poderá atingir resultados concretos em benefício da espécie humana se persistir em sua labuta, de maneira livre e responsável, compõe o complexo de dados que tornam efetiva a dignificação do viver. Portanto, a garantia de sua continuidade não agride, tal como posto nas normas em foco, antes permite que se venha a realizar o princípio constitucional.

27. Intangível e inviolável, a dignidade humana não permite desconhecer o que a liberdade pode possibilitar em termos de dignificação do homem. E por isso mesmo é que, também em ocasião anterior, salientei que "como o direito não pode deixar de considerar o direito à vida digna como o direito fundamental excelente, aquele que se sobrepõe axiologicamente a qualquer outro e que informa o sistema constitucional e infraconstitucional de modo determinante em toda a sua extensão, não se há de desconsiderar a bioética para o cuidado normativo dos novos realces a serem dados aos princípios que estão na base da concretização daquele direito, a saber, o da liberdade, o da igualdade e o da responsabilidade. As questões biomédicas tangenciam, assim, diretamente, o princípio da dignidade humana porque consideram o homem em seu físico e em sua psique, pelo que a proteção dos direitos humanos há que lhe conformar a quadratura normativa".

Da normatividade que a bioética patrocinou, desde o início dos anos 70 com esta denominação e compreensão objetiva, até o domínio jurídico da matéria, houve uma trajetória que fez entronizar o tema das questões morais do direito à vida digna nos textos normativo-jurídicos e na doutrina, tendo conduzido alguns doutrinadores a apelidarem mesmo, novidadeiramente, de *biodireito* o tratamento sistêmico da matéria e a sua aplicação.[8]

Bioética e biodireito têm o seu fundamento na Constituição. É a constitucionalização do direito à vida e a ênfase no princípio matricial e substantivo da dignidade humana que asseguram o fundamento da intangibilidade, da sacralidade, da inviolabilidade e da responsabilidade da vida do ser humano. É este fundamento que haverá de ser considerado pelas normas, doutrinas, decisões jurisprudenciais e práticas de qualquer natureza (incluídas as biomédicas particulares) que atinem à vida humana.

A utilização das células-tronco embrionárias, não aproveitadas no procedimento de implantação, travada assim para a sua potencial transformação em vida futura de alguém, poderá ter o destino da indignidade, que é a sua remessa ao lixo. E o mais nobre e o mais grave: lixo de substância humana. O seu aproveitamento, guardado o respeito às condições afirmadas na legislação enfocada, permite a dignificação da célula-tronco embrionária, que não será então descartada, antes, será transformada em matéria dada à vida.

28. Reafirme-se que a liberdade, princípio constitucional por excelência, inerente à vida digna, não é um gesto ou um momento, mas um processo.

A biomedicina há de se comprometer mais do que com a liberdade, com a libertação do ser humano. Sem a possibilidade de pesquisar e transformar para melhorar o homem em suas condições de fragilidade e de dor, o homem seria um ser dado à escravidão de sua própria prisão física, psíquica e mental. O que a liberdade de saber, que se expressa na liberdade da pesquisa, garante é a possibilidade de libertação do homem de seus limites e a regeneração não apenas de suas condições físicas, mas a recuperação de condições que o dignifiquem em seu *status* de membro da família humana, com a qual tem compromissos, especialmente o de continuar a viver para cumprir os seus papéis com os outros.

Se a pesquisa pode e quando a pesquisa chegará a resultados buscados com as células-tronco embrionárias talvez ainda dependa de um longo caminhar. O que não se há é deixar de lhe garantir o andar, porque cada passo dado pode ser em direção à melhoria e à dignificação da espécie humana, tudo nos termos dos valores que animam os princípios constitucionais.

E neste sentido é que concluo que a legislação posta aqui em questão não se desarvora da Constituição, nem se afasta do princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da justiça, aliado ao da liberdade responsável do homem – no caso, em especial do pesquisador, do cientista assim como de qualquer outro ser humano –, faz valer a autonomia e os benefícios que os resultados das pesquisas podem levar aos que mais carentes de seus resultados estejam.

Reafirmo, então, que o princípio da dignidade humana não se atém a quem seja ou não pessoa, mas o que é constitucionalmente garantido no sistema é o dever do Estado e da sociedade de criarem condições para uma existência digna, observados os limites da ética constitucional acolhida no sistema vigente.

À parte o que antes acentuei, de que as células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e inviáveis ou congelados há mais de três anos dos marcos temporais fixados na lei, serão destruídas se não forem aproveitadas na forma ali estabelecida, deve-se enfatizar que a dignidade informa o direito à existência (art. 170), pondo-se a claro que o direito pensa o futuro, não se apega ao passado; pensa o que se dá a ser, e não o que se põe para o não ser. As células-tronco embrionárias não utilizadas no procedimento para o que se deu a fertilização voltam-se ao não ser, a dizer, põem-se ao descarte e à destruição, pois é o respeito à liberdade do casal que assegura a opção pelo seu não uso ou a prática médica que aconselha o seu não aproveitamento.

Direito ao saber, direito de pesquisa, direito de se informar e de ser informado

29. Afirma o Procurador-Geral da República, em Memorial oferecido, que "a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, da Lei 11.105, significa, tão somente, o impedimento de uma e única linha de pesquisa: aquela que se vale de

embriões humanos. Permanece amplíssimo o horizonte de pesquisas com as chamadas células-tronco adultas, nome esse, adultas, inadequado, visto que o cordão umbilical é fonte de pesquisa nessa diretriz".

Duas observações cabem nesse passo: a primeira é a de que atalhar, embaraçar ou impedir qualquer linha de pesquisa, se jurídica e eticamente válida for, significa – aí, sim – um constrangimento constitucionalmente inadmissível ao direito à vida digna, à saúde, e à liberdade de pesquisar, de informar e de ser informado sobre as possibilidades que a vida pode vir a oferecer, a depender dos resultados científicos.

A segunda é a de que – conforme comprovam numerosos estudos expostos na audiência pública ocorrida no curso desta ação e nos trabalhos apresentados pelos interessados das duas correntes contrárias de pensamento sobre o tema aqui cuidado – a pesquisa com células-tronco embrionárias abre possibilidades não obtidas com qualquer outra, sequer com as células-tronco adultas, porque essas não dispõem das características de totipotência que naquelas se contém, como antes acentuado. A potencialidade terapêutica das células-tronco embrionárias decorrente da plasticidade que as caracteriza não há de ser impedida, porque se estaria a estancar o que sequer é plenamente conhecido nos resultados possíveis para a dignidade da espécie humana.

A pesquisa com células-tronco embrionárias não é certeza de resultados terapêuticos promissores. Mas a não pesquisa é a certeza da ausência de resultados, pois sem a tentativa não há a conquista no campo científico.

Também em outra ocasião acentuei o cuidado que há de se ter com as pesquisas científicas, a fim de que a ética não seja desrespeitada e, assim, a dignidade da espécie humana não seja ferida. Dizia então ser certo que a liberdade humana compreende a liberdade de pesquisas e de avanços tecnocientíficos, tais como os que estão se dando, com rapidez inédita, no campo da medicina. E tentar reprimir a pesquisa científica, que pode ser conduzida no sentido do benefício da humanidade, da descoberta de formas consagradoras de melhoria das condições de vida das pessoas, é tarefa não apenas inglória, mas também nefasta no que concerne à vedação dos caminhos que podem conduzir ao aperfeiçoamento e à melhoria das condições de saúde do homem. O medo que persiste é a desumanização das técnicas e das consequências de sua utilização para a humanidade. (...) Ao lado da dignidade humana, há que se enfatizar a responsabilidade de todos, uns em relação aos outros e em relação às gerações presentes e futuras, o que determina a busca de equilíbrio na equação liberdade de pesquisa/liberdade individual. A experimentação feita com o corpo da pessoa pode atingir a integridade humana que o faz um ser muito além do meramente físico. Os direitos humanos fortalecem-se, pois, como fator garantidor da humanidade contra a manipulação genética que pode eliminar a individualidade, a singularidade, a diversidade que se consagra na espécie humana e a torna viva, contínua e plural em sua dinâmica.

Daí a ênfase a ser posta no direito de obter informações, que podem ser conduzidas para o benefício das pessoas por meio das pesquisas levadas a efeito na forma legalmente prevista, a fim de que o saber para a vida não esgote o saber da vida.

A Constituição brasileira garante a toda pessoa humana o direito de se informar e de ser informado sobre o que diga respeito aos seus direitos. E, em especial, há de se reconhecer e garantir tal direito àqueles que estão em situação de sofrimento para além da dor de viver, que faz parte da aventura humana, e que podem ter a esperança de superar tal situação por novos conhecimentos científicos.

Não se há negar o direito das pessoas de ver prosperarem as condições para que a tanto se chegue e que do melhor resultado possam os que carecem dele se aproveitar para submissão aos tratamentos que amainem as adversidades físicas, psíquicas ou mentais que provoquem o sofrer.

30. Nem se afirme que a Constituição impede que os doadores do material genético não disponham de autonomia para consentir sobre o aproveitamento das células-tronco embrionárias por delas não ser dono. Também não se pretenda que a "liberdade" daquela substância humana em estado de congelamento seja superior à daqueles que a ele deram origem e que verão, nas condições legalmente estipuladas, uma de duas alternativas: o descarte do material ou a sua utilização para o que poderá vir a ser o bem da vida, por meio da pesquisa e, quando sobrevierem os resultados científicos consolidados, do tratamento que a partir de então se terá.

As possibilidades vislumbradas nos resultados das pesquisas – com boas perspectivas de chegarem a bom termo – somente puderam chegar a esse estágio de momentos promissores porque até aqui houve a permissão de se prosseguir com liberdade e responsabilidade na busca de melhorias benéficas ao ser humano. Disso decorre que pode até ser que a discussão que aqui se põe possa ser superada por outras possibilidades até agora não vislumbradas. Mas isso somente a continuidade das pesquisas livremente levadas a efeito vai demonstrar, donde a imperiosidade de seu prosseguimento livre e responsável. Voltada à utilidade para o ser humano, dúvida não me fica dever prevalecer tal permissão legal quanto ao aproveitamento daquela substância humana em pesquisas e, quando o momento chegar, em tratamentos que tenham como base resultados científicos consolidados, ressalva feita, como antes anotei, a que não se prestem as pessoas a meras experimentações.

A importância deste debate está em que nele se enfatiza e se decide sobre a liberdade com responsabilidade ética da pesquisa científica, pois sem ela o ser humano poderia ter impedido o seu desenvolvimento e a melhoria de suas condições de vida. E é em nome dele que se há de assegurar a pesquisa científica livre, ética e responsável para a garantia da dignidade da vida.

Conclusão

Indagava Norberto Bobbio se "a história, em si mesma, tem um sentido, a história enquanto sucessão de eventos, tais como são narrados pelos historiadores? A história tem apenas o sentido que nós, em cada ocasião concreta, de acordo com a oportunidade, com nossos desejos e nossas esperanças, atribuímos a ela. E, portanto, não tem um único sentido. (...) Concluo com Kant. O progresso para ele não era necessário. Era apenas possível. Ele criticava os 'políticos' por

não terem confiança na virtude e na força da motivação moral, bem como por viverem repetindo que 'o mundo foi sempre assim como o vemos hoje'. (...) Desse modo, retardavam propositalmente os meios que poderiam assegurar o progresso para o melhor. Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder" (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 64).

A ciência que pode matar, é certo, também pode salvar, é mais certo ainda. E se o direito ajusta o que a ciência pode melhor oferecer para que viva melhor aquele que mais precisa do seu resultado, não há razões constitucionais a impor o entrave desse buscar para a dignificação da espécie humana. Creio que a utilização da célula-tronco embrionária para a pesquisa e, conforme o seu resultado, para o tratamento – indicado a partir de terapias consolidadas nos termos da ética constitucional e da razão médica honesta – não apenas não viola o direito à vida. Antes, torna parte da existência humana o que vida não seria, dispondo para os que esperam pelo tratamento a possibilidade real de uma nova realidade de vida.

Pelo exposto, **voto no sentido de julgar improcedente a presente ação, para considerar válidos os dispositivos questionados, a saber, o art. 5º e parágrafos da Lei 11.105/2005.**

---

1 Preceitua o art. 5º, *caput*, da Constituição do Brasil:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País *a inviolabilidade do direito à vida*, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)"

2 "En France la majorité de la doctrine juridique continue à affirmer que la personne (humaine), c'est le sujet de droits. 'C'est l'être à qui le droit objetctif accorde des droits subjectifs réunis en un patrimoine'. Or 'l'individu humain n'est pas nécessairement sujet de droit. Il le drevient et il ne bénéficie de cette qualité que si elle lui est attribuée par le droit positif lequel peut en subordonner l'attribution aux conditions qu'il définit lui même... Si la remarque de Virally est incontestable en droit positif, elle signifie que le sujet de droits est une catégorie indépendante de la notion de dignité de la personnne humaine. Les droits n'en découlent pas, mais bien du droit positif qui résulte du bom plaisir du Prince, roi, assemblée, peuple ou dictateur. L'être humian-sujet de droit est un ayant-droit. La dignité n'a rien à voir dans ce concept. En positivisme strict, elle est strictement inutile. Le juriste est ainsi conduit à refuser le débat le plus fondamental de notre époque." (BORRELLA, François. Le concept de dignité de la personne humaine. In: PEDROT, Philippe. *Op. cit.*, p. 33.)

3 "Kant est le témoin par excellence de cette révolution copernicienne qui fait désormais tourner l'univers moral autour du sujet. Ce qui organise as réflexion morale, ce n'est pas la référence au bien commun, au bonheur mais la volonté pure como 'principe suprême de la moralité'.... Dans les fondements de la métaphysique des moeurs, Kant met ainsi le principe de dignité 'infiniment au-dessus de tout prix'." (PEDROT, Philippe. *Op. cit.*, XVI.)

Fosse correto ou, melhor diríamos, aceitável aquele entendimento e ter-se-ia de considerar jurídico que o direito não tem como único e necessário fim o homem, que o poder não emana do povo, senão que da boa vontade do poderoso de ocasião. Todos estes dados, contudo, não são postulados, mas axiomas jurídicos.

4 A Organização das Nações Unidas proclamou, também, em 9 de dezembro de 1975, a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, estabelecendo em seu art. 3º que: "As pessoas deficientes têm o direito inerente de respeito por sua dignidade humana. As pessoas deficientes qualquer que seja a

origem, natureza e gravidade de suas deficiências, têm os mesmos direitos fundamentais que seus concidadãos da mesma idade, o que implica, antes de tudo, o direito de desfrutar uma vida decente, tão normal e plena quanto possível".

[5] Com base naquele princípio, conforme observado acima, o Direito formula as normas infraconstitucionais e os tribunais pátrios consideram todos os casos que tenham como fundamento a aplicação ou a sua negativa. Nesse sentido, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vem reforçando a fundamentalidade daquele princípio:

"STF – Pleno – HC 70.389-5-São Paulo; Rel. Min. Celso de Mello; j. 23-7-1994.

"A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete (enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva) um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo. O Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças ou adolescentes, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente àqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formulada no âmbito da OEA (1969)."

"IF 114/MT *Intervenção Federal* Relator: Ministro *Néri da Silveira*

Publicação *DJ* de 27-9-1996 p. 36154

Julgamento em 13-3-1991 – Tribunal Pleno

Ementa: Intervenção federal. 2. Representação do Procurador-Geral da República pleiteando intervenção federal no Estado de Mato Grosso, para assegurar a observância dos 'direitos da pessoa humana', em face de fato criminoso praticado com extrema crueldade a indicar a inexistência de 'condição mínima', no Estado, 'para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o direito à vida'. Fato ocorrido em Matupá, localidade distante cerca de 700 km de Cuiabá. 3. Constituição, arts. 34, VII, letra *b*, e 36, III. 4. Representação que merece conhecida, por seu fundamento: alegação de inobservância pelo Estado-membro do princípio constitucional sensível previsto no art. 34, VII, alínea *b*, da Constituição de 1988, quanto aos 'direitos da pessoa humana'. Legitimidade ativa do Procurador-Geral da República (Constituição, art. 36, III). 5. Hipótese em que estão em causa 'direitos da pessoa humana', em sua compreensão mais ampla, revelando-se impotentes as autoridades policiais locais para manter a segurança de três presos que acabaram subtraídos de sua proteção, por populares revoltados pelo crime que lhes era imputado, sendo mortos com requintes de crueldade. 6. Intervenção Federal e restrição à autonomia do Estado-membro. Princípio federativo. Excepcionalidade da medida interventiva. 7. No caso concreto, o Estado de Mato Grosso, segundo as informações, está procedendo à apuração do crime. Instaurou-se, de imediato, inquérito policial (...)"

[6] É de Jürgen Habermas a lição segundo a qual: "Nos conceptions de la vie humanine antépersonnelle – et la manière que nous avons de nous y rapporter – constituent pour ainsi dire, pour la morale raisonnable des sujets des droits de l´homme, un environnement stabilisateur du point d´une éthique de l´espèce – um contexto d´enchâssement qu´il ne faut pas briser si lón veut éviter que la morale elle-même ne se mette à dérape... À cet égard, nous sommes appelés à distinguer la dignité de la vie humaine et la dignité humaine que le droit garantit pour toute personne – une distinction qui, d´ailleurs, se reflète dans la phénoménologie du rapport charge d´émotions et de sentiments que nous avons au morts." (HABERMAS, Jürgen. *L´avenir de la nature humaine.* Paris: Gallimard, 202, p. 102.)

[7] Ronald Dworkin salienta a sacralidade da dignidade da vida, construindo vasto e fecundo trabalho sobre o seu domínio, no qual expõe que "A segunda afirmação que se pode fazer mediante o uso da conhecida retórica é muito diferente: a vida humana tem um valor intrínseco e inato; a vida humana é sagrada em si mesma; o caráter sagrado da vida humana começa quando sua vida biológica se inicia, ainda antes de que a criatura à qual essa vida é intrínseca tenha movimento, sensação, interesses ou direitos próprios. (...) Se as grandes batalhas sobre o aborto e a eutanásia são realmente travadas em nome do valor intrínseco e cósmico da vida humana, como acredito que o sejam, então essas batalhas têm ao menos uma natureza quase religiosa, e não chega a surpreender que muitas pessoas acreditem

que o aborto e a eutanásia sejam profundamente condenáveis e, ao mesmo tempo, que não cabe ao governo tentar estigmatizá-los com a força bruta das leis penais" (DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 18).

[8] Começam a aparecer títulos de trabalhos sobre biodireito, acentuando-se neles o conteúdo pertinente ao cuidado jusprivatista do direito à vida em sua conotação biológica (o direito de escolher o momento da própria morte), o direito de ter, ou não, um filho em momento em que ele não é desejado, aguardado, o direito de dar um fim à própria vida, mesmo que para tanto se necessite de auxilio de terceiro, o direito de escolher em laboratório o filho que se deseja ter, entre outros). O biodireito seria, na concepção dos que se valem deste termo, um ramo do direito civil. Afinal, o fundamento constitucional do direito à vida digna constitucionalmente protegido é a liberdade. E é no exercício dos direitos individuais livres que a pessoa *leva a sua vida*, expressando aqueles direitos da forma que melhor lhe pareça possível para se fazer feliz. Como o direito civil é que cuida do exercício particular do direito, daqueles que se exercem entre particulares, no espaço de sua vida privado, o biodireito seria uma via aberta a partir do cuidado com a vida sob aquela ótica privada.

Por isto é que, a partir da constitucionalização de alguns dos vislumbres do direito à vida, tem-se a situação do denominado biodireito em alguns recantos estanques do direito, pensando-se mesmo numa autonomia ou numa dogmática do biodireito. Ainda é cedo para tanto, mas é bem certo que da bioética ao biodireito já há um caminho palmilhado. Tão logo a legislação de um Estado, ou da normativização no plano internacional sobre os temas do direito à vida digna se põem, questões novas surgem a serem cuidadas pela doutrina e pela jurisprudência. Em alguns Estados, como a França, por exemplo, autores costumam marcar até a data da chegada ao outro lado da ponte: da bioética ao biodireito, tal como se vê com a fala de Jean-Jacques Israel, segundo o qual "*on est donc, depuis fin juillet 1994, passé de la bioéthique à um bio-droit*" (ISRAEL, Jean-Jacques. *Droits de libertes fondamentaux.* Paris: Librairie General de Droit et de Jurisprudence, 1998. p. 365).

VOTO
(Antecipação)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, gostaria inicialmente de cumprimentar os eminentes Colegas que me precederam no voto, o brilhante voto proferido pelo ilustre Ministro Carlos Ayres Britto, o voto objetivo proferido pela eminente Ministra Ellen Gracie, o aprofundado estudo que o Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito fez sobre o tema, também agora o denso voto do ponto de vista jurídico, sobretudo, da ilustre Ministra Cármen Lúcia, mas peço vênia também inicialmente para louvar de modo especial o pedido de vista do eminente Ministro Carlos Alberto Direito, em especial a presteza com que ele devolveu o seu voto vertical e que me permitiu aprofundar as reflexões sobre este tormentoso tema ora sob análise, que traz profundos questionamentos no âmbito da Filosofia, da Medicina, do Direito e outros campos do saber humano.

Senhor Presidente, o meu voto está dividido em quinze tópicos. O primeiro diz respeito ao relatório – que todos nós já conhecemos e peço licença para não ler – e o último tópico, mais curto, é exatamente a parte dispositiva do meu pronunciamento.

Inicio, Senhor Presidente, com o segundo tópico do meu voto, que se intitula "Células-tronco embrionárias", em que faço algumas reflexões sobre o tema do ponto de vista científico.

E digo o seguinte:

> O novo milênio trouxe consigo a promessa de enormes avanços no campo das ciências biomédicas (...) (lê voto escrito).

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski:

1. Breve relatório

Trata-se de ação direta, ajuizada pelo Procurador-Geral da República à época, doutor Cláudio Fontelles, na qual se busca a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105, de 24 de março de 2005, denominada "Lei de Biossegurança".

O referido diploma legal, segundo o seu art. 1º, "estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados e seus derivados, tendo como estímulo o avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal, vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente".

Os dispositivos impugnados versam sobre a utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por meio de fertilização *in vitro*, e não utilizados no respectivo procedimento.

Eis o teor do texto legal atacado:

> Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
>
> I – sejam embriões inviáveis; ou
>
> II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.
>
> § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.
>
> § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.
>
> § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

De acordo com o autor, o dispositivo impugnado viola o art. 1º, III, que consagra o princípio da dignidade humana, e o art. 5º, *caput,* que garante o direito à vida, ambos da Constituição Federal (fl. 2).

2. Células-tronco embrionárias humanas

O novo milênio trouxe consigo a promessa de enormes avanços no campo das ciências biomédicas, com destaque para a conclusão do sequenciamento do

genoma humano, a descoberta de novos medicamentos e o emprego de terapias genéticas por meio das chamadas "células-tronco embrionárias humanas", uma linhagem celular autorrenovadora que teria o potencial de reproduzir "todas as células e todos os tecidos do corpo".[1] Com isso seria possível à Medicina superar a mera interrupção do avanço de doenças agudas ou crônicas, obtida com tratamentos convencionais, para lograr a restauração de funções orgânicas perdidas, como no caso de lesões nos tecidos cardíacos ou cerebrais, causadas por hemorragias, coágulos sanguíneos ou outros processos traumáticos.[2]

As células-tronco embrionárias de que trata esta ação direta de inconstitucionalidade são aquelas obtidas a partir da fertilização *in vitro,* primacialmente um método de reprodução assistida, que objetiva superar a infertilidade de casais, mediante uma fecundação extracorpórea.[3] A técnica consiste, *grosso modo*, na aspiração, mediante laparoscopia, de alguns oócitos[4] da cavidade abdominal feminina, os quais são transferidos do corpo da mulher para um tubo de ensaio ou uma "placa de Petri", que contém um meio de cultura, adicionando-se, a seguir, os espermatozoides. Após a clivagem celular dos zigotos,[5] monitorada através de um microscópio, mais precisamente, quando a divisão tenha produzido de quatro a oito células, eles são transladados para o útero, via canal cervical.

Segundo sugerem alguns pesquisadores, as células-tronco embrionárias não sofreriam as limitações das células-tronco somáticas, retiradas de um organismo já formado, as quais somente poderiam reproduzir determinados tipos de tecidos, enquanto aquelas, ao revés, teriam o potencial de formar toda e qualquer célula humana, em razão do que são chamadas de "pluripotentes".[6]

Essas verdadeiras "supercélulas" resultam da divisão do óvulo humano fertilizado em células distintas, os chamados blastômeros,[7] que permitem a for-

---

1 OKARMA, Thomas B. As células-tronco embrionárias humanas: elementos básicos sobre a tecnologia e suas aplicações médicas. In: HOLLAND, Suzanne, LEBACQZ, Karen e ZOLOTH, Laurie (Coords.). *As células-tronco embrionárias humanas em debate*. São Paulo: Loyola, 2006. p. 3.

2 Idem, p. 3-4.

3 Cf. MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N. *Embriologia clínica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan, s/d, p. 32.

4 MELLO, Romário de Araújo. *Embriologia humana*. São Paulo: Atheneu, 2000, p. 7, define o oócito ou ovócito da seguinte maneira: "Célula feminina animal em processo de meiose durante a ovulogênese."

5 MOORE, Keith L., e PERSAUD, T. V. N, op. cit., p. 13, definem o zigoto como o resultado da união de um gameta feminino, ou óvulo, e um gameta masculino, ou espermatozoide, correspondendo ao primeiro estágio do desenvolvimento humano, logo após a fertilização, e que já contém já os cromossomos e genes (unidades de informação genética) do pai e da mãe.

6 COCHARD, Larry R. *Atlas de Embriologia Humana de Netter*. Porto Alegre: ARTMED, 2003, p. 44, define "pluripotência" da seguinte maneira: "Capacidade das células do blastocisto e do embrião inicial para diferenciarem-se em muitas linhas celulares, mas não no indivíduo todo."

7 De acordo com MOORE, Keith L., e PERSAUD, T. V. N., op. cit., p. 32, cerca de trinta horas após a fertilização, o zigoto vai se dividindo em blastômeros, os quais mudam de forma e se alinham, constituindo uma esfera compacta de células denominada "mórula".

mação de um organismo completo, totalmente novo, motivo pelo qual são tidas como "totipotentes".[8] Nesse estágio, as células em processo de divisão formam uma esfera oca, que recebe o nome de blastocisto.[9]

Para a obtenção das células-tronco embrionárias, cultivadas *in vitro*, destrói-se a capa externa do blastocisto, que formaria a placenta, caso fosse implantado no útero, cultivando-se a sua massa celular interior.[10] Outra fonte com potencial análogo é o tecido gonadal de fetos abortados.[11]

O embrião, obtido por meio de fertilização extracorpórea, antes da implantação, é submetido a uma inspeção, sob o microscópio, quanto aos aspectos morfológicos e funcionais, para que se possa constatar suas chances de sobrevivência no interior útero receptor. Também é possível aplicar, nas células embrionárias obtidas em laboratório, a técnica conhecida como Diagnóstico Genético Pré-implantacional (DGPI), em que se retira uma ou duas células dos zigotos, submetendo-as à biópsia, para verificar se a futura criança possui anomalias genéticas causadoras de doenças como síndrome de Down, hemofilia, fibrose cística, doença de *Tay Sachs*, dentre outras.[12]

Sem embargo das auspiciosas promessas reveladas pelas pesquisas com células-tronco embrionárias, elas têm sido objeto de acirradas controvérsias, quer porque a obtenção desse material genético exige a destruição de um organismo vivo, decorrente da fertilização de gametas humanos – mesmo que, segundo alguns, esse conjunto primordial de células não constitua uma pessoa no sentido moral ou jurídico da palavra –, quer porque podem levar, se livres de qualquer controle, a resultados desconhecidos, colocando em risco a própria existência da espécie humana tal como hoje a conhecemos. Essas pesquisas, com efeito, ensejam profundas interrogações acerca da natureza e do fim da vida humana, dos limites da manipulação do patrimônio genético da humanidade e, ainda, do significado de nossa existência coletiva.[13]

---

[8] COCHARD, Larry R., op. cit., p. 45, define "totipotência" como: "Capacidade de uma célula de se diferenciar em qualquer tipo de célula e, assim, formar um novo organismo ou regenerar qualquer parte do organismo."

[9] Idem, p. 43, em que consta a definição de blastocisto: "Bola de células preenchida de fluido que consiste de uma massa interna de células destinada a tornar-se embrião e um trofoblasto externo que será a membrana envolvente (córion) e a contribuição embrionária/fetal para a placenta."

[10] DONADIO, Nilson; DONADIO, Nika Fernandes. Reprodução laboratorialmente assistida. In: PIATO, Sebastião (Coord.). *Ginecologia:* diagnóstico e tratamento. São Paulo: Manole, 2008, p. 238, explicam a técnica: "Inicialmente os embriões devem atingir estágio de blastocisto, para após a digestão da zona perlúcida e destruição do trofoblasto, obter a massa celular interna que, cultivada em *feeder layers* de fibroblastos de embriões de ratos, inativados por irradiação, dariam origem às células-tronco". Acrescentam, ainda, que trabalhos mais recentes apontam para a possibilidade da utilização de fibloblastos de placenta humana.

[11] Introdução. In: HOLLAND, Suzanne; LEBACQZ, Karen; ZOLOTH, Laurie (Coords.). *As células-tronco embrionárias humanas em debate*. São Paulo: Loyola, 2006, p. XVI.

[12] Cf. MELLO, Romário de Araújo, op. cit., p. 48-49. V., também, DONADIO, Nilson; DONADIO, Nika Fernandes, op. cit., p. 237-238.

[13] Cf. Introdução. In: HOLLAND, Suzanne; LEBACQZ, Karen; ZOLOTH, Laurie, op. cit., p. XVII.

3. Reflexões epistemológicas acerca da ciência

A propósito das interrogações suscitadas pelas pesquisas genéticas, convém assentar que a ciência e a tecnologia, embora tenham, de um modo geral, ao longo de sua história, trazido progresso e bem-estar às pessoas, não constituem atividades neutras, nem inócuas quanto aos seus motivos e resultados. Elas tampouco detêm o monopólio da verdade, da razão ou da objetividade, valores, de resto, também cultivados por outras áreas do conhecimento humano.

Diga-se, aliás, que a fé no progresso ilimitado da ciência e da técnica bem como a crença em sua benignidade intrínseca representam uma herança do Iluminismo, no fundo um racionalismo naturalista, que veio a lume no auge da prevalência do paradigma físico-matemático, cultivado no "Século das Luzes", dentre outros, por Voltaire, D'Alembert, Diderot, Rousseau, D'Holbach, como instrumento para a superação dos preconceitos e superstições ainda remanescentes do medievo. Esse legado foi potencializado, no século XIX, pelo naturalismo, evolucionismo e positivismo, de Spencer, Darwin e Comte, respectivamente, ou seja, por um "bando de ideias novas", nas palavras de Sílvio Romero, as quais, na época, tomaram conta do País e do mundo.[14]

Mas já no início do século XX, uma *malaise* generalizada, uma sensação de mal-estar vago e indefinido, um sentimento de *fin d'une époque*, começa a tomar conta do mundo, refletindo, em grande medida, o desencanto das pessoas com a civilização centrada na tecnologia e um certo ceticismo quanto à visão panglossiana, então prevalente, segundo a qual *scientia omnia vincit*.

No plano filosófico, uma de suas expressões mais significativas foi o existencialismo de Heidegger, Jaspers, Merleau-Ponty e Sartre, legatário, de um lado, da angústia vital kierkegaardiana e, de outro, da fenomenologia de Edmund Husserl. Deste último, em especial, o existencialismo hauriu a primazia que emprestou à *Lebenswelt*, isto é, ao "mundo da vida", apartado dos "mundos" abstratamente construídos pelas ciências e por aquilo que intitulou de "naturalismo ingênuo". Nesse sentido, é muito significativa sua afirmação de que a "ciência da natureza (como toda a ciência em geral) designa uma atividade humana (*menschliche Leistung*), a saber, a dos cientistas que cooperam entre si", explicando que, "sob este aspecto pertence, como todos os processos espirituais, ao círculo dos fatos que devem ser explicados pelas ciências do espírito".[15]

Não é preciso fazer um grande esforço intelectual, nem mergulhar profundamente no passado, para listar os malefícios que decorreram do uso indevido ou equivocado da ciência e do instrumental técnico por ela desenvolvido. Basta lembrar as atrocidades cometidas nas duas Guerras Mundiais, o efeito estufa motivado pela queima de combustíveis fósseis, a contaminação do solo, dos rios e dos oceanos fruto da industrialização desenfreada, o buraco na

---

[14] Cf. CRUZ COSTA, João. *Contribuição à história das ideias no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 1967, p. 98.

[15] Cf. HUSSERL, Edmund. *A crise da humanidade europeia e a filosofia*. 3. ed. Porto Alegre: EDIUFRS, 2008, p. 64.

camada de ozônio, que circunda a Terra, provocado pelo uso descontrolado dos clorofluorcarbonetos (CFCs), empregados em equipamentos de refrigeração, o acidente ocorrido na usina nuclear de Chernobyl, no norte da Ucrânia, resultante do emprego descuidado da energia atômica, as deformidades causadas em crianças cujas mães tomaram o analgésico e anti-inflamatório *Talidomida* etc.

A ciência e a tecnologia, é escusado dizer, nascem e prosperam em um dado contexto social, refletindo, portanto, uma determinada visão de mundo, historicamente situada, como revelou, de forma pioneira, a crítica marxiana.[16] Para esta, o conhecimento científico equipara-se a uma ideologia, pois abriga valores e interesses, nem sempre percebidos ou tornados explícitos por seus protagonistas.[17] Ideologia compreendida como o fenômeno em que as ideias e representações elaboradas pelos homens, a partir de suas circunstâncias, são tidas como o próprio real, embora constituam meros signos que não coincidem necessariamente com os dados do mundo concreto.[18]

Essa é também a linha trilhada pela crítica gramciana, para a qual, "não obstante todos os esforços dos cientistas, a ciência jamais se apresenta como uma noção objetiva; ela aparece sempre revestida por uma ideologia e, concretamente, a ciência é a união do fato objetivo com uma hipótese, ou um sistema de hipóteses, que supera o mero fato objetivo".[19]

Jürgen Habermas, em ensaio escrito sobre o tema, por ocasião do septuagésimo aniversário de Herbert Marcuse, renova a reflexão sobre as bases epistemológicas da ciência e da tecnologia, salientando também o seu caráter intrinsecamente ideológico.[20] Nesse trabalho demonstra que a visão cientificista e tecnocrática do mundo não apenas abriga interesses, não raro bastante concretos, e nem sempre aparentes, mas logra "penetrar como ideologia de fundo também na consciência da massa despolitizada da população e desenvolver uma força legitimadora". Segundo ele, tal ideologia acaba por afastar "a autocompreensão culturalmente determinada de um mundo social da vida", que passa a ser "substituída pela autocoisificação dos homens".[21]

---

[16] V. MARX, Karl; ENGELS, Friederich. *A ideologia alemã*: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner e do socialismo alemão em seus diferentes profetas (1845-1846). São Paulo: Boitempo Editorial, especialmente, p. 29-39.

[17] Nesse sentido, KOROBKIN, Russell. *Stem cell century*: law and policy for a breaktrough technology. New Haven: Yale University Press, 2007, p. 4, assenta: "Claro, as pesquisas com células-tronco embrionárias têm atraído enorme interesse nos Estados Unidos e internacionalmente, não apenas em razão de seu potencial científico e médico, mas também por suas promessas comerciais. Previsões de mercado para tecnologias desenvolvidas a partir de células-tronco variam dos relativamente modestos US$ 100 milhões até os mais otimistas US$ 10 bilhões em 2010" (tradução livre).

[18] V., sobre o tema, LOWY, Michael. *Método dialético e teoria política*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1978, p. 9-29.

[19] GRAMCI, Antonio. *Concepção dialética da história*. 2. ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 1972, p. 71.

[20] HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como "ideologia"*. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 45 a 92.

[21] Idem, p. 74.

Para Habermas, essa ideologia, "um tanto vítrea, hoje dominante, que faz da ciência um feitiço, é mais irresistível e de maior alcance do que as ideologias de tipo antigo".[22] E, embora não leve a uma completa "anulação de conexão ética", ela promove "a repressão da 'eticidade' como categoria das relações vitais em geral". [23]

Tal preocupação com um "mundo totalmente administrado", com uma completa robotização dos seres humanos, foi o *Leitmotiv* que animou a Escola de Frankfurt, à qual pertenceram não apenas Habermas e Marcuse, como também Theodor Adorno, Walter Benjamin, Max Horkheimer e outros.

Horkheimer, um dos principais idealizadores da denominada "Teoria Crítica", dedicou-se a desconstruir o que chamou de "razão instrumental", que leva, segundo ele, à autodestruição da própria razão e ao fim do indivíduo, porquanto prioriza critérios de eficácia na escolha dos meios para atingir fins, sejam eles quais forem. Nesse sentido, afirma: "Uma ciência que em sua autonomia imaginária se satisfaz em considerar a práxis – à qual serve e na qual está inserida – como o seu Além, e se contenta com a separação entre pensamento e ação, já renunciou à humanidade".[24]

O fenômeno da "coisificação" das pessoas mencionado por Habermas, já havia sido descrito antes por Georg Lukács, pensador e militante político húngaro, que aprofundou o conceito de "reificação", segundo o qual as relações sociais e a própria subjetividade humana vão se identificando, paulatinamente, com o caráter inanimado das mercadorias, num processo denominado de "alienação", em que a pessoa se afasta de sua real natureza, tornando-se estranha a si mesma.[25]

É por isso que incumbe aos homens, enquanto seres racionais e morais, sobretudo nesse estágio de evolução da humanidade, em que a própria vida no planeta se encontra ameaçada, estabelecer os limites éticos e jurídicos à atuação da ciência e da tecnologia, explicitando e valorando os interesses que existem por detrás delas, para, assim, escapar à "coisificação" ou "reificação" de que falam Habermas e Lukács, na qual as pessoas, de sujeitos dessas atividades, passam a constituir meros objetos das mesmas.

4. Avanços científicos e direitos de quarta geração

Em sede acadêmica tive oportunidade de afirmar que o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, no século XIX, conhecidos como de "segunda geração", com destaque para o direito ao trabalho, à previdência social, à sindicalização e à greve, ao lado dos direitos individuais de "primeira geração", em particular o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à participação política,

---

[22] Idem, p. 80 a 82.

[23] Idem, loc. cit.

[24] HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. In: *Os pensadores*. v. XLVIII, São Paulo: Victor Civita, 1973. p. 162.

[25] Cf. LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe:* estudos de dialética marxista. Porto: Escorpião, 1974. p. 97 a 126.

positivados na centúria imediatamente anterior, não esgotou a produção legislativa no campo dos direitos fundamentais.[26]

Sim, porque, com a explosão demográfica, as guerras mundiais, as agressões ao meio ambiente, a competição econômica internacional, em suma, com a globalização dos problemas do homem, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, surgiu uma nova classe de direitos, que se convencionou chamar de "direitos de solidariedade" ou de "fraternidade", ou ainda de "direitos de terceira geração".[27]

Tais direitos sucedem no tempo os direitos resultantes das revoluções liberais do século XVIII e os direitos decorrentes das agitações operárias do século XIX. Entre eles sobressaem o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à proteção do meio ambiente e do patrimônio comum da humanidade etc. Esses direitos desenvolveram-se, mais do que nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, em especial no plano do Direito Internacional.[28]

Atualmente, assentei eu, já se cogita de "direitos de quarta geração", decorrentes de novas carências enfrentadas pelos seres humanos, especialmente em razão do avanço da tecnologia da informação e da bioengenharia. Assim é que, hoje, busca-se proteção contra as manipulações genéticas, antevistas por Aldous Huxley em seu livro *Admirável mundo novo* (1930), as quais permitem, por exemplo, criar clones humanos e de animais, e em tese até mesmo – seja-me permitido o argumento *ad terrorem* – centauros, minotauros e sátiros, além de outros seres fantásticos, imaginados pela Mitologia Grega, ou contra a invasão da privacidade, a massificação e o totalitarismo, prenunciados por George Orwell em sua obra *1984* (1948), ou ainda contra a anônima e tentacular burocracia estatal e privada, prevista por Franz Kafka em seu romance *O processo* (1915).[29]

Pedi vênia acima para empregar um argumento, à primeira vista, *ad terrorem*, mas o fato é que lei federal suíça, datada de 18 de dezembro de 1998, que disciplina a reprodução humana assistida, proíbe, expressamente, em seu art. 35, 1, a criação de clones, quimeras ou híbridos, vedação reproduzida e ampliada no projeto de lei daquele país sobre a pesquisa com células embrionárias, atualmente em discussão no parlamento.[30]

Trata-se, com efeito, de uma possibilidade real. Ainda recentemente, a imprensa deu conta de que, na Universidade de Newcastle, no Reino Unido, pesquisadores lograram fundir material genético humano com células de bovi-

---

[26] Cf. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Formação da doutrina dos direitos humanos. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*: v. 98, 2003.

[27] Idem, loc. cit.

[28] Idem, loc. cit.

[29] Idem, loc. cit.

[30] "*Loi fédérale relative a la recherche sur les embryons surnuméraires et sur les cellules souches embryonnaires (...) Art. 3, 1, c, – Il est interdit: (...) de créer um clone, une chimère ou un hybride (art. 36, al. 1, de la loi du 18 de décembre de 1998 sur la procréation médicalement assistée), de produire de celules souches embryonnaires à partir d'un clone, d'une chimère, ou d'un hybride, ou d'utilliser telles cellules.*"

nos, resultando num embrião híbrido (*cytoplasmatic hybrid*), alegadamente com o objetivo de desenvolver novas células-tronco para o tratamento de doenças degenerativas.[31]

5. Bioética e direitos humanos no plano internacional

Os enormes avanços logrados pela ciência no campo da genética e da biotecnologia nas últimas décadas despertaram a preocupação da comunidade internacional, que entendeu ser necessário, sem prejuízo da liberdade de pesquisa, estabelecer balizas éticas e jurídicas, de âmbito universal, quanto aos seus fins, resultados e procedimentos.

Nesse sentido, a 33ª Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) aprovou, em 19 de outubro de 2005, por unanimidade, após intensos debates, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, que pretende constituir um marco inspirador de políticas, leis e padrões éticos no setor para os 191 países-membros da ONU. A minuta do documento foi redigida pelo Comitê Internacional de Bioética da Unesco, estabelecido em 1993, o qual é integrado por 36 especialistas independentes que examinam as consequências éticas das atividades científicas, em especial no âmbito da proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Essa Declaração invoca como fundamentos, além de outros textos normativos de abrangência internacional e regional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997), a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos (2003), a Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes para com as Gerações Futuras (1997), a Declaração de Helsinque, da Associação Médica Mundial, sobre Princípios Éticos para a Pesquisa Biomédica envolvendo Sujeitos Humanos (1964, emendada em 1975, 1989, 1993, 1996, 2000 e 2002), as Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos, do Conselho para Organizações Internacionais de Ciências Médicas (1982, emendadas em 1993 e 2002), o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa (1997).

A Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos, um dos documentos mais avançados no gênero, é especialmente enfática no tocante ao respeito que deve merecer o genoma humano, definido como "patrimônio da humanidade", por constituir "a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana, bem como de sua inerente dignidade e diversidade" (art. 1º). Por isso, assinala o documento, "a pesquisa, o tratamento ou o diagnóstico que afetem o genoma humano devem ser realizados apenas após avaliação rigorosa e prévia dos riscos e benefícios neles implicados e em conformidade com quaisquer outras exigências da legislação nacional" (art. 5º).

---

[31] Cf. *Folha de São Paulo*, 2 de abril de 2008, A 16. V., também, <http://www.guardian.co.uk/science/2008/apr/02/medicalresearch.ethicsofscience>. Acesso em 3-4-2008.

Os valores e princípios da Declaração sobre o Genoma Humano e da Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa foram expressamente incorporados pela Declaração Ibero-americana sobre Ética e Genética, de 1996, elaborada em Manzanillo, e revisada em Buenos Aires, dois anos depois, que contou com a participação de representantes do Brasil, cujo texto enfatiza que o "desenvolvimento científico e tecnológico no campo da genética humana deve ser feito levando em consideração (...) o respeito à dignidade, à identidade e à integridade humanas e aos direitos humanos reafirmados nos documentos jurídicos internacionais".

Do preâmbulo da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco, consta que ela deriva da "capacidade única dos seres humanos de refletir sobre sua própria existência e sobre o seu meio ambiente", bem como de especular "sobre os rápidos avanços na ciência e na tecnologia, que progressivamente afetam nossa compreensão da vida e a vida em si, resultando em uma forte exigência de uma resposta global para as implicações éticas de tais desenvolvimentos".

Os signatários do documento reconhecem, ainda, em suas considerações exordiais, que "questões éticas suscitadas pelos rápidos avanços na ciência e suas aplicações devem ser examinadas com o devido respeito à dignidade da pessoa humana e no cumprimento e respeito universais pelos direitos humanos e liberdades fundamentais". Por essas razões, entendem "ser necessário e oportuno que a comunidade internacional declare os princípios universais que proporcionarão uma base para a resposta da humanidade aos sempre crescentes dilemas e controvérsias que a ciência e a tecnologia apresentam à espécie humana e ao meio ambiente".

Entre os objetivos listados no art. 2º desse diploma internacional, cumpre ressaltar aquele estabelecido em seu item **iv**, qual seja: "reconhecer a importância da liberdade de pesquisa científica e os benefícios resultantes dos desenvolvimentos científicos e tecnológicos, evidenciando, ao mesmo tempo, a necessidade de que tais pesquisas ocorram conforme os princípios éticos dispostos nesta Declaração e respeitem a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais".

Por outro lado, dos vários princípios arrolados na Declaração, merecem especial destaque os mencionados nos arts. 3º e 4º. O primeiro assenta que a "dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser respeitados em sua totalidade", afirmando, ainda, que os "interesses e o bem-estar do indivíduo devem ter prioridade sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade". Já o segundo, que incorpora os fundamentos da tradicional ética hipocrática, consigna que os "benefícios diretos e indiretos a pacientes, sujeitos de pesquisas e outros indivíduos afetados devem ser maximizados e qualquer dano possível a tais indivíduos deve ser minimizado, quando se trate de aplicação e avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e tecnologias associadas" (grifei).

Visando a dar concreção aos valores e princípios que integram a Declaração, o art. 22, *a*, consigna o seguinte: "Os Estados devem tomar todas as medidas adequadas de caráter legislativo, administrativo ou de qualquer outra natureza" – e aqui incluem-se, evidentemente, as de caráter judicial – "de modo a implementar

os princípios estabelecidos na presente Declaração em conformidade com o direito internacional e com os direitos humanos".

O Brasil, pois, como membro da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura e signatário da Declaração elaborada sob seus auspícios, está obrigado a dar concreção a seus preceitos no âmbito dos três poderes que integram sua estrutura estatal, sob pena de negar consequência jurídica à manifestação de vontade, formal e solene, que exteriorizou no âmbito internacional.

Em outras palavras, a produção legislativa, a atividade administrativa e a prestação jurisdicional no campo da genética e da biotecnologia em nosso País devem amoldar-se aos princípios e regras estabelecidas naquele texto jurídico internacional, sobretudo quanto ao respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos e garantias fundamentais, valores, de resto, acolhidos com prodigalidade pela Constituição de 1988.

6. Considerações sobre o início e a proteção da vida

Múltiplas posições podem ser assumidas no tocante ao exato momento em que se inicia a vida, dependendo das convicções filosóficas, religiosas ou científicas daqueles que se debruçam sobre a questão.[32] Para os materialistas, a vida resume-se a um fato da natureza, experimentalmente verificável, ao passo que para a maioria dos crentes ela representa um dom divino, transmitido aos seres humanos no momento da concepção. Talvez não seja o Judiciário o foro adequado para debater esse tormentoso tema, visto não estar aparelhado – e nem vocacionado – para entreter discussões que, no fundo, têm um caráter eminentemente metafísico, com relação às quais as instituições acadêmicas e as escolas de teologia, com certeza, encontram-se mais bem preparadas.

No campo da ciência, alguns entendem que a vida começa apenas no momento da implantação do embrião no útero materno, ou seja, depois do sétimo ou sexto dia da concepção, constituindo, antes desse momento, um mero aglomerado de células da espécie biológica humana.[33] Já outros acreditam que o embrião somente se transforma numa pessoa a partir do décimo quarto dia. É que, até então, "não se poderia falar em indivíduo humano propriamente dito, pois existe a possibilidade de que um indivíduo se converta em dois (ou mais) ou de que dois (ou mais) indivíduos se convertam em um".[34] Outros sustentam, ainda, que o embrião somente adquire subjetividade no momento em que é formado o sis-

---

[32] V., sobre as diferentes visões religiosas e laicas, DORFF, Elliot N. *A pesquisa com células-tronco*: uma perspectiva judaica; FARLEY, Margareth A. *Concepções católicas romanas sobre as pesquisas com células-tronco embrionárias humanas*; MEILAENDER, Gilbert. *Algumas reflexões protestantes*; YOUNG, Ernlé W. D. Questões éticas: uma perspectiva secular. In: HOLLAND, Suzanne; LEBACQZ, Karen; ZOLOTH, Laurie, op. cit.

[33] Para as distintas posições sobre o tema, no campo científico, v. PALAZZANI, Laura. O debate sobre células-tronco na Itália: problemas biojurídicos e desenvolvimento normativo. In: MARTÍNEZ, Julio Luis, op. cit., p 172-175.

[34] Idem, p. 173.

tema nervoso central, permitindo a percepção do prazer e da dor, ou quando se estrutura o córtex cerebral, epicentro da racionalidade. Estes últimos defendem a tese do paralelismo entre a "morte cerebral" e a "vida cerebral", como marcos cruciais da existência humana.[35]

A convicção pessoal acerca do início da vida, ademais, pode variar em função da perspectiva gnoseológica adotada pelo observador, que chega a conclusões distintas, dependendo da ótica que adote com relação ao fenômeno: sincrônica, se o compreende como um conjunto de fatos coincidentes no tempo; diacrônica, se o considera em sua evolução temporal.

O começo da existência humana pode, também, ser estudado sob o prisma de lógicas distintas, baseadas quer no raciocínio analítico, quer no dialético. Essas duas lógicas, historicamente, trilharam caminhos paralelos e, como regra, contrapostos.[36] Na analítica predomina o exame das proposições e o sistema silogístico de argumentação, ao passo que, na dialética, busca-se a "grande síntese", a partir do jogo dos opostos, em constante evolução. Dialéticos e analíticos, em geral, não se entendem, pois empregam linguagens com sintaxes diferentes.

A dialética tem origem em Heráclito e Platão; a analítica em Parmênides e Aristóteles. A primeira foi cultivada por Plotino, Proclo e, em parte, por Santo Agostinho, na Antiguidade. No período medieval, Johannes Scotus Eurígena e a Escola de Chartres, bem como outros filósofos neoplatônicos, debruçaram-se sobre ela. Viu-se estudada, no Renascimento, por Nicolaus Cusanus, Ficino, e Giordano Bruno. Na Modernidade, foi empregada por Espinosa, Schelling, Hegel e Marx, dentre outros. Lamark, Darwin e quase todos os grandes biólogos contemporâneos, como Richard Dawkins e Stephen Jay Gould, adotaram-na, igualmente, como substrato metodológico. Inclusive os renomados físicos da atualidade, a exemplo de Stephen Hawking, com suas teses sobre os "buracos negros" e a teoria do *Big Bang*, podem ser considerados neoplatônicos.

Já a lógica analítica foi, na Idade Média, desenvolvida por Alberto Magno, São Tomás de Aquino, Duns Scotus e Guilherme de Ockham, passando, na era Moderna, por Descartes, Leibnitz, Kant, Frege e Wittgenstein. O raciocínio analítico ganhou espaço, predominando na lógica, matemática e física contemporâneas, disciplinas que se fizeram credoras das ideias de Galilei, Copérnico, Newton e Einstein.

No plano puramente jurídico-positivo, há fortes razões para adotar-se a tese de que a vida tem início a partir da concepção. Entre outras, porque a Convenção Americana de Direitos Humanos, o denominado Pacto de São José da Costa Rica, aprovado em 22 de novembro de 1969, e ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 2002, ingressou no ordenamento legal pátrio **não como** simples **lei ordinária**, **mas como regra de caráter supralegal ou**, até mesmo, **como**

---

[35] Idem, loc. cit.

[36] Para uma visão histórica das distintas lógicas e de seus conceitos básicos, aproveitados neste texto, cf. CIRNE-LIMA, Carlos Roberto. *Dialética para principiantes*. 3. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2005.

norma dotada de dignidade constitucional, segundo recente entendimento expressado por magistrados desta Suprema Corte.

De fato, em notável voto proferido na sessão de 12 de março do corrente, no HC 87.585/TO, o Ministro Celso de Mello defendeu, com o brilhantismo que lhe é peculiar, o *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. E, em não menos substancioso voto, o Ministro Gilmar Mendes, no RE 466.343/SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, cujo julgamento ainda não foi concluído, sufragou a tese de que os tratados, nesse campo, teriam a estatura de direito supralegal, ou seja, estariam, hierarquicamente, acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição. Tudo indica, pelas manifestações exteriorizadas por vários Ministros ao longo daqueles julgamentos, que o STF caminha no sentido de ampliar o valor que vinha conferindo aos textos internacionais relativos ao tema, atribuindo-lhes uma classificação, no mínimo, superior às normas que integram a legislação comum.

A se levar às últimas consequências tal raciocínio, qual seja, o da prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos sobre as leis ordinárias, não há como deixar de concluir, *concessa venia*, que a vida, do ponto de vista estritamente legal, começa na concepção, ou seja, a partir do encontro do espermatozoide com o óvulo. Isso porque o art. 4º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, sem cuidar da implantação ou não do óocito fecundado em um útero humano – até porque à época de sua aprovação não se cogitava, ainda, da técnica da fertilização extracorpórea –, estabelece, *tout court*, o seguinte: "Toda a pessoa tem direito que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, **desde a concepção**" (grifei).

Ainda que se queira relativizar a força desse comando em face da expressão "em geral" nele abrigada, tal locução não afasta a ideia de que, para os efeitos legais, a vida começa na concepção, iniciada quer *in utero*, quer *in vitro*, podendo a lei do Estado signatário da Convenção deixar, eventualmente, de protegê-la, em situações excepcionais, caso outros valores estejam em jogo. Um exemplo típico consiste na exclusão da antijuridicidade do chamado "aborto necessário", contemplada no art. 128, I, do Código Penal brasileiro, que corresponde àquele praticado por médico, quando não há "outro meio de salvar a vida da gestante".

Daí segue-se, a meu ver, que esse conceito jurídico, abrigado em um tratado internacional de direitos humanos, regularmente subscrito e ratificado pelo País, a saber, de que a vida começa na concepção, não é abalado, *data venia*, pelo raciocínio arrimado, fundamentalmente, no Código Civil, segundo o qual a legislação pátria somente ampararia o nascituro, isto é, o ser aninhado no útero materno, garantindo-lhe a proteção do Estado, antes mesmo do nascimento.

É possível, porém, que, no plano meramente fático e sob uma ótica dialética, a vida, assim como a morte, ao invés de constituir um evento delimitado no tempo, corresponda a um processo que se desenvolve por etapas. Mas ainda que se considere o zigoto, que jaz em um tubo de ensaio ou numa "placa de Petri", apenas um ser humano em construção, uma pessoa *in fieri*, uma vida em

formação, não há como deixar de conferir-lhe um tratamento digno, atualmente reivindicado até para as cobaias de laboratório.

Isso porque, como sublinha Laura Palazzani, "a negação do estatuto pessoal do embrião não equivale à negação de toda obrigação de respeito e tutela".[37] Ademais, lembra Silmara Almeida, a melhor doutrina encaminha-se no sentido de reconhecer que as células embrionárias, mesmo no estágio pré-implantacional, apresentam uma inegável natureza humana, *individua substantia rationalis naturae*, no dizer de Boécio.[38] De fato, atualmente, prevalece na comunidade científica e no meio jurídico dos países desenvolvidos, como se verá a seguir, a ideia de que os embriões, qualquer que seja o seu estágio de desenvolvimento, e não importando onde tenham sido gerados, merecem ser tratados de forma digna.

Não obstante esse entendimento, penso que a discussão travada nestes autos não deve limitar-se a saber se os embriões merecem ou não ser tratados de forma condigna, ou se possuem ou não direitos subjetivos na fase pré-implantacional, ou, ainda, se são ou não dotados de vida antes de sua introdução em um útero humano. Creio que o debate deve centrar-se no **direito à vida** entrevisto como um **bem coletivo,** pertencente à sociedade ou mesmo à humanidade como um todo, sobretudo tendo em conta os riscos potenciais que decorrem da manipulação do código genético humano.

Sim, porque, em se tratando do direito à vida, que compreende, por excelência, o direito à saúde, aqui também considerado um valor transindividual, "a convicção de que todos os homens têm um destino comum, pois todos 'estão no mesmo barco', tornou impossível a existência de riscos estritamente individuais", como notam Sueli Dallari e Daisy Ventura.[39]

Nessa linha, alguns pensadores contemporâneos, entre os quais o sociólogo Zigmunt Bauman, desenvolveram a ideia de que atualmente vivemos numa "sociedade de risco" (*Risk Society*), em que, como observa Ulrich Beck, "o reconhecimento da imprevisibilidade das ameaças provocadas pelo desenvolvimento técnico-industrial exige a autorreflexão em relação às bases da coesão social e o exame das convenções e dos fundamentos predominantes da 'racionalidade'".[40]

Assim, cumpre partir do pressuposto de que o **direito à vida** – bem essencial da pessoa humana, sem o qual sequer é possível cogitar de outros direitos – **não pode ser encarado**, ao menos para o efeito da discussão que ora se trava, **sob uma perspectiva meramente individual**, devendo, ao revés, ser pensado como um **direito comum a todos** os seres humanos, que encontra desdobramento, inclusive e especialmente, no plano da saúde pública.

---

[37] PALAZZANI, Laura, op. cit., p. 176.

[38] ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 162.

[39] DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Princípio da precaução: dever do Estado ou protecionismo disfarçado? In: *São Paulo em Perspectiva*, v. 16, n. 2, São Paulo, abril/junho 2002.

[40] BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva*: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: UNESP, 1997, p. 19.

De fato, analisar essa magna questão tão somente sob a perspectiva de um eventual direito à vida dos zigotos produzidos *in vitro*, considerados de *per si*, pode levar, *data venia*, a posições maniqueístas, contra ou a favor da vida, contra ou a favor das pesquisas científicas, desviando a discussão de seu foco principal, que, segundo penso, deve centrar-se na extensão em que se permitirá a manipulação – ainda que revestida das melhores intenções – do patrimônio genético dos seres humanos, tema, a meu ver, de transcendental importância.

7. O princípio da precaução no campo da saúde pública

Quando se cogita da preservação da vida numa escala mais ampla, ou seja, no plano coletivo, não apenas nacional, mas inclusive planetário, vem à baila o chamado "princípio da precaução", que hoje norteia as condutas de todos aqueles que atuam no campo da proteção do meio ambiente e da saúde pública. Ainda que não expressamente formulado, encontra abrigo nos arts. 196 e 225 de nossa Constituição.

O princípio da precaução foi explicitado, de forma pioneira, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, da qual resultou a Agenda 21, que, em seu item 15, estabeleceu que, diante de uma ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas viáveis para prevenir a degradação ambiental.

O referido princípio foi mais tarde ampliado na reunião levada a efeito em Wingspread, sede da *Johnson Foundation*, em Racine, Estado de Wisconsin, nos EUA, no mês de janeiro de 1998, com a participação de cientistas, juristas, legisladores e ambientalistas, cuja Declaração final consigna: "Quando uma atividade enseja ameaças de danos ao meio-ambiente ou à saúde humana, medidas de precaução devem ser tomadas, mesmo que algumas relações de causa e efeito não forem estabelecidas cientificamente".

Entre os principais elementos que integram tal princípio figuram: i) a precaução diante de incertezas científicas; ii) a exploração de alternativas a ações potencialmente prejudiciais, inclusive a da não ação; iii) a transferência do ônus da prova aos seus proponentes e não às vítimas ou possíveis vítimas; e iv) o emprego de processos democráticos de decisão e acompanhamento dessas ações, com destaque para o direito subjetivo ao consentimento informado.

Esse novo paradigma emerge da constatação de que a evolução científica traz consigo riscos imprevisíveis, os quais estão a exigir uma reformulação das práticas e procedimentos tradicionalmente adotados nesse campo. Isso porque, como registra Cristiane Derani, é preciso "considerar não só o risco de determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade".[41]

---

[41] DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 167.

Com efeito, avançando para além da antiga ótica de recomposição de eventuais prejuízos, "o princípio da precaução não se compraz apenas com a caracterização do dano a ser compensado, pois ele abriga a convicção de que existem comportamentos que devem ser proibidos, sancionados e punidos".[42] Em outras palavras, "não basta determinar o montante da indenização, pois existem danos que não têm preço".[43]

Não se trata, evidentemente, de exigir uma total abstenção no tocante a ações que envolvam eventual risco, de maneira a levar à paralisia do desenvolvimento científico ou tecnológico. Cuida-se, ao contrário, de exigir, "em situações de risco potencial desconhecido", a busca de soluções que permitam "agir com segurança", transmudando o risco potencial, "seja em risco conhecido, seja ao menos em risco potencial fundado".[44]

Isso implica a necessidade de alterar-se profundamente os processos decisórios levados a efeito no âmbito dessa importante área do saber humano, a começar pela ampliação do círculo de pessoas credenciadas a participar dos mesmos, dotando-as de "todas as informações necessárias e indispensáveis das grandes decisões públicas ou privadas que possam afetar a segurança das pessoas".[45] Isso porque, "o princípio de precaução impõe uma obrigação de vigilância, tanto para preparar a decisão, quanto para acompanhar suas consequências".[46]

É por essas razões que a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco, enfatiza, no art. 18, *c*, que se deve, nesse setor do conhecimento, "promover oportunidades para o debate público pluralista, buscando-se a manifestação de todas as opiniões relevantes".

8. O postulado da dignidade da pessoa humana

A questão sob exame pode e deve ser, ainda, analisada sob o prisma da dignidade da pessoa humana, que constitui o núcleo axiológico de todas as declarações e tratados de proteção dos direitos fundamentais vigentes no plano internacional, assim como da grande maioria dos textos legais que tratam do tema no âmbito interno dos Estados.

Mas é preciso ter em mente, como advertem Gomes Canotilho e Vital Moreira, que a dignidade da pessoa humana não pode ser reduzida, simplesmente, "à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir uma 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana".[47]

---

[42] DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. op. cit., loc. cit.

[43] Idem, loc. cit.

[44] Idem, loc. cit.

[45] Idem, loc. cit.

[46] Idem, loc. cit.

[47] CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1984, p. 58/59.

Claro, porque, em sendo a dignidade humana a própria matriz unificadora dos direitos fundamentais, a começar do direito à vida, não pode ela ser considerada apenas um bem jurídico atribuído à determinada pessoa, enquanto indivíduo, mas deve ser tratada, também e especialmente, como um valor que diz respeito à coletividade em que esta se encontra integrada.

Entre nós, convém salientar, a dignidade humana não só constitui o cerne dos direitos fundamentais, como configura, igualmente, um dos pilares da própria República, conforme consigna, de modo solene, o art. 1º, III, da vigente Carta Magna. Daí cuidar-se de **um valor que transcende a pessoa compreendida como ente individual**, consubstanciando verdadeiro parâmetro ético de observância obrigatória em todas as interações sociais.

É que, como assinala Ingo Wolfgang Sarlet, "a dignidade humana implica também, em *ultima ratio*, por força de sua dimensão intersubjetiva, a existência de um dever geral de respeito por parte de todos (...) os integrantes da comunidade de pessoas para com os demais e, para além disso (...), até mesmo um dever das pessoas para consigo mesmas".[48]

A **dignidade da pessoa humana**, nesse sentido, **corresponde a uma baliza axiológica** que deve reger as relações entre governantes e governados, administradores e administrados, empregados e empregadores, pais e filhos, professores e alunos, médicos e pacientes, advogados e clientes, fornecedores e consumidores etc.

Cumpre ressaltar, porém, que a dignidade da pessoa humana, na qualidade de "núcleo essencial" da Carta de 1988, ou seja, enquanto valor que ostenta a maior hierarquia em nosso ordenamento jurídico, do ponto de vista axiológico, não se resume apenas a um imperativo de natureza ética ou moral, mas configura um enunciado dotado de plena eficácia jurídica, achando-se, ademais, refletido em diversas normas de caráter positivo, formal e materialmente constitucionais.

Esse enunciado, com efeito, não apenas empresta significado a diferentes dispositivos da Carta Magna, sobretudo àqueles que tratam dos direitos fundamentais em sentido estrito, como também encontra menção expressa em vários outros artigos disseminados em seu texto. Por exemplo, quando estabelece: no art. 170, que a ordem econômica "tem por fim assegurar a todos existência digna"; ou no art. 226, § 6º, que o planejamento familiar funda-se "nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável"; ou, ainda, no art. 227, *caput*, que a criança e o adolescente têm, com absoluta prioridade, entre outros, o direito "à dignidade" e "ao respeito".

Comandos desse jaez, enfatiza José Afonso da Silva, têm lugar em nossa Constituição "não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana".[49]

---

[48] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 114.

[49] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 108.

Não se afigura ocioso, ademais, lembrar que é possível deduzir, desse preceito básico, direitos fundamentais autônomos, não explicitados no texto constitucional, seja por sua inegável densidade conceitual, seja por força do que dispõe o art. 5º, § 2º, da Lei Maior.[50]

Assim, toda e qualquer produção normativa deverá estar alicerçada nesse fundamento. Em outras palavras, **a nenhuma norma será conferida validade quando contrariar esse valor-fonte** que, na lição de Miguel Reale, é "aquele do qual emergem todos os valores, os quais somente não perdem sua força imperativa e sua eficácia enquanto não se desligam da raiz de que promanam".[51]

Qual seria, então, o seu conteúdo? Para além do belo interesse filosófico da pergunta, é necessário fixar, em face do caso sob exame, o que significa dignidade da pessoa humana, para que se possa, na sequência, responder se a norma impugnada nesta ação direta de inconstitucionalidade vulnera ou não esse valor essencial, mesmo porque, lembra Reale, "toda a interpretação jurídica é de natureza axiológica, isto é, pressupõe a valoração objetivada na proposição normativa".[52] Mas, para tanto, primeiro, será preciso estabelecer a sua natureza jurídica.

Humberto D'Ávila, com arrimo nas ideias de Karl Larenz, Ronald Dworkin e Robert Alexy, dentre outros, distingue três modalidades de normas jurídicas: as regras, os princípios e os postulados.[53] As primeiras correspondem a comandos que determinam condutas obrigatórias, permitidas ou proibidas. Já as segundas estabelecem condutas necessárias para a consecução de determinados fins. Os **postulados**, por sua vez, **consubstanciam verdadeiras metanormas**, isto é, normas que estabelecem a maneira pela qual outras normas devem ser aplicadas.

A partir dessa classificação é possível definir a **dignidade da pessoa humana** como um **postulado normativo**, ou seja, **uma metanorma**, que confere significado aos direitos fundamentais, sobretudo ao direito à vida, considerado, aqui, como já assinalado, não apenas sob a ótica individual, mas encarado, especialmente, sob um prisma coletivo. E, para que se possa apreender o conteúdo desse postulado é preciso reportar-se àquilo que a doutrina alemã denomina de *Menschenbild*, ou seja, a imagem de pessoa que se encontra descrita, de modo amplo, no texto constitucional.[54]

---

[50] "Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte."

[51] REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito de ideologia.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 18.

[52] REALE, Miguel. *O Direito como experiência*: introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 251.

[53] Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, especialmente quanto aos postulados, p 121-166.

[54] Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade da pessoa humana e as teorias da prevenção geral positiva*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2003, p. 21.

Helena Regina Lobo da Costa, amparada em Konrad Hesse, assenta que "a imagem da pessoa delineada em nossa Constituição é a de um ser humano portador de direitos individuais, coletivos e sociais, de nacionalidade e de direitos políticos, que lhe garantem espaço para o exercício livre de sua personalidade, sem ignorar que esta pessoa existe em relação com os demais (Mitsein, em oposição a Selbstsein – existir isoladamente)".[55] Essa pessoa, prossegue ela, deverá, portanto, ser compreendida sempre em sua dupla acepção: como *ens individuale* e *ens sociale*.[56]

Colho das decisões do Supremo Tribunal Federal dois exemplos de aplicação do postulado da dignidade humana como metanorma. O primeiro é aquele em que a Corte ampliou a garantia constitucional do devido processo legal para nela abarcar o rito processual previsto para os crimes relacionados a entorpecentes. [57] Nesse caso, a *Menschenbild* empregada correspondia ao *ens individuale*, retratando um ser humano dotado do direito de ver-se processado em rigoroso cumprimento do princípio da legalidade.

Já no segundo exemplo, a referida imagem assumiu os contornos de *ens sociale*, na medida em que foi construída a partir do confronto do indivíduo com o "outro". Cuida-se de decisão que entendeu ser impenhorável o imóvel residencial do devedor (a pressupor, portanto, um credor), enquanto instrumento garantidor de sua subsistência pessoal, bem como a de seus familiares. Ou seja, o direito à propriedade, naquele caso, foi reconfigurado, tendo como fundamento a metanorma da dignidade da pessoa humana, considerada em sua dimensão social.[58]

Diante dessas considerações, entendo que o fulcro da discussão, ora submetida a esta Suprema Corte, não se restringe meramente ao estatuto jurídico do embrião gerado *in vitro* ou das células-tronco que dele podem ser extraídas, devendo abranger, para muito além desse estreito horizonte, a disciplina das pesquisas genéticas e das ações de todos os seus protagonistas, sejam eles doadores de gametas, receptores de óvulos fertilizados, médicos ou cientistas, tendo como parâmetro a dignidade humana, enquanto valor fundante do texto constitucional.

9. Células embrionárias humanas no direito comparado

Examinando o tema à luz da legislação francesa, Brigitte Mintier observa que o direito positivo francês faz uma distinção entre "pessoas" e "coisas".[59] Enquadram-se na primeira categoria os indivíduos e os grupos de indivíduos que adquirem personalidade jurídica ao preencherem determinados requisitos legais. Já os animais são considerados "coisas". Os integrantes de ambas as categorias,

---

[55] Idem, loc. cit.

[56] Idem, p. 22.

[57] RE 515.427, Rel. Min. Gilmar Mendes.

[58] RE 439.003, Rel. Min. Eros Grau.

[59] MINTIER, Brigitte Feuillet. Células-tronco embrionárias e o direito francês. In: MARTÍNES, Julio Luis, op. cit., p. 146-147.

porém, são merecedores de proteção legal. E explica: "Os animais são juridicamente coisas e, no entanto, são objeto de medidas protetoras. Existe, de qualquer modo, uma diferença essencial: as pessoas são 'sujeitos de direito', enquanto as coisas são 'objetos de direito'. Portanto, é inevitável que esta diferenciação conduza a uma maior proteção para as pessoas".[60]

Mais adiante assenta ela que, sem embargo da relativa indefinição sobre o *status* jurídico do óvulo fecundado *in vitro*, a "legislação francesa regulamenta a maior parte das práticas efetuadas com embriões humanos". Isso permite concluir que, "à falta de textos específicos sobre as células embrionárias, o estatuto do embrião parece aplicável a essas células".[61] Quer dizer, ainda que não gozem de amparo integral, à semelhança do que ocorre com uma pessoa, os embriões e as células embrionárias, na França, são protegidos pela lei.

Veelke Derckx, estudando a legislação dos Países Baixos, revela que, lá, entende-se que os direitos subjetivos são adquiridos no momento do nascimento da pessoa.[62] E, embora um embrião, com base nesse raciocínio, não seja sujeito de direitos, ainda assim é "considerado digno de proteção".[63] Isso porque o direito sanitário daquele país baseia-se na "teoria da proteção jurídica progressiva", segundo a qual há um incremento gradativo no nível de proteção do embrião, "em função de seu grau de desenvolvimento".[64]

Aduz, ainda, que a "lei dos embriões", a qual "estabelece os limites ao uso que pode ser feito dos gametas e dos embriões, parte da dignidade humana e do princípio do respeito à vida em geral".[65] Tais paradigmas, segundo explica, somente podem ser atalhados "quando se deve outorgar um valor superior a outros valores, como o bem-estar da futura criança, a cura de doenças ou o benefício para a saúde e o bem-estar de casais estéreis".[66]

Já "a posição doutrinal majoritária na Alemanha", refletida no direito positivo e na jurisprudência daquele país, "defende que o embrião já é sujeito ou – na medida em que a dignidade não é considerada um direito subjetivo, mas antes um princípio fundamental constitucional, – que ele é ao menos 'beneficiado' pelo princípio da garantia da dignidade humana", como informa Walter von Plattenberg.[67] Mesmo aqueles que entendem que o embrião não possui direitos subjetivos, acrescenta, não negam que ele, quer se encontre *in utero*, quer *in vitro*,

---

[60] Idem, p. 147.

[61] Idem, p. 147-149.

[62] DERCKX, Veelke. Células-tronco: legislação e doutrina nos Países Baixos. In: MARTÍNES, Julio Luis, op. cit., p. 163.

[63] Idem, loc. cit.

[64] Idem, loc. cit.

[65] Idem, loc. cit.

[66] Idem, p. 163-164.

[67] PLATTENBERG, Walther von. Células-tronco: legislação, jurisprudência e doutrina na Alemanha. In: MARTÍNES, op. cit., p. 202.

representa "um bem que tem de ser objeto de proteção legal", ou que, no mínimo, é dotado de um "'pré-direito fundamental' *(Grundrechtsanwarschaft)*".[68]

Nesse mesmo sentido, o *Human Embryo Research Panel* dos Estados Unidos da América, instado a pronunciar-se sobre o tema, embora haja rejeitado a tese de que o conjunto de células resultante da fertilização *in vitro* tenha o estatuto moral – e, *a fortiori*, legal – equivalente ao de uma pessoa, consignou, num relatório elaborado em 1994, que "o embrião humano faz jus a uma séria consideração moral como forma de vida humana em desenvolvimento".[69] E como consequência desse entendimento – que foi alvo de muitas críticas por sua pretensa ambivalência –, "sugeriu que se demonstrasse pelos embriões o adequado respeito", consubstanciado na limitação do "período de sua existência até o qual se faz pesquisa com eles" e na restrição dos "propósitos para cuja consecução podem ser usados".[70]

Comentando as decisões da Corte Constitucional da Espanha sobre o assunto (especialmente as de n. 53/1985 e n. 116/1999), José Miguel Ruiz-Calderón assenta que, para esta, "não existe titularidade do direito subjetivo à vida propriamente dito antes do nascimento". *No entanto, entende que deflui dos julgados daquela Corte que* "**o bem jurídico 'vida' deve ser protegido** (...) **a partir do momento em que há uma vida humana, não necessariamente pessoal**, com uma proteção que não seja tão insignificante que produza de fato uma desproteção completa na fase de vida pré-natal" (grifei).[71]

10. Limites à produção e manipulação de embriões

O *caput* do art. 5º da Lei de Biossegurança, impugnado nesta ação direta de inconstitucionalidade, considerada a técnica deficiente com que foi redigido, a rigor, **não veda a geração de embriões humanos exclusivamente para a pesquisa**. Também **não impõe nenhum limite numérico à sua produção, nem estabelece qualquer restrição temporal à manipulação destes**. Simplesmente permite a "utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento". Tampouco existe qualquer referência expressa a tais questões nas exigências listadas nos dois incisos e três parágrafos do referido dispositivo para a extração de células-tronco de embriões humanos.

Nada impede, com efeito, numa interpretação literal do artigo atacado, que se produza, em laboratório, tantos embriões quantos sejam requisitados

---

[68] Idem, loc. cit.

[69] PARENS, Erik. A ética e política de pesquisa com células-tronco embrionárias. In: HOLLAND, Suzanne; LEBACQZ, Karen; ZOLOTH, Laurie. op. cit., p. 42.

[70] Idem, p. 43.

[71] RUIZ-CALDERÓN, José Miguel Serrano. Sobre regulação da pesquisa com células-tronco, clonagem, de embriões humanos e utilização de embriões congelados excedentes da FIV na Espanha. In: MARTÍNES, Julio Luis, op. cit., p. 5.

pelos pesquisadores. Por razões análogas é que a *National Bioethics Advisory Comission* dos Estados Unidos, num relatório produzido em 1999 sobre o assunto, descartou, dentre as possíveis fontes de obtenção de células-tronco, os "embriões criados unicamente para finalidade de pesquisa por meio da fertilização *in vitro*".[72] A mencionada Comissão, ademais, preocupou-se com a questão de uma possível "mercadificação" nessa área, ressaltando ser necessário informar, de modo mais amplo possível, os casais doadores de material genético, "a fim de evitar a potencial coerção pelos médicos ou pelas clínicas de fertilidade, que poderiam ver-se tentados a incentivar a superprodução de oócitos e de embriões".[73]

Da mesma forma, o Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa veda a geração de embriões humanos com fins de pesquisa (art. 18, § 2), proibição adotada pela maioria dos países do continente.

Nos Países Baixos, por exemplo, tal prática é interditada, salvo se realizada para fins de reprodução assistida.[74] Na França, o Código de Saúde Pública somente admite a criação de embriões *in vitro* "no marco da reprodução assistida", vedando-se a sua produção "com fins comerciais ou industriais e inclusive com fins de estudo, pesquisa ou experimentação".[75] De outra parte, uma das leis francesas que regula o assunto, datada de 29 de julho de 1994, estabelece que os embriões concebidos fora do corpo humano – e sempre nos limites da reprodução assistida – somente podem ser destruídos quando "deixam de responder a um projeto de procriação e não puderem ser acolhidos por outro casal".[76]

Também na Alemanha, a "Lei de proteção do embrião" (*Embryonenschutzgesetz*), que "pretendeu refletir a opção da Constituição em favor da dignidade humana e da vida", conforme von Plattenberg, veda a fertilização de um oócito com fim outro que não o de possibilitar a gravidez da mulher do qual ele provém (§ 1,1), "razão pela qual estaria proibido produzir embriões excedentes".[77]

No mesmo ciclo reprodutivo, continua, podem ser fecundados no máximo três oócitos para implantação (§ 1, 4, § 1, 5), o que, na prática, eliminou o debate sobre os embriões "extranumerários", ao contrário do ocorrido em outros países.[78] Nesse sentido, informa que, no final de 2000, o registro oficial de fertilização *in vitro* acusava a existência de 71 embriões, dos quais, segundo foi comunicado ao governo alemão, no começo do ano seguinte, apenas 15, aproximadamente, eram "excedentes".[79]

---

[72] HOLLAND, Suzanne. Para além do embrião: uma avaliação feminista do debate sobre células-tronco embrionárias. In: HOLLAND, Suzanne; LEBACQZ, Karen; ZOLOTH, Laurie, op. cit, p. 84.

[73] Idem, p. 88.

[74] DERCKX, Veelke, op. cit., p. 164-165.

[75] MINTIER, Brigitte Feuillet-le, op. cit., p. 147-148, referindo-se aos arts. L 2141-2/3/7/8 do CSPub.

[76] Idem, p. 149, art. 9º da lei.

[77] PLATTENBERG, Walter von, op. cit. p. 206.

[78] Idem, p. 206-207.

[79] Idem, p. 207.

Na Espanha, ao contrário, a vagueza com que a Lei 35/1988 tratou do tema ensejou uma superprodução de embriões, os quais acabaram sendo congelados em grande número, atingindo, segundo algumas estimativas a cifra de 30 mil.[80] O governo espanhol, então, confrontado com um verdadeiro *fait accompli*, viu-se obrigado a editar a Lei 45/2003 para regular a matéria, limitando a três os oócitos que podem ser implantados na mulher, em um mesmo ciclo reprodutivo.

Na Exposição de Motivos dessa nova Lei, o Rei Juan Carlos I, interessantemente, fez consignar que os 15 anos de vigência do primeiro diploma legal que regulou a reprodução assistida acabaram "dando lugar a situações de certa insegurança jurídica e a problemas de considerável dimensão ética e sanitária", dos quais a mais importante seria "a acumulação de um elevado número de pré-embriões humanos excedentes, cujo destino ainda está sem definição".[81] Isso não obstante a alteração promovida no Código Penal espanhol, em 1995, estabelecendo severas sanções, em seu art. 160, 2, para "aqueles que fecundem óvulos humanos com qualquer fim distinto da procriação humana".[82]

Em seguida, outros diplomas foram promulgados na Espanha para aperfeiçoar ainda mais a disciplina da matéria, em especial os experimentos científicos com células embrionárias humanas, sendo a última delas a Lei 14/2007, que, no art. 33, 1, para dirimir eventuais dúvidas que porventura ainda pudessem subsistir, proibiu, em termos taxativos, a geração de pré-embriões e embriões humanos exclusivamente para pesquisa.[83]

Na Alemanha, além do citado diploma normativo, editou-se, ainda, a "Lei das células-tronco" (*Stammzellgezetz*), inspirada, igualmente, na proteção da vida e no respeito ao princípio da dignidade humana (art. 1), que admite a importação de células-tronco embrionárias, para fins de pesquisa, sujeitando-a, embora a diversas condições, entre as quais a de que tenham sido "fruto de uma FIV realizada para uma gestação", além de exigir que haja certeza de que os embriões resultantes não seriam mais empregados para tal fim.[84]

Da mesma maneira, na Suíça e no Canadá está proibida a produção de células embrionárias apenas para utilização em pesquisas, as quais somente podem

---

[80] Cf. RUIZ-CALDERÓN, José Miguel Serrano, op. cit., p. 233.

[81] Extraído da Exposição de Motivos da Lei 45/2003, que faz expressa menção a trechos do informe da Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida da Espanha, datado de 2000, entre os quais destaco os seguintes: 1) "*aunque, desde el punto de vista técnico, la disponibilidad de más preembriones (...) aumenta la possibilidada de procreación (...), no es menos cierto que el elevado número de preembriones congelados sugiere que frecuentemente no es necessário obtener tantos*"; e 2)"*no es deseable la acumulación de preembriones congelados, cuyo destino y posible utilización para la procreación puede provocar graves problemas de responsabilidad social*".

[82] "*Artículo 160, 2. Serán castigados con pena de prisión de uno a cinco años e inabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u ofício de seis a 10 años quienes fecunden óvulos humanos com cualquier fin distinto a la procreación humana.*"

[83] "*Artículo 33, 1, Se proíbe la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente com fines de experimentación*."

[84] Cf. PLATTENBERG, Walter von, op. cit. p. 210.

valer-se daquelas que sobejam dos procedimentos de fecundação assistida, estando elas, ainda, submetidas a diversas restrições, tais como a prévia autorização das autoridades competentes e a anuência do casal-doador.[85]

No Brasil, o único diploma normativo que regula as técnicas de reprodução assistida *in vitro* é a Resolução 1.358/1992, do Conselho Federal de Medicina, a qual busca, segundo os seus *consideranda*, compatibilizar o "uso dessas técnicas com os princípios da ética médica".

O item I, 5, da Resolução proíbe "a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana". E o item I, 6 estabelece que o "número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade". Daí conclui-se que, das técnicas de reprodução assistida devem resultar, num plano ideal, apenas os óocitos ou pré-embriões indispensáveis para que determinada paciente seja fecundada.

Outro aspecto digno de nota é que a Resolução somente faz alusão a "óocitos" e "pré-embriões", jamais mencionando "embriões", como o faz a lei impugnada. Em outras palavras, o diploma normativo do CFM estabelece, ainda que implicitamente, um limite temporal para a manipulação do concepto,[86] de forma consentânea com a Embriologia, que distingue três fases evolutivas do ser humano em gestação: 1) um "período de divisão celular" ou "pré-embrionário", que abrange a primeira e segunda semana, após a fertilização; 2) um "período embrionário", que vai da segunda a oitava semana; 3) e um "período fetal", que se estende da nona à trigésima oitava semana.[87]

Nesse sentido – e isso tem, a meu ver, importância crucial –, a Resolução do CFM estabelece taxativamente, no item VI, 3, o seguinte: "O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões *in vitro* será de 14 dias". É o que também estabelece a Lei espanhola 14/2006, que alterou a Lei 45/2005, acima mencionada, definindo o "pré-embrião" como aquele que resulta da fertilização *in vitro*, e que é constituído por um grupo de células decorrentes da divisão progressiva do oócito até o 14º dia, a partir da fecundação.[88]

Interessantemente, mesmo aqueles que defendem, com ardor, as pesquisas com embriões humanos concordam em limitar no tempo a sua manipulação, fixando o prazo máximo de duas semanas para a extração das células-tronco mediante a destruição dos respectivos invólucros externos, como se verificou

---

[85] ALLISON, Christine Rothmayr; L'ESPÉRANCE, Audrey. Courts and the Biotechnology Revolution: Policy-making in Canada, the USA and Switzerland. Trabalho apresentado em junho de 2006 na Conferência Anual da CPSA, realizada na Universidade de York, em Toronto, Canadá.

[86] COCHARD, Larry R., op. cit., p. 43, explica que "concepto" significa: "Todos os produtos da fertilização, incluindo o embrião, âmnio, cório, saco vitelínico, alantóide e cordão umbilical".

[87] Cf. COCHARD, Larry R., op. cit., p.21.

[88] "*Artículo 1, 2 – A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovócito desde que es fecundado hasta 14 dias más tarde.*"

das audiências públicas realizadas no STF.[89] É que, no início da terceira semana de desenvolvimento do oócito fertilizado, começa o "período embrionário" propriamente dito, "caracterizado pela formação da linha primitiva, da notocorda e de três camadas germinativas a partir das quais todos os tecidos e órgãos são formados".[90] Nesse momento, com efeito, inicia-se o processo de gastrulação,[91] no qual se dá a "formação do sistema nervoso, do coração, da placenta, do cordão umbilical e do celoma intraembrionário (cavidades corpóreas)".[92]

Ocorre que, a depender apenas do que dispõe a Lei de Biossegurança, a rigor, nada obsta que os embriões humanos sejam manipulados sem qualquer limite temporal. Com efeito, se a sobrevivência de embriões fora do corpo humano, para além de uns poucos dias, preservados em um meio de cultura apropriado, mostrar-se tecnicamente viável, a redação do art. 5º, *caput*, não obstará a extração de células-tronco em qualquer fase de seu desenvolvimento, ficando, até mesmo, franqueada a manipulação daqueles que, por qualquer motivo, tenham sido retirados ou expelidos do útero no qual foram implantados.

Penso, portanto, que, à luz da legislação comparada e, em especial, da Resolução do CFM sobre a reprodução assistida, que o art. 5º, *caput*, da Lei de Biossegurança precisa ser harmonizado com o postulado da dignidade da pessoa humana e com o direito à vida, compreendidos na acepção que lhes conferi acima.

Não se trata, evidentemente, de interpretar a norma impugnada com base no direito estrangeiro, ou com outra de hierarquia inferior, isto é, de confrontar uma lei em face de uma resolução, o que seria de flagrante atecnia. Cuida-se, ao contrário, de extrair, a partir da disciplina que o mundo civilizado e a corporação médica brasileira emprestam ao tema, o conteúdo ético-normativo dos comandos constitucionais que regem a espécie, em particular o constante do art. 226, § 6º, da Carta Magna, o qual estabelece que **o planejamento familiar**, arrima-se "nos princípios da **dignidade humana** e da **paternidade responsável**" (grifei).

11. Significado de "inviabilidade" dos embriões

Outro aspecto relevante para o exame da constitucionalidade da norma impugnada é a total indeterminação do conceito de "inviável", que figura no inciso I do art. 5º da Lei de Biossegurança, a partir do qual será definido o destino do embrião gerado *in vitro*. Com efeito, a redação do referido dispositivo permite que lhe seja conferida a mais elástica das interpretações, ao arbítrio do médico, do biólogo, do geneticista ou mesmo do técnico de laboratório encarregado da realização do diagnóstico pré-implantacional.

---

89 Transcrição dos debates no STF, p. 9, *passim*.

90 MOORE, Keith; PERSAUD, T. V. N., op. cit., p. 51.

91 Segundo COCHARD, Larry R., op. cit., p. 70, corresponde à "produção do mesoderma intraembrionário na terceira semana que torna o disco embrionário bilaminar em um disco trilaminar (gástrula)".

92 Cf. COCHARD, Larry R., op. cit., p. 57.

A título de confronto, ressalto que a *Stammzellgezetz* alemã é muito rigorosa no tocante ao critério de aproveitamento dos embriões para as pesquisas, vedando o seu uso caso tenham "sido descartados por razões inerentes às células-tronco", como por doenças, pretendendo-se, com isso, "rejeitar todo o apoio a PID" – diagnóstico pré-implantacional – "ou qualquer vontade eugênica".[93] É que, como explica von Plattenberg, o tema suscita "profundas emoções", porquanto a experimentação com células-tronco e o diagnóstico pré-implantacional "exemplificam um perigo de 'criação seletiva' (genética), de eugenia, na qual o homem coloca-se a si mesmo à disposição para a suposta melhoria de sua espécie por meios técnicos".[94]

Na Espanha, por sua vez, a Comissão Nacional de Reprodução Assistida, no já citado relatório de 2000,[95] estabeleceu que "o significado de 'não viável' aplicado aos embriões é de índole biológica, no sentido de que não sejam aptos para iniciar ou continuar o processo de divisão celular".[96]

É a mesma conclusão a que chega o acima mencionado José Miguel Ruiz-Calderón, o qual afirma que "não podem ser considerados legalmente inviáveis os embriões crioconservados que por diversos motivos ou circunstâncias pessoais ou sociais relacionados aos progenitores não podem ser destinados à reprodução (inviabilidade funcional), pois seria contrário ao espírito e à letra da lei, independentemente do juízo que mereça essa consideração". Também não se mostra admissível, diz ele, deixar a definição de inviabilidade ao alvedrio exclusivo do pesquisador, permitindo que decida livremente sobre a possibilidade de o embrião continuar ou não o seu desenvolvimento no meio adequado, porquanto isso "tornaria supérflua a limitação protetora da lei".[97]

Já na França, embora o diagnóstico pré-natal e o pré-implantacional sejam lícitos, este último sofre rigorosa restrição, uma vez que é admitido "apenas se um médico certifica que o casal, por sua situação familiar, tem grandes probabilidades de procriar um filho vítima de uma doença genética especialmente grave, reconhecida como incurável no momento do diagnóstico".[98]

Com efeito, não obstante constitua o diagnóstico pré-implantacional um valioso instrumento para detectar a presença de anomalias genéticas ou a possibilidade de desenvolvimento de moléstias graves, incuráveis, que podem comprometer o embrião durante a gestação ou mesmo após o seu nascimento, trata-se de uma metodologia que suscita inúmeros questionamentos éticos e jurídicos, pois, como adverte Renata da Rocha, "tem-se verificado que tal prática vem sendo utilizada como um meio para a escolha de determinados traços genéticos, como,

---

93 Idem, loc. cit.

94 Cf. PLATTENBERG, Walter von, op. cit., p. 214.

95 V. nota de rodapé n. 81.

96 Cf. RUIZ-CALDERÓN, José Miguel, op. cit., p. 230.

97 Idem, p. 229-230.

98 Cf. MINTIER, Brigitte Feillet-le, op. cit., p.148, arts. L 1231-1/5 do CSPub.

por exemplo, a escolha do sexo do bebê, a cor de sua pele, o seu coeficiente intelectual, entre outros atributos".[99]

Essa técnica permite que sejam descartados, isto é, deixem de ser implantados no útero receptor e tenham outro destino, não apenas os embriões considerados anormais ou defeituosos, mas também aqueles tidos como indesejáveis por razões de preferência, de caráter absolutamente subjetivo, seja da equipe médica, seja dos genitores.

Por isso, mostra-se válida a preocupação externada por Stella Maris Martínez, a qual chama atenção para o perigo representado pela possibilidade de estabelecer-se uma espécie de "**controle de qualidade**" dos embriões, **incompatível com o Estado Democrático de Direito**, cujo cerne é o respeito à dignidade humana, "**que impede taxativamente todo tipo de discriminação**" (grifei).[100]

Pelos mesmos motivos é que a supra referida Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina do Conselho da Europa proíbe, no art. 11, qualquer forma de discriminação decorrente do patrimônio genético de uma pessoa. Também a Declaração Universal sobre o Genoma Humano é taxativa nesse sentido, ao estampar, no art. 6, que "ninguém poderá ser discriminado com base em suas características genéticas de forma que viole ou tenha o efeito de violar os direitos humanos, as liberdades fundamentais e a dignidade humana".

Atento a essas questões, o Congresso dos Estados Unidos acaba de aprovar o *Genetic Information Nondiscrimination Act*, que proíbe a discriminação de pessoas, com base em seus dados genéticos pelos empregadores ou por parte das seguradoras. Na exposição de motivos, o novo diploma legal consigna que, atualmente, algumas anomalias genéticas são associadas a determinados grupos raciais ou étnicos, sabendo-se também que certos indivíduos, em virtude da conformação de seus genes, estão mais propensos a desenvolver dadas enfermidades, ensejando eventual discriminação ou estigmatização por aqueles que detêm tais informações.[101]

Entre nós, a disciplina desse importantíssimo aspecto da Lei de Biossegurança foi relegado a um mero decreto, complementado por instruções normativas das autoridades sanitárias, regras, por definição, mutáveis *ad libitum* de seus editores, sem qualquer intervenção dos representantes da cidadania congregados no Parlamento. Mesmo assim, cumpre registrar que o Decreto 5.591, de 22 de novembro de 2005, em seu art. 3º, XIII, o qual regulamenta dispositivos da Lei 11.105/2005, prudentemente, define os "embriões inviáveis" como "aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiverem seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior de vinte e quatro horas a partir da fertilização *in vitro*, ou com alterações que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião".

---

[99] ROCHA, Renata da. *O direito à vida e a pesquisa com células-tronco*: limites éticos e jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 52.

[100] Apud ROCHA, Renata da, op. cit, loc. cit.

[101] Cf. <http://www.congress.org/congressorg/headlines.tt#news2>. Acesso em 1º-5-2008.

12. Critérios para o uso de embriões criopreservados

O inciso II do art. 5º também apresenta problemas do ponto de vista de sua constitucionalidade, em especial quando examinado sob o prisma do princípio da isonomia, estampado no art. 5º, II, da Carta Magna, o qual se arrima no postulado da dignidade da pessoa humana e tem como uma de suas vertentes o axioma da não discriminação. Sua interpretação há de fazer-se no sentido que lhe dá Celso Antônio Bandeira de Mello, ou seja, o de um comando que determina que haja "uma correlação lógica entre o elemento distintivo e o tratamento dispensado".[102]

Mais especificamente, "se o tratamento diverso outorgado a uns for justificável, por existir 'correlação lógica' entre o fator de discrímen tomado em conta e o regramento que lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade; se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou – o que ainda seria mais flagrante – se nem ao menos houvesse um fator de discrímen identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade".[103]

Na mesma linha, ensina Canotilho que "o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária", explicitando que há "uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica: a) não se basear num fundamento sério; b) não tiver um sentido legítimo; e c) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável".[104]

No caso sob exame, o discrímem empregado pelo legislador, para permitir a destruição de embriões a partir dos três anos de congelamento afigura-se infundado, sem sentido e destituído de justificativa razoável, pois não há qualquer explicação lógica para conferir-se tratamento diferenciado aos embriões tendo em conta apenas os distintos estágios de criopreservação em que se encontram.

Cuida-se, *data venia*, de uma decisão arbitrária que, como tal, repugna ao Direito. Com efeito, a explicação que se colhe da resposta a essa questão, apresentada no debate público levado a efeito nesta Suprema Corte, a saber, a de que tal prazo nada teria a ver com a viabilidade dos embriões, mas constitui, apenas, um lapso temporal para que o "casal tenha certeza se, porventura, quiser doar aqueles embriões para pesquisa".[105] Tal motivação, ao que consta, acolhida pelos legisladores, apequena-se e deslegitima-se ante a informação de cientistas segundo a qual embriões com muito mais tempo de congelamento, até mesmo após treze anos de criopreservação teriam logrado sobreviver hígidos e se transformado em crianças saudáveis, depois de sua implantação no útero receptor.[106]

---

[102] Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Compostura jurídica do princípio de igualdade. In: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 3, n. 11, jan./mar. 2003, p. 27.

[103] Idem, p. 24.

[104] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 577.

[105] Transcrição dos debates no STF, p. 113 e 219-220.

[106] Idem, p. 223.

Essa seriíssima preocupação encontra guarida no item V, 2, da Resolução do CFM, que é taxativo ao estabelecer que o "número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, **não podendo ser descartado ou destruído**" (grifei).

A propósito, em profundo e abrangente estudo sobre o tema, que veio a lume em dezembro de 2005, a Comissão de Bioética de Rheinland-Pfaltz, do Ministério da Justiça daquela unidade da Federação alemã, recomendou aos legisladores que garantissem aos embriões, que não pudessem ser implantados no útero das respectivas mães genéticas, ou seja, aos extranumerários, como alternativa preferencial à sua destruição, a "chance de sobreviverem no corpo de uma mulher" que se disponha a adotá-los.[107]

O critério para a utilização de embriões criopreservados em pesquisas, pois, há de compatibilizar-se com a definição de "inviabilidade" acima proposta. Quer dizer, enquanto tiverem potencial de vida ou, por outra, enquanto for possível implantá-los no útero da mãe de que provieram os oócitos fertilizados ou no ventre de mulheres inférteis para as quais possam ser doados, a destruição de embriões congelados, a meu sentir, afigura-se contrária aos valores fundantes da ordem constitucional. Quem deu azo à produção de embriões excedentes, assepticamente denominados de "extranumerários", há de arcar com o ônus não só moral e jurídico, mas também econômico, quando for o caso, de preservá-los, até que se revelem inviáveis para a implantação *in anima nobile*.

Nesse aspecto, causa espécie, do ponto de vista ético, a lógica de cunho puramente voluntarista existente por detrás da resposta oferecida à pergunta por mim formulada, quando da audiência pública realizada nesta Suprema Corte, no tocante ao destino dos embriões congelados, segundo a qual sua utilização nas pesquisas estaria sujeita ao exclusivo alvedrio dos assim chamados "genitores".[108] O pragmatismo extremado de que se reveste tal solução parece-me deveras assustador. Lembro, a propósito, a observação de Horkheimer acima transcrita, para quem a ciência que entroniza a práxis, separando o pensamento da ação, "já renunciou à humanidade".

Aliás, esse tipo de ética, fundada em critérios de utilidade, que avalia a conduta humana com base apenas em seus resultados, foi superiormente refutada por Kant, já no século XVIII, ao argumento de que "o valor moral de uma ação não reside no efeito que dela se espera", mas num "bem supremo e incondicionado" para o qual a vontade de um ser racional deve convergir.[109] Isso porque, para o filósofo de Königsberg, a utilidade constitui um predicado das coisas e

---

[107] *Fortplanzungmedizin und Embryonenschutz: Medizinische, ethische und rechtliche Gesichspunkte zum Revisonsbedarf von Embryonenschutz und Stammzellgesets*. Bericht der Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfaltz vom 12 Dezember 2005, p. 54 (These 4) e 112 (Empfelung 5).

[108] Transcrição dos debates no STF, p. 219.

[109] Cf. KANT, Immanuel. *Fundamental principles of the metaphysics of morals*. New York: Dover Publications, 2005, p.17.

não do homem, que existe como um fim em si mesmo, razão pela qual é defeso subordiná-lo, como simples meio, ao arbítrio de quem quer que seja.[110]

Cumpre registrar, por oportuno, que alguns estudos recentes apontam para a possibilidade de extrair-se uma ou duas células dos zigotos produzidos *in vitro*, para a obtenção de células-tronco, sem danificá-los ou com um risco mínimo de que isso aconteça, à semelhança do que ocorre com o diagnóstico pré-implantacional.[111] Caso tal método se revele efetivamente viável, nada impede seja ele empregado em experimentos voltados à cura de doenças, desde que observados os parâmetros éticos e legais pertinentes.

13. Necessidade de consentimento livre e informado

Também não se mostra compatível, a meu ver, com o postulado da dignidade humana, o mero consentimento, a simples anuência, dos genitores, isto é, dos cedentes de material genético, a que se refere o § 1º do art. 5º, desacompanhada de maiores esclarecimentos e formalidades, para viabilizar a realização de pesquisas com células embrionárias.

Isso porque, atualmente, as regras deontológicas que regem os experimentos com pessoas, universalmente adotadas, baseiam-se na doutrina do "consentimento livre e informado", em atenção aos princípios da liberdade e da autonomia humanas, o qual deve ser exteriorizado, prévia e expressamente, por todos aqueles que se submetem a cirurgias e procedimentos de risco ou experimentais, que sejam doadores de órgãos e de tecidos, ou que se sujeitam a pesquisas científicas.[112] Não basta, pois, para esse efeito, um trivial "sim", um banal "de acordo" ou um singelo "xis", que alguns logravam – e ainda logram – extorquir dos ágrafos, semiletrados ou hipossuficientes de outra natureza para fraudar-lhes a vontade.

Aliás, em se tratando de experimentos médicos de vanguarda, observa Henning Rosenau, o dever de informar há de ser ainda mais abrangente do que no caso de terapias padronizadas, visto que "implicam um risco ampliado cuja natureza e extensão pode não ser claramente compreendido a seu tempo".[113]

É preciso que a pessoa da qual se pretende obter o consentimento esteja ciente e consciente de todas as consequências éticas, jurídicas, sociais e materiais que dele decorrerão, bem como das possíveis alternativas, além de estar absolutamente livre de quaisquer constrangimentos, sejam eles físicos, morais, psicológicos ou econômicos. E mais: cumpre que o consentimento possa ser retirado ou reformulado a qualquer tempo, sem nenhuma consequência para quem o deu.

---

[110] Idem, p. 27 et seq.

[111] http://www.naturecom/stemcells/2007/0706/070614/full/stemcells.2007.28.htmle>. Acesso em 12-5-2008.

[112] ROSENAU, Henning. Legal Prerequisites for Clinical Trials under the Revised Declaration of Helsinki and the European Convention on Human Rigths. In: *European Journal of Health Law* 7: 105-121, 2000.

[113] Idem, p. 108.

É o que dispõe o art. 16, 2, da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, *verbis*: "A pesquisa científica só deve ser realizada com o prévio, livre, expresso e esclarecido consentimento do indivíduo envolvido. A informação deve ser adequada, fornecida de uma forma compreensível e incluir os procedimentos para a retirada do consentimento. O consentimento pode ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer hora e por qualquer razão, sem acarretar qualquer desvantagem ou preconceito".

As questões envolvidas no consentimento, em se tratando de células embrionárias humanas, como é evidente, não são simples. Veja-se o que dispõe, nesse sentido, a Resolução do CFM, no item V, 3, sobre o tema: "No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros deverão expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimentos de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los".

É preciso, portanto, informar aos doadores de material genético, com precisão e lealdade, acerca do que ocorrerá com os embriões destinados às pesquisas, bem como as possíveis alternativas à sua destruição, inclusive a possibilidade de sua doação a casais inférteis. Russel Korobkin, insuspeito defensor das pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, inclusive entende que os pesquisadores devem revelar eventuais interesses financeiros envolvidos nos experimentos que desenvolvem. [114] Tais esclarecimentos por parte de médicos, pesquisadores, instituições e serviços de saúde, assim como a anuência dos genitores a que se refere a Lei sob exame deverão ser exteriorizados sempre de maneira explícita e mediante ato formal.

14. Independência e pluralismo dos comitês de ética

Não se mostra, também, segundo penso, conveniente e nem jurídico, permitir que projetos de pesquisa e de terapia com células-tronco embrionárias humanas sejam exclusivamente aprovados pelos comitês de ética das próprias instituições e serviços de saúde responsáveis por sua realização, a teor do que sugere o § 2º do art. 5º, aqui atacado. É que, seja-me permitido o recurso a uma conhecida parêmia romana – e com o devido respeito que os cientistas merecem –, *lupus non curat numerum ovium*.

Caso prevaleça essa orientação, de muito pouca valia serão, à evidência, as recomendações exaradas na Resolução 196, de 10 de outubro de 1996, do Conselho Nacional de Saúde, para regular as atividades dos "comitês de ética" de um sem-número de clínicas de fertilização assistida e "institutos de pesquisa" que proliferarão no País, dentre os quais sobressairão apenas alguns poucos de indisputada idoneidade, ligados a universidades e instituições médicas de maior renome.

---

[114] Op. cit., p. 165: "*(...) a proper understanding of the autonomy principle underlying the doctrine of informed consent requires that they disclose their incentives to potential subjects so that those individuals may incorporate that information into their decision making process.*"

Como se viu acima, nos países desenvolvidos, as pesquisas com células-tronco embrionárias humanas são rigorosamente controladas pelas autoridades. Nesse sentido, acrescento que, no Reino Unido, o *Human Fertilization and Embriology Act* admite as pesquisas com embriões, subordinado-as, todavia, a severos controles. Segundo a lei britânica, qualquer projeto que envolva a criação, o uso ou a conservação de embriões humanos criados por fertilização *in vitro* tem de ser autorizado pela *Human Fertilization and Embriology Authority*, constituindo delito, punido com pena de até dez anos de prisão, a realização de experimentos sem a devida permissão.[115]

A Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, de seu turno, cujos preceitos, como já se disse, o Brasil está obrigado a observar, no tocante à tomada de decisões nesse campo, estabelece, no art. 18, *c* que é preciso "promover oportunidades para o debate público pluralista, buscando-se a manifestação de todas as opiniões relevantes".

E, especificamente, quanto aos comitês de ética, consigna, no art. 19, que estes precisam ser "independentes, multidisciplinares e pluralistas". Ademais, devem "**ser instituídos, mantidos e apoiados em nível adequado**, com o fim de: i) avaliar questões éticas, legais, científicas e sociais relacionadas a projetos de pesquisa envolvendo seres humanos; ii) prestar aconselhamento sobre problemas éticos em situações clínicas; iii) avaliar os desenvolvimentos científicos e tecnológicos, formular recomendações e contribuir para a elaboração de diretrizes (...); iv) promover o debate, a educação, a conscientização do público e o engajamento com a bioética" (grifei).

Da experiência do direito comparado e da legislação internacional, segue-se que não é razoável, nem conveniente, permitir que os próprios interessados nas pesquisas tomem todas as decisões nessa importante área da ciência, segundo os seus próprios desígnios, sem a fiscalização das autoridades públicas e de representantes da comunidade.

15. Parte dispositiva do voto

Em face de todo o exposto pelo meu voto, julgo procedente em parte a presente ação direta de inconstitucionalidade para, sem redução de texto, conferir a seguinte interpretação aos dispositivos abaixo discriminados, com exclusão de qualquer outra:

i) art. 5º, *caput*: as pesquisas com células-tronco embrionárias somente poderão recair sobre embriões humanos inviáveis ou congelados logo após o início do processo de clivagem celular, sobejantes de fertilizações *in vitro* realizadas com o fim único de produzir o número de zigotos estritamente necessário para a reprodução assistida de mulheres inférteis;

---

[115] Cf. PLOMER, Aurora. Direito, ética e política em relação à pesquisa com células-tronco no Reino Unido e nos Estados Unidos. In: MARTÍNEZ, Julio Luis, op. cit., p. 128.

ii) inciso I do art. 5º: o conceito de "inviável" compreende apenas os embriões que tiverem o seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a 24 horas contados da fertilização dos oócitos;

iii) inciso II do art. 5º: as pesquisas com embriões humanos congelados são admitidas desde que não sejam destruídos nem tenham o seu potencial de desenvolvimento comprometido;

iv) § 1º do art. 5º: a realização de pesquisas com as células-tronco embrionárias exige o consentimento "livre e informado" dos genitores, formalmente exteriorizado;

v) § 2º do art. 5º: os projetos de experimentação com embriões humanos, além de aprovados pelos comitês de ética das instituições de pesquisa e serviços de saúde por eles responsáveis, devem ser submetidos à prévia autorização e permanente fiscalização dos órgãos públicos mencionados na Lei 11.105, de 24 de março de 2005.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Acompanhei atentamente a leitura do voto do Relator e, agora, o voto do Ministro Carlos Alberto Direito, da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Lewandowski. O espaço de tempo que passou desde o voto do Ministro Carlos Britto permitiu-nos ponderar prudentemente argumentos, bem assim o acesso a textos e esclarecimentos isentos de emoção. O pedido de vista feito pelo Ministro Carlos Alberto Direito foi sábio. Sem esse espaço de tempo, necessário ao exercício da reflexão própria à *phronesis* (*φρόνησις*), eu não teria logrado alinhar as razões que conformam o voto que passo a formular.

O tempo é indispensável ao exercício da prudência, ainda que isso cause transtorno aos interessados mais estouvados. Consumiremos, na prolação de nossos votos, as horas necessárias ao correto desempenho do nosso ofício. Nobre ofício, em especial quando diante de matéria dotada de complexidade, qual a de que ora cogitamos. Não há nem deve haver limitação de tempo para a prolação de nossos votos. Estou certo de que falo, neste momento, por toda a Corte, que aqui está para prestar acatamento à Constituição, não à comodidade dos interessados.

Tenho reiteradamente insistido em que o intérprete do direito não se limita a compreender textos que participam do mundo do *dever ser*; há de interpretar também a realidade, os movimentos dos *fatores reais do poder*, compreender o momento histórico no qual as normas da Constituição e as demais, infraconstitucionais, são produzidas, vale dizer, o momento da passagem da *dimensão textua*l para a *dimensão normativa*.

Forças sociais manifestaram-se intensamente – de modo mesmo impertinente, algumas delas – em relação à matéria objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Estou convencido de que, ao contrário do que se afirmou mais de uma vez, o debate instalado ao redor do que dispõe a Lei 11.105 não opõe ciência e

religião, porém religião e religião. Alguns dos que assumem o lugar de quem fala e diz pela Ciência são portadores de mais certezas do que os líderes religiosos mais conspícuos. Portam-se, alguns deles, com arrogância que nega a própria Ciência, como que supondo que todos, inclusive os que cá estão, fôssemos parvos. Como todas as academias de ciência são favoráveis às pesquisas de que ora se cuida, já está decidido. Nada mais teríamos nós a deliberar. Mesmo porque, a imaginar que as impedíssemos, estaríamos a opor obstáculo à cura imediata de doenças. A promessa é de que, declarada a constitucionalidade dos preceitos ora sindicados, algumas semanas ou meses após todas as curas serão logradas. Típica indução a erro mediante artifício retórico.

É necessário sopitarmos as expansões de infalibilidade de quem substitui a razão científica por inesgotável fé na Ciência, transformando-a em expressão de fanatismo religioso. Nem seria preciso, no exercício da prudência que nos cabe, levantarmos o véu que algo oculta sob o discurso que se diz ser científico. Quais interesses aí se manifestam, na escala que vai das patentes até o *biopoder*? Há um tom críptico nessas expansões (e faço uso aqui do vocábulo com toda a sua carga de ambiguidade) que cumpre afastarmos. A amplitude do mercado no âmbito do qual tais interesses predominam referiu-se há pouco o Ministro Ricardo Lewandowski. Não nos iludamos: levantado o véu, o que há sob ele – não obstante, é verdade, as melhores intenções de grande número dos que acompanham este julgamento – é o mercado.

2. A esta Corte incumbe, no caso, controlar a constitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei 11.105/2005. Estamos preparados para decidir a esse respeito. A decisão que vier a ser aqui afirmada será conformada pelas pré-compreensões de cada um dos seus membros, pois a compreensão escapa ao âmbito da ciência. O compreender é algo existencial, consubstanciando experiência. O que se compreende, no caso da interpretação do direito, é um "objeto" que não pode ser conhecido independentemente de um "sujeito". O processo de interpretação dos textos normativos encontra na pré-compreensão seu momento inicial, a partir do qual ganha dinamismo um movimento circular, que compõe o círculo hermenêutico. Decidiremos sob sentimentos herdados da nossa história pessoal, sentimentos éticos e, mais ainda, em cada um de modo diverso, de ordem religiosa (para afirmar ou negar). Porém a fundamentação da decisão contemplada em cada voto será literalmente jurídica. Sopitamos as expansões de infalibilidade, atentos às observações de Gadamer: toda interpretação correta tem de proteger-se contra a arbitrariedade das ocorrências e contra a limitação dos hábitos imperceptíveis do pensar, orientando seu olhar "à coisa mesma" (que para o filólogo são textos com sentido, que por sua vez tratam de coisas); o *deixar-se determinar pela coisa mesma* é, assim, "a tarefa primeira, constante e última" do intérprete.

Protegido contra todas as arbitrariedades retóricas e as demais, de ordem múltipla e variada, especialmente as criptoeconômicas, deixo-me determinar pela matéria objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade, o *direito à vida* e a *dignidade da pessoa humana* (arts. 1º, III, e 5º, *caput*, da Constituição do Brasil).

3. O art. 1º da *Consolidação das Leis Civis* de Teixeira de Freitas[1] estabelece que "[a]s pessoas considerão-se como nascidas apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes-conserva seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento"[2].

O novo Código Civil brasileiro define, em seu art. 2º, que "[a] personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

A proteção ao nascituro era já assegurada pelo direito justinianeu. No Brasil, prevista nas Ordenações Filipinas[3] e Afonsinas[4], foi definitiva e expressamente consagrada no art. 4º do Código Civil de 1916. Recorro a Clóvis[5]:

> Realmente, se o nascituro é considerado sujeito de direito, se a lei civil lhe confere um curador, se a lei criminal o protege cominando penas contra a provocação do aborto, a lógica exige que se lhe reconheça o caráter de pessoa.

O nascituro não apenas é protegido pela ordem jurídica, a sua dignidade humana preexistindo ao fato do nascimento, mas é também titular de direitos adquiridos. Diz Pontes de Miranda[6]:

> No intervalo entre a concepção e o nascimento, os direitos, que se constituíram, têm sujeito, apenas não se sabe qual seja.

Os nascituros podem receber doações (art. 542 do Código Civil), figurar em disposições testamentárias (art.1.799 do Código Civil) e mesmo ser adotados (art. 1.621 do Código Civil).

4. A ele assegurados direitos, não tenho dúvida em afirmar que o nascituro – vale dizer, o embrião apenas formado no ventre materno – é pessoa. Como está no art. 16 do *Esboço* de Teixeira de Freitas[7], "todos os entes suscetíveis de aquisição de direitos são *pessoas*". A capacidade de exercício de direitos que lhe respeitam enquanto personalidade jurídica apenas está sujeita à condição suspensiva do nascimento, de modo que, qual se lê em um texto de Cristiane Avancini Alves[8], o vocábulo *pessoa*, presente no art. 2º do Código Civil, denota *ser humano*. O nascituro – vale dizer, o embrião – faz parte do gênero humano. Recomende-se aos publicistas que não transitam pelo direito privado também a leitura, v. g., do art. 1.798 do Código Civil: "[l]egitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão".

---

1 *Typographia Universal de Laemmert*, Rio de Janeiro, 1957.

2 Reproduzo a ortografia do original.

3 Livro III, Título 18, § 7.

4 Livro III, Título 36, § 7.

5 Citado por CARVALHO SANTOS, in *Código Civil brasileiro interpretado*, cit., p. 246.

6 *Tratado de direito privado*, tomo I, Campinas, Bookseller, 1999, p. 234.

7 *Código Civil*: esboço, Ministério da Justiça, Brasília, 1983, p. 9.

8 Embrião humano: proposição de um estatuto jurídico no direito privado brasileiro. In: *Novos direitos*, NICOLAU JÚNIOR, Mauro (Org.), Curitiba: Juruá, 2007, p. 80 e seguintes.

O embrião – insisto neste ponto – faz parte do gênero humano, já é uma parcela da humanidade. Daí que a proteção da sua dignidade é garantida pela Constituição, que lhe assegura ainda o direito à vida. A autonomia do embrião manifesta-se de maneira especial, na medida em que sua única opção é nascer. Mas é autonomia. Há, no aborto, destruição da vida.

5. Bastam as razões que acabo de alinhar para encaminhar a conclusão de que a utilização de células-tronco obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento afronta o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Não tenho a menor dúvida: a pesquisa em e com embriões humanos e consequente destruição afronta o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Temo, contudo, que essas razões não conduzam à convicção de que os textos normativos objeto da presente ação direta sejam inconstitucionais.

Explico-me.

6. O nome *embrião* conota, no contexto da frase que acabo de pronunciar – "a pesquisa em e com embriões humanos afronta o direito à vida e a dignidade da pessoa humana" – um ser em processo de desenvolvimento vital, vale dizer, um ser vivente, vida, movimento. Sucede que esse mesmo nome, *embrião*, poderá, em diversos contextos, estar a conotar outros significados, pois as palavras são potencialmente ambíguas e imprecisas.

É que as linguagens consubstanciam sistemas ou conjuntos de *símbolos convencionais*, isso importando em não exista nenhuma relação necessária entre as *palavras* (de um lado) e os *objetos, circunstâncias, fatos ou acontecimentos* (de outro) em relação aos quais as palavras cumprem suas múltiplas funções. Há mais de vinte anos[9] venho referindo, para exemplificar, o que diz Shakespeare, na voz poética de Julieta: "*What's in a name? That wich we call a rose / by any other name would smell as sweet*"[10]. *Nomina non sunt consequentia rerum*, de modo que a mesma palavra *conota*, em contextos diversos, sentidos distintos. O significado de cada uma delas há de ser discernido sempre no quadro do jogo de linguagem no qual elas apareçam. Dizendo-o de outro modo, no seu contexto de uso.

7. O vocábulo *embrião* aponta, em estado de dicionário, ser humano durante as primeiras semanas de desenvolvimento intrauterino. Não obstante, nada impede dele se lance mão com menor precisão, deliberadamente ou não de forma imprecisa, ou em sentido figurativo.

No contexto do art. 5º da Lei 11.105/2005, *embrião* é *óvulo fecundado* fora de um útero. A partir desses óvulos fecundados – fertilizados – *in vitro* é que são obtidas as células-tronco embrionárias referidas no preceito leal.

---

[9] Vide meu *Direito, conceitos e normas jurídicas*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, p. 57. Retomei o exemplo em meu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 4. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 222.

[10] Ato II, cena II.

Para logo se vê, destarte, que aí, no texto legal, *embrião* não corresponde a um ser em processo de desenvolvimento vital, em um útero. *Embrião* é aí, no texto legal, *óvulo fecundado* congelado, isto é, paralisado à margem de qualquer movimento que possa caracterizar um processo. Lembre-se de que vida é movimento. Nesses óvulos fecundados não há ainda vida humana.

Nos *embriões* (tomo o vocábulo em sentido corrente) sim, neles há processo vital em curso. O embrião é o que é porque abrigado em um útero. A palavra grega *ethos* – de onde provém, pelo latim, *ética* – porta, entre outros sentidos, o de *estadia habitual*, *local familiar*, *morada*, como se pode ver no Dicionário Grego de Bailly[11]. Daí diremos – exercendo liberdade de imagem de que o filólogo não dispõe – desde o ponto de vista da raiz do vocábulo *ética*, que o útero é a *morada da vida* e que apenas no âmbito desta morada, que é o local familiar do embrião, surge efetivamente a vida. É lá que se dá – e só lá – a necessária *estadia* da vida anterior ao nascimento.

8. Não há vida humana no *óvulo fecundado* fora de um útero que o art. 5º da Lei 11.105/2005 chama de *embrião*. A vida estancou nesses óvulos. Houve a fecundação, mas o processo de desenvolvimento vital não é desencadeado.

Por isso não tem sentido cogitarmos, em relação a esses "embriões" do texto do art. 5º da Lei 11.105/2005, nem de vida humana a ser protegida, nem de dignidade atribuível a alguma pessoa humana.

9. Dir-se-á ainda, por outro lado, que o *topos* da dignidade da pessoa humana pode ser tomado para afirmarmos coisas distintas, inclusive antagônicas. Mas uma delas seria assim: a utilização de óvulo fecundado congelado há mais de três anos, com a prévia autorização dos que viriam a serem pais do embrião que poderia dele decorrer, é adequada à afirmação da dignidade da pessoa humana na medida em que potencialmente permitirá a evolução dos métodos de tratamento médico do ser humano e o aprimoramento da sua qualidade de vida.

10. A linha de raciocínio jurídico que venho desdobrando leva-me a concluir pela constitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei 11.105/2005.

Mas isso não se deve afirmar de modo singelo, sem qualquer outra consideração. Cumpre a esta Corte enfatizar a circunstância de pesquisa e terapia a que refere esse art. 5º não poderem, em coerência com a Constituição, ser praticadas de modo irrestrito. A ela se impõe estabelecer alguns limites. Seja para que se impeça a manipulação genética, seja para que não se abra um precedente, na decisão que aqui vier a ser tomada, para o aborto. Há nítida distinção entre a destruição da vida (no aborto) e o que pode vir a ser a construção da vida (na pesquisa em torno das *células-tronco)*. Essa construção há de ser empreendida com enorme cautela, além do que esse art. 5º deixa em aberto questões cuja solução, à margem dele, poderá resultar incompatível com a ordem jurídica concreta instalada pela nossa Constituição.

---

[11] *Dictionnaire grec français*, Hachette, Paris.

11. Não nos cabe senão o controle da constitucionalidade das leis. Tenho reagido incisivamente a qualquer experiência de controle da proporcionalidade ou razoabilidade delas, à prática das quais não estamos habilitados. E também não nos cabe a censura do legislador, salvo nos casos em que a constitucionalidade de qualquer ato normativo estiver em pauta.

O fato, no entanto, é que a amplitude da permissão veiculada pelos preceitos que se examina no bojo da presente ação direta de inconstitucionalidade, permissão concedida sob mínimas reservas, incompatibiliza-a com o *bloco de constitucionalidade* delineado pelo Supremo Tribunal Federal no quanto tem decidido, no conjunto de suas deliberações, em termos de atribuição de força normativa à Constituição. Pois a Constituição do Brasil não é apenas o conjunto/sistema de normas situado, na pirâmide de hierarquia das normas, imediatamente abaixo da norma fundamental. A Constituição do Brasil é a representação mais elevada, no plano do direito positivo, de uma ordem concreta anterior ao *direito posto* pelo Estado – ordem concreta que arranca de um direito pressuposto e expressa a visibilidade de um *nomos*. Daí que o caráter aberto da ação direta de inconstitucionalidade nos autorizaria a declarar a inconstitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei 11.105 por afronta à totalidade normativa que a Constituição é ou, em outros termos, por agressão ao *bloco de constitucionalidade* ao qual linhas acima referi. O risco da manipulação genética, o temor de que estejamos próximos à completa *reificação* da vida posta à mercê dos desígnios e princípios sem princípios do mercado, isso nos conduziria à declaração dessa inconstitucionalidade.

12. Não é recomendável, contudo, que tais riscos sejam dessa forma combatidos. A prudência indica dê-se ao mal o tratamento a que Tomás de Aquino faz alusão na Segunda Parte da Segunda Parte, questão 10, art. 11 da *Suma Teológica*[12], ao cuidar dos ritos dos infiéis:

> O governo humano deriva do governo divino e o deve imitar. Deus, porém, ainda que seja onipotente e sumamente bom, permite que aconteçam alguns males no universo, que poderia impedir, para que não suceda que, uma vez supressos, suprimam-se também grandes bens ou sigam-se males piores. Assim também no governo humano: os que governam toleram, com razão, certos males, para que alguns bens não sejam impedidos ou não sucedam males piores, como diz Agostinho: "Suprime as meretrizes da sociedade humana e perturbarás tudo com a libidinagem". Assim, pois, ainda que os infiéis pequem em seus ritos, eles podem ser tolerados ou por causa do bem que deles provém ou por algum mal evitado.

O "mal", no caso – e digo "mal" entre aspas –, esse "mal", a amplitude da permissão veiculada pelo preceito legal, há de ser combatido mediante a prolação, por esta Corte, de decisão aditiva visando a superar a incompletude (o vocábulo está incorporado ao vernáculo) do art. 5º e parágrafos da Lei 11.105/2005.

Note-se bem que a decisão aditiva acrescenta novo sentido normativo à lei, a fim de que determinado preceito legal seja depurado, adequado aos padrões da constitucionalidade. A esta Corte não cabe acrescentar nada à Constituição, como

---

[12] Volume V, Edições Loyola, São Paulo, 2004, p. 173.

já se fez, indevidamente – digo-o com as vênias de estilo, ainda que não espontâneas, ainda que não partam do meu íntimo –, como indevidamente foi feito no julgamento do MS 26.602. A decisão aditiva incorpora preceito novo à legislação infraconstitucional para, salvando-a de inconstitucionalidade, mantê-la em coerência com o bloco de constitucionalidade. Algo é acrescentado ao preceito legal, a Constituição permanecendo intocada, intocável. Ao contrário, porque a decisão aditiva como que captura o preceito legal, trazendo-o para o âmbito da constitucionalidade, a força normativa da Constituição é afirmada nessas decisões.

Declaro a constitucionalidade do disposto no art. 5º e parágrafos da Lei 11.105/2005, estabelecendo, no entanto, em termos aditivos, os seguintes requisitos, a serem atendidos na aplicação dos preceitos:

[i] *pesquisa* e *terapia* mencionadas no *caput* do art. 5º serão empreendidas unicamente se previamente autorizadas por comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde (não apenas das próprias instituições de pesquisa e serviços de saúde, como disposto no § 2º do art. 5º);

[ii] a "fertilização *in vitro*" referida no *caput* do art. 5º corresponde à terapia da infertilidade humana adotada exclusivamente para fim de reprodução humana, em qualquer caso proibida a seleção genética, admitindo-se a fertilização de um número máximo de quatro óvulos por ciclo e a transferência, para o útero da paciente, de um número máximo de quatro óvulos fecundados por ciclo; a redução e o descarte de óvulos fecundados são vedados;

[iii] a obtenção de células-tronco a partir de óvulos fecundados – ou embriões humanos produzidos por fertilização, na dicção do art. 5º, *caput* – será admitida somente quando dela não decorrer a sua destruição, salvo quando se trate de óvulos fecundados inviáveis, assim considerados exclusivamente aqueles cujo desenvolvimento tenha cessado por ausência não induzida de divisão após período superior a 24 horas; nessa hipótese poderá ser praticado qualquer método de extração de células-tronco.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, como já ficou amplamente assentado na sessão precedente e nesta sessão, discute-se, no presente caso, a permissão para a pesquisa científica a partir da utilização de células-tronco embrionárias, na forma estabelecida no art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei federal 11.101/2005). Delimito assim a questão posta nos autos porque não vejo a discussão sob a perspectiva de uma eventual fixação por esta Corte do **momento** do início da vida.

Como ficou demonstrado nos autos e nos debates, nem mesmo a ciência está apta a afirmar, com precisão, o momento exato em que a vida se inicia ou, ainda, que há vida. E creio que a eventual definição desse momento biológico, por si só, não seria suficiente para solucionar adequadamente a importante questão posta nos autos, que se restringe à possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas no Brasil.

Com efeito, o ponto nodal da presente ação direta, a meu sentir, consiste em verificar se a exceção legal à tutela conferida ao direito à vida pela nossa Constituição Federal de 1988 é legítima. Em outras palavras, se a opção do legislador ordinário, consubstanciada no art. 5º da lei 11.105/2006, está ou não em consonância com os ditames da Constituição Federal.

Conforme acentuei em outra oportunidade, "a tutela da vida humana experimenta graus diferenciados. As diversas fases do ciclo vital, desde a fecundação do óvulo, com a posterior gestação, o nascimento, o desenvolvimento e, finalmente, a morte do ser humano, recebem do ordenamento regimes jurídicos diferenciados. Não é por outra razão que a lei distingue (inclusive com penas diversas) os crimes de aborto, de infanticídio e de homicídio" (HC 84.025). Em outras palavras, segundo nosso ordenamento jurídico o direito à vida e a tutela do direito à vida são dois aspectos de um mesmo direito, o qual, como todo direito fundamental, não é absoluto nem hierarquicamente superior a qualquer outro direito fundamental.

Por essa razão, insisto, não é o caso de se tentar delimitar aqui quando a vida tem início. Cumpre, sim, verificar se a exceção à tutela ao direito à vida tal como disposta no art. 5º da Lei 11.105/2006, ora atacado, atende aos princípios estabelecidos na Constituição Federal de1988.

E a resposta, a meu sentir, é positiva.

Em primeiro lugar, no que se refere ao dispositivo objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade, o objetivo da lei é bem claro: regulamentar a pesquisa científica que utiliza células-tronco embrionárias. Essa lei, conforme amplamente demonstrado nos autos e na audiência pública realizada em 2007 sobre o tema, foi fruto de debate social no âmbito próprio de discussão de questões dessa natureza que é o Congresso Nacional. Este, ao ponderar entre as várias faces de um mesmo direito – o direito à vida –, optou por aquela que alia a proteção da vida num sentido mais amplo e coletivo com o desenvolvimento científico dentro de determinadas balizas.

Esclareço: a finalidade da lei foi regulamentar e permitir o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. Pesquisas, estas, que buscam tratamento e cura para inúmeras doenças hoje tidas por incuráveis. Há milhares de pessoas no Brasil que sofrem dessas doenças e que poderiam ter uma qualidade de vida melhor ou mesmo poderiam ter de volta sua saúde, se médicos e cientistas, através de pesquisas sérias, utilizando, também, células-tronco embrionárias, puderem ter a oportunidade de encontrar tratamentos eficazes para essas doenças.

Contudo, descobrir novas formas de tratamento exige trabalho árduo, dedicação, perseverança, enfim, exige tempo e recursos para pesquisa. A ciência não traz respostas rápidas. Entender o processo de formação do ser humano é tarefa hercúlea a ser desenvolvida por grupos de todos os povos e em todos os lugares do mundo em prol de toda a humanidade. Os estudos existentes a respeito das células-tronco embrionárias e de sua potencialidade são recentes e, aparentemente, promissores.

Em outros termos, temos, de um lado, a tutela dos direitos do embrião, fruto de técnicas de fertilização *in vitro*, inviáveis ou congelados por desinteresse dos genitores em implantá-los no útero, e, de outro, o direito à vida de milhares de crianças, adultos e idosos portadores das mais variadas doenças ainda sem tratamento e sem cura. Nessa ponderação de valores referentes ao mesmo princípio – inviolabilidade da vida –, o legislador brasileiro deu primazia à vertente apta a trazer benefícios de expressão coletiva, de preservação do direito à vida num espectro mais amplo, levando em consideração toda a sociedade, beneficiária direta dos futuros resultados dessas pesquisas.

Em segundo lugar, é importante que se diga, o dispositivo impugnado traz apenas uma **permissão** para que se utilizem células-tronco embrionárias, decorrentes de processos de fertilização *in vitro*, em pesquisas científicas. Trata-se, portanto, de uma **faculdade** outorgada por lei a todas as pessoas. E essa permissão legal é rigorosamente condicionada à conjugação de três fatores: (1) que se trate de embrião inviável ou embrião congelado há mais de três anos; (2) que haja o consentimento expresso dos genitores; e (3) que a doação seja gratuita (proibição da venda de embriões). Ademais, o art. 24 da lei 11.105/2005 criminaliza a utilização de embriões humanos em desacordo com o que dispõe o art. 5º da mesma lei, ora atacado.

Da análise do texto legal, portanto, resulta cristalino que não é todo e qualquer embrião que poderá ser objeto de pesquisa científica, assim como não há obrigação alguma a que os genitores doem os seus embriões para a pesquisa. E o mais importante: é terminantemente vedada a criação de embriões destinados à pesquisa.

Nesse ponto, creio que a lei respeita três primados fundamentais da República Federativa do Brasil inseridos na Constituição Federal: a laicidade do Estado Brasileiro (art. 19, I da CF/1988), traduzida também no respeito à liberdade de crença e religião (art. 5º, VI), o respeito à liberdade, na sua vertente da autonomia privada (art. 5º, *caput*) e o respeito à liberdade de expressão da atividade intelectual e científica (art. 5º, IX).

Com efeito, como sabemos, com a instalação da República firmou-se entre nós a separação entre a Igreja e o Estado, através do Decreto de 7 de janeiro de 1890 e, em seguida, com a Constituição de 1891. Na Constituição de 1988, o art. 19, I estabelece que: "Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;"

Ademais, o art. 5º, VI, da Constituição de 1988 garante a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos.

Assim, convivem em nossa sociedade os mais diversos credos e práticas religiosas. E todos os praticantes e seguidores das mais diversas religiões têm o direito de ver suas convicções religiosas respeitadas.

Por outro lado, e valendo-me das palavras de Daniel Sarmento, entendo que "a autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade, tal como vista pelo pensamento jurídico-político moderno. Esta autonomia significa o poder do sujeito de autorregulamentar seus próprios interesses, de 'autogoverno de uma esfera jurídica', e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. Ela importa o reconhecimento que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou a qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isso não implique em lesão a direitos alheios. Esta é uma ideia essencial ao princípio da dignidade da pessoa humana, que, na expressão de Canotilho, baseia-se no 'princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (pico della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual'."

A conjugação da laicidade do Estado e do primado da autonomia privada conduz a uma importante conclusão: os genitores dos embriões produzidos por fertilização *in vitro* têm a sua liberdade de escolha, ou seja, a sua autonomia privada e as suas convicções morais e religiosas respeitadas pelo dispositivo ora impugnado. Ninguém poderá obrigá-los a agir de forma contrária aos seus interesses, aos seus sentimentos, às suas ideias, aos seus valores, à sua religião, e à sua própria convicção acerca do momento em que a vida começa. Preservam-se, portanto, a esfera íntima reservada à crença das pessoas e o seu sagrado direito à liberdade.

A meu sentir, portanto, a regulamentação do uso das células-tronco embrionárias, mediante uma lei que preserva a autonomia privada, dentro de parâmetros objetivos pré-definidos, não padece do vício de inconstitucionalidade arguido. Muito pelo contrário, tendo em vista a gravidade da utilização de embriões humanos em pesquisas científicas ou pesquisas de qualquer outra natureza, é imprescindível que o legislador estabeleça os parâmetros adequados à proteção da autonomia privada e ao desenvolvimento responsável da ciência no país, mediante mecanismos eficazes de fiscalização dessas pesquisas.

Nesse sentido, o dispositivo atacado concretiza o princípio da liberdade de expressão da atividade científica, que consiste, nas palavras de José Afonso da Silva, na "atividade destinada a construir ciência, tomado o termo no sentido da disciplina do espírito que estabelece resultados e princípios rigorosos segundo as regras da causalidade, ou oposição à Arte, que executa suas criações sob o império da livre inspiração", e da "disciplina do espírito que se infere num sistema de verdades gerais verificáveis (...) utilizando hipóteses como proposições provisoriamente necessárias para orientar as investigações"[1].

Gostaria de lembrar, ainda, que muitos países vêm enfrentando ou já enfrentaram essa questão da pesquisa com células-tronco embrionárias.

---

[1] *Comentário contextual à Constituição*, p. 98-99.

A Inglaterra inicialmente regulamentou o tema através do *Human Fertilization and Embryology Act 1990 (Chapter 37)*, permitindo a pesquisa científica utilizando embriões com até 14 dias[2].

Na França, em 1994, o Conselho Constitucional foi chamado a apreciar a constitucionalidade da "*Loi relative au respect du corps humain*" e da "*Loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*", e considerou ambas compatíveis com a Constituição do país.

A Espanha, através da Lei 45/2003, que entrou em vigor em 2005, passou a permitir a doação de embriões excedentes para pesquisas científicas, desde que haja o consentimento dos genitores (*Disposición final primera*).

A Bélgica regulamentou o tema em 11 de maio de 2003, permitindo a pesquisa com embriões decorrentes de processos de fertilização *in vitro*, desde que a pesquisa tenha um objetivo terapêutico ou vise ao avanço dos conhecimentos em matéria de fertilidade, de esterilidade, "*de greffes d'organe ou de tissus*", de prevenção ou tratamento de doenças; que seja baseada nos mais recentes conhecimentos científicos e satisfaça às exigências de uma metodologia correta de pesquisa científica, que seja feita dentro de um laboratório ligado a um programa universitário de medicina reprodutiva ou genética humana e dentro de circunstâncias materiais e técnicas adaptadas; que seja realizada sob a supervisão de um médico especialista ou um doutor em ciências e por pessoas qualificadas; que seja realizada com embriões que tenham até 14 dias de desenvolvimento (período de congelamento não incluído) e que não exista outro método de pesquisa alternativa de eficácia comparável (art. 3º). De todo modo, é proibida a criação de embriões *in vitro* para fins de pesquisa (art. 4º)[3].

---

[2] *Activities governed by the Act*
3 Prohibitions in connection with embryos
(1) No person shall –
(a) bring about the creation of an embryo, or
(b) keep or use an embryo, except in pursuance of a licence.
(2) No person shall place in a woman –
(a) a live embryo other than a human embryo, or
(b) any live gametes other than human gametes.
(3) A licence cannot authorise –
(a) keeping or using an embryo after the appearance of the primitive streak,
(b) placing an embryo in any animal,
(c) keeping or using an embryo in any circumstances in which regulations prohibit its keeping or use, or
(d) replacing a nucleus of a cell of an embryo with a nucleus taken from a cell of any person, embryo or subsequent development of an embryo.
(4) For the purposes of subsection (3)(a) above, the primitive streak is to be taken to have appeared in an embryo not later than the end of the period of 14 days beginning with the day when the gametes are mixed, not counting any time during which the embryo is stored.

[3] *Art. 3. La recherche sur les embryons in vitro est autorisée si toutes les conditions de la présente loi sont remplies et notamment si:*
1º elle a un objectif thérapeutique ou vise l'avancement des connaissances en matière de fertilité, de stérilité, de greffes d'organe ou de tissus, de prévention ou de traitement de maladies.

A Suíça também regulamentou o tema em 2003, através da "*Loi fédérale relative à la recherche sur lês cellules souches embryonnaires* – LRCS. Em seu art. 3º, a lei proíbe a produção de embriões para fins de pesquisa.

Enfim, esses são apenas alguns exemplos, colhidos do direito comparado, que demonstram a preocupação dos países europeus com a pesquisa envolvendo células-tronco embrionárias. Vê-se que as legislações estrangeiras têm ao menos três pontos em comum: o primeiro, referente à obrigatoriedade de que os embriões sejam utilizados em pesquisas que visem ao bem-comum; o segundo, que sejam utilizados apenas embriões excedentes dos processos de fertilização *in vitro*, o que, em outras palavras, significa a proibição de que sejam criados embriões para este fim; e, por último, que haja o consentimento expresso dos genitores.

Nessa ordem de ideias, parece-me que a legislação brasileira segue os critérios mínimos que têm sido exigidos por outros países que permitem a pesquisa envolvendo células-tronco embrionárias.

Ademais, creio que a existência de autorização expressa para pesquisa em diversos países no mundo certamente nos levará, mais cedo ou mais tarde, a outro dilema ético: se o Brasil proibir a pesquisa com essas células-tronco poderemos futuramente admitir que os tratamentos derivados de pesquisas feitas em outros países sejam aplicados no país? Em outras palavras, não aceitaremos que os embriões brasileiros, dentro dos limites objetivos fixados na lei de biossegurança, sejam objeto de pesquisa no país por ofensa ao direito à vida, mas aceitaremos, no futuro, os tratamentos que podem beneficiar milhares de pessoas decorrentes de pesquisas feitas com embriões de outras nacionalidades?

Por fim, julgo importante fazer uma última observação lateral. A pesquisa envolvendo seres humanos, sejam eles embriões, fetos, bebês, crianças, adultos ou idosos, deve ser pautada pelos mais rigorosos critérios, tanto no momento em que a pesquisa é autorizada como durante o desenvolvimento dos trabalhos. No direito comparado, o papel de fiscalização das pesquisas com seres humanos é desempenhado com qualidade pelos Comitês ou Conselhos de Bioética, órgãos multidisciplinares, compostos por diversos integrantes da sociedade, cuja missão

---

2º elle est basée sur les connaissances scientifiques les plus récentes et satisfait aux exigences d'une méthodologie correcte de la recherche scientifique;

3º elle est effectuée dans un laboratoire agréé lié à un programme universitaire de soins de médecine reproductive ou de génétique humaine et dans les circonstances matérielles et techniques adaptées; la recherche décrite dans les programmes de soins de la médecine reproductive non universitaire ne peut être exécutée qu'après la conclusion d'une convention s'inscrivant dans un programme de soins de la médecine reproductive universitaire; cette convention prévoit que l'avis, tel que décrit à l'article 7, est rendu par le comité local d'éthique de l'institution universitaire;

4º elle est réalisée sous le contrôle d'un médecin spécialiste ou d'un docteur en sciences et par des personnes possédant les qualifications requises;

5º elle est exécutée sur un embryon au cours des 14 premiers jours du développement, période de congélation non incluse;

6º il n'existe pas de méthode de recherche alternative ayant une efficacité comparable;

Art. 4. § 1er. La constitution des embryons in vitro à des fins de recherche est interdite, sauf si l'objectif de la recherche ne peut être atteint par la recherche sur les embryons surnuméraires et pour autant que les conditions de la présente loi soient remplies.

é avaliar, autorizar e fiscalizar as pesquisas envolvendo seres humanos. Sem um conselho ou comitê sério e responsável, comprometido com a preservação da sociedade e o desenvolvimento da ciência, corre-se o risco da banalização da pesquisa envolvendo seres humanos.

Vivemos um momento histórico da mais ampla significação, e não digo isso apenas em relação a este julgamento. De fato, a evolução da humanidade, em seus múltiplos aspectos, requer respostas éticas diferentes dos modelos outrora construídos sobre teorias filosóficas, teológicas e científicas fundamentadas numa visão de mundo (e de ser humano) agora aparentemente ultrapassada. Ultrapassada não porque eram teorias ruins, mas porque a sociedade evoluiu e surgiram questionamentos para os quais elas não se aplicam a contento.

Assim, o melhor caminho para a proteção do direito à vida, em seus diversos e diferentes graus, é uma legislação consciente e a existência de órgãos dotados de competência técnica e normativa para implementá-la, fiscalizando efetivamente a pesquisa científica no país. A proibição *tout court* da pesquisa, no presente caso, significa fechar os olhos para o desenvolvimento científico e para os eventuais benefícios que dele podem advir, bem como significa dar uma resposta ética unilateral para uma problemática que envolve tantas questões éticas e tão diversas áreas do saber e da sociedade.

Essa corte, em seu papel de guardiã da Constituição Federal e dos direitos e garantias fundamentais, tem o dever de proteger a democracia, a liberdade de crença religiosa e a liberdade de investigação científica. A meu sentir, pedindo vênia aos que pensam de maneira diferente, creio que a permissão para a pesquisa científica, tal como disposta na lei ora atacada, não padece de inconstitucionalidade.

Do exposto, Senhor Presidente, acompanho o brilhante voto do Ministro Relator e daqueles que o acompanharam e julgo totalmente improcedente o pedido.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: **1.** Está a Corte diante da delicada e grave tarefa de decidir se deve mantida, à luz da Constituição da República, a autorização, dada pela Lei 11.105, de 24 de março de 2005, no art. 5º e parágrafos, para fins de pesquisa e terapia, sob determinadas condições, ao uso de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro.*

Alega a demandante, a Procuradoria-Geral da República, em substância, que tal autorização violaria o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, objetos respectivos do art. 5º, *caput*, e do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.

A gravidade e a delicadeza da tarefa vêm, não apenas da já em si algo complexa questão jurídico-constitucional da causa, mas também do conflito, que lhe subjaz, de opiniões sobre os progressos e expectativas da engenharia genética e das técnicas de fertilização artificial, de um lado, e, de outro, das justas inquietações que, despertando a temática em relação à dignidade da pessoa humana e

ao futuro da humanidade, evocam, como paradigma perturbador do potencial escatológico da tecnologia,[1] os rumos dramáticos em que se transviaram os estudos sobre a fissão nuclear. E conflito exacerbado, senão deturpado em boa medida, pelo contraste de posições que, cada uma a seu feitio, não conseguem desvencilhar-se da forte carga de irracionalidade sobre assunto que toca as profundezas mais obscuras do psiquismo e do espírito humano.

I. Refutação dos argumentos impertinentes.

2. Antes de entrar a expor meu pensamento sobre a questão central da causa, gostaria de, não apenas por intuitiva necessidade de método e de coerência lógico-jurídica, senão também em homenagem a todos os ilustres interlocutores deste nobre diálogo, refutar, posto que com brevidade, dentre os principais argumentos apresentados por ambas as correntes, aqueles que, com o devido respeito, me parecem menos sólidos ou consistentes, e, como tais, irrelevantes para a decisão.

2.1 Em primeiro lugar, embora reconheça dê lugar a comparação ilustrativa, tenho por insuficiente a analogia retórica que se intenta estabelecer entre os momentos da chamada morte encefálica e, *a contrario sensu,* do início da vida, o qual se daria com a neurulação, ou estágio de esboço do sistema nervoso.[2]

A opção legislativa, tomada pelo art. 3º da Lei federal 9.434, de 1997,[3] pela morte encefálica como marco relevante do diagnóstico de óbito para fins de transplante ou tratamento, bem como sua regulamentação, por via da Resolução do Conselho Federal de Medicina – CFM n. 1.480/1997, baseia-se na técnica normativo-operacional da *ficção jurídica,* que reproduz mera convenção, embora não despida de fundamentos médico-científicos. É que ninguém disputa que o ser humano vítima de morte cerebral não está, deveras, biologicamente morto.[4] O fim da vida é determinado, nesse caso, menos por injunções intransponíveis

---

[1] A expressão é tomada a *Hans Jonas*, que, sintetizando toda a preocupação inspiradora de sua notável obra, advertiu: "*Ante el potencial casi escatológico de nuestros procesos técnicos, la ignorancia de las consecuencias últimas será en sí misma razón suficiente para una moderación responsable, que es lo mejor, tras la posesión de la sabiduría*" (*El princípio de responsabilidad*. 2. ed. Barcelona: Herder, 2004. trad. Javier Mª Fernández Retenaga. p. 56).

[2] Argumento da AGU, fl. 87.

[3] "Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina."

[4] *Luís P. Villarreal*, Professor de Biologia Molecular e Bioquímica da Universidade da Califórnia em Irvine (EUA), explica de modo singelo o *status* da morte cerebral: "La vida también puede entenderse como una propiedad emergente a partir de un conjunto de elementos inertes. La vida y la conciencia constituyen ejemplos de sistemas complejos emergentes. Ambos requieren un nivel crítico de complejidad o interacción para alcanzar sus respectivos estados. Una neurona por sí sola (...) no posee consciencia; para ello se necesita la complejidad del cerebro entero. Incluso *un cerebro humano intacto* puede *estar vivo* y carecer de consciencia, es decir, en estado de '*muerte cerebral*'." (¿Tienen vida los virus? In: *Investigación y Ciencia*: edición Española de Scientific American, n. 341, feb. 2005. g.n.).

de natureza biológica do que por específicas razões de conveniência social e política, concernentes ao aproveitamento de tecidos e órgãos para transplante e doação, com o manifesto propósito de salvar vidas alheias e reduzir os custos materiais e emocionais da manutenção de uma vida em estado vegetativo, sob prognóstico fechado. Não é este o lugar para discutir a bondade ou a validez dessa concepção normativa.[5]

2.2 Em segundo lugar, em absoluto não vem ao caso, nem releva em nada a circunstância ou a eventualidade de, para experimentos científicos de finalidades terapêuticas, as pesquisas com células-tronco adultas (CTA) se prefigurarem mais ou menos promissoras ou frutíferas do que aquelas voltadas para as células-tronco embrionárias (CTE).

Os objetos teóricos de pesquisas não traçam caminhos mutuamente excludentes. Considerando-se que, ao propósito, nenhuma das tecnologias conhecidas demonstrou cabal suficiência no sentido de esgotar as potencialidades científico-terapêuticas, fica desde logo claro que o estudo com as CTE é de todo em todo adequado e recomendável, na medida em que pode contribuir para promoção de objetivos e valores constitucionais legítimos, que são o direito à vida, à dignidade, à saúde e à liberdade de investigação científica. E, porque é decisiva para a ciência, a consideração de sua velocidade ou aspecto temporal aparece ainda como manifestamente importante, até porque, como há de ver-se, não sacrifica nenhum princípio jurídico nem direito algum, sobretudo os que protegem a vida e a dignidade humanas, para realização daqueloutras altas finalidades, com a intensidade e amplitude desejáveis.

2.3 Tampouco têm peso aqui recursos hermenêuticos tendentes a interpretar a Constituição da República à luz de normas subalternas. Os conceitos de vida e de pessoa, enquanto constituam dados necessários da *quaestio iuris* da causa, devem ser reconstruídos, senão que construídos, nos supremos limites materiais do ordenamento constitucional.

Tal é a razão óbvia por que já a nada serviria a postura dogmática que, debaixo do pretexto da relatividade dos direitos constitucionais, pretende graduar o direito à vida com a régua impertinente de que, como, nos termos do direito positivo, o crime de homicídio tem pena maior que a prevista para o delito de aborto, então teriam menor dignidade jurídico-constitucional a vida intrauterina e, *a fortiori*, as células embrionárias.

O erro aqui é agravado e pouco sutil. As normas penais não valoram de modo diverso, na cominação de penas em cada tipo, o bem jurídico da vida em estado hipotético de violação, mas, sim, a *reprovabilidade* de cada conduta típica, segundo as modalidades e as circunstâncias da ação humana violadora. Cuida-se, aí, de nítida orientação de política normativo-criminal, que em nada deprecia o eminente grau de dignidade e tutela que a Constituição da República

---

[5] Sobre a necessidade de prudência jurídica no tema, cf. ASCENSÃO, José Oliveira. A terminalidade da vida. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo*. Rio: Renovar, 2008, p. 157-158, n. 2.

reserva ao chamado direito à vida, que é, antes, o pressuposto ou condição transcendental da existência de todos os direitos subjetivos.

Para vê-lo em toda a nitidez, basta atentar na própria figura do homicídio, cujas penas variam em função de diversos fatores objetivos e subjetivos, inerentes, por exemplo, às hipóteses de aumento ou diminuição, de qualificação, etc.[6] A ninguém terá jamais ocorrido que, para o ordenamento jurídico, valha menos a vida de uma vítima de homicídio simples do que a de alguém morto em emboscada! Mas expressivo, ainda, é o caso do infanticídio (art. 123 do Código Penal), que, em termos de sacrifício do bem jurídico tutelado, em nada difere do homicídio (art. 121 do Código Penal), mas, em razão de condições subjetivas especialíssimas (estado puerperal da mãe), tem pena em abstrato consideravelmente mais branda, sem isso signifique, para a ordem jurídica, sobretudo a constitucional, que a vida do infante valha menos do que a de qualquer outra pessoa.[7]

Poder-se-ia objetar que, neste segundo exemplo, a diferença de penas decorre da menor capacidade de compreensão do agente. Mas, a despeito de ser inconsequente em si a objeção, outros casos há em que a cominação da pena está relacionada com a ponderação de elementos objetivos do *fato* criminoso, como se dá, *v.g.*, com o furto de veículo automotor, que, transportado para outro Estado, induz pena abstrata máxima no dobro (art. 155 do Código Penal)! O bem jurídico atingido e seu valor jurídico-patrimonial são exatamente os mesmos, mas são diversas as penas, porque diversos os graus de *desvalor normativo* das condutas típicas.

Daí se tira que a pena cominada, embora guarde certo nexo lógico com o bem jurídico objeto da tutela criminal, nem sempre é *diretamente proporcional* ao valor normativo deste, por perceptível necessidade de concretização de justiça, como sucede, estritamente, à fixação teórica das penas dos crimes de aborto e de homicídio, cuja diversidade, de modo e em sentido algum se presta a sustentar peregrina teoria de que o direito à vida seria suscetível de graduações axiológicas no seu *status* jurídico de fundante valor objetivo constitucional.

Por razões até mais graves e intuitivas, que por isso não merecem senão notas de rodapé, parece, nesse sentido, não menos estéril e ilegítima a invocação de categorias da dogmática e do direito civil, como, por exemplo, remissão às ideias de nascituro[8], de nascimento com vida e de personalidade ju-

---

[6] Cite-se, por exemplo, a agravante de o agente ter cometido o crime "contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida" (art. 61, inciso II, *h*). Aliás, como no aborto a capacidade de reação do feto é nula, a legislação penal poderia até ter previsto pena *maior* que a aplicável ao homicídio, sem que isso significasse demérito da vida das pessoas.

[7] Esse é, no entanto, o argumento – incorreto no ponto – da *Conectas*, que, comparando a pena do homicídio com a do aborto, sugere haja, em relação à vida "da pessoa destinada a nascer, (...) uma valoração 'pela metade' de seu valor" (fl. 158). A ilação, tirada de forma automática entre o valor da pena e o valor do bem jurídico tutelado, não colhe.

[8] A AGU chega a conclusão correta, empregando, contudo, raciocínio que se não remete à Constituição. É verdade que há diferença entre vida intrauterina e embriões não implantados ou congelados, mas isso não decorre da *incerteza* do nascimento (relacionada à ideia de nascituro, "ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro e certo", fl. 111). Deriva, sim, do não enquadramento dos últimos em nenhum conceito aceitável de *vida*.

rídica[9], todas as quais estão impregnadas de vício metodológico radical e absoluto que, à moda de pecado original, as invalida todas, enquanto mal disfarçadas tentativas de inverter a ordem escalonada das normas que se estrutura a partir da Constituição da República.

2.4 Artificial, forçosa e, como tal, imprestável, é a proposta de equiparação ou analogia entre os procedimentos envolvidos nas pesquisas de células embrionárias e prática abortiva.

A caracterização do crime de aborto tem por pressuposto necessário a preexistência de vida intrauterina, isto é, de gravidez, pois a gestação é circunstância elementar do tipo penal (arts. 124 e seguintes do Código Penal). Ora, abstraindo-se por ora a questão de existir, ou não, vida no embrião congelado, não há como nem por onde imaginar-se delito de aborto sem gestante. Quem seria a gestante na hipótese das pesquisas? Os tanques de nitrogênio líquido?

Essa conclusão cristalina e irrefutável não permite a ninguém de bom senso descobrir afinidades entre aborto e pesquisa científica com células embrionárias congeladas, nem sequer no plano da crítica extrajurídica, como o advertiu a insuspeita *Mayana Zatz*:

> Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a **formação** do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural, e também para **inserir no útero.** E esses embriões **nunca serão** inseridos no útero.[10]

2.5 Não colhe, ademais, por representar verdadeiro contrassenso, o argumento *ad terrorem* centrado na possível tendência à comercialização de embriões que se desencadearia por conta da declaração de constitucionalidade da lei de biossegurança.

Esta veda expressamente a mercantilização de embriões excedentários,[11] tipificando-a como crime (art. 5º, § 3º), e, mediante a previsão de outras medidas de controle, ainda que algo tímidas na sua literalidade, mas bastantes, na sua força latente, para justificar e exigir a atuação efetiva dos órgãos e instituições responsáveis por sua observância, concorre para inibir atividades abusivas clandestinas, que de outro modo poderiam ser ignoradas pela indiferença oficial, sob pretexto de vácuo legislativo. As consequências práticas supostas pela disciplina normativa e por sua correta interpretação conforme à Constituição da República desacreditam o argumento, pois transportam as pesquisas científicas para o campo delimitado da licitude jurídica, recobrindo de legitimidade e responsabilidade assim

---

[9] É inócua a afirmação da CGU à fl. 116 ("só tem direitos quem tem personalidade"), porque o material embrionário pode não ser sujeito de direitos, mas é *objeto* de proteção jurídica.

[10] p. 13. Grifos nossos.

[11] A expressão, com o neologismo, consta do art. 1.597, inciso IV, do vigente Código Civil.

o trabalho dos pesquisadores, como as fontes de financiamento e investimento, que já não pré-excluem os estímulos e recursos públicos. A ausência de lei é que incentivaria experimentos abstrusos, antiéticos ou abusivos, à sombra de uma clandestinidade que, conquanto inevitável na medida da natural incontinência humana, o Estado já não pode tolerar sob o domínio de normas cogentes.

2.6 Estou, por fim, em que engenhosas referências à noção de paternidade responsável servem apenas à justificação dos procedimentos de fertilização *in vitro* (FIV) e de um de seus efeitos colaterais, que é a produção de excedentes embrionários. Cuida-se de questão prévia, mas autônoma, que não guarda vínculo direto com a solução do problema jurídico-constitucional agora submetido à Corte.

II. A ausência de vida nos embriões humanos congelados.

3. Há, em tese, alguns – convenhamos predicar a todos eles, à míngua de outro mais preciso e curial, este termo – teóricos sujeitos de direito à *vida* por considerar no quadro da causa: um é o embrião congelado; outro, o embrião implantado e o feto e, por fim, o ser humano, criança ou adulto, que porta plenamente os atributos a cuja coexistência a ordem constitucional atribui a qualidade de *pessoa*. A pergunta nevrálgica a que deve a Corte responder é se a tutela constitucional da *vida* se aplica, na integralidade do seu alcance, à classe dos embriões e, mais especificamente, à dos embriões inviáveis e aos crioconservados.

Meu esforço está em perquirir se existe diferença de *graus* de proteção constitucional a que façam jus, de um lado, as *pessoas* dotadas de vida atual e em plenitude, e, de outro, os *embriões*. E começo por identificar em ambos esses conjuntos de organismos o predicado da *humanidade*, mas somente no primeiro consigo discernir, à luz de todos os critérios discretivos disponíveis, a presença de *vida*. Por isso, o único ponto de semelhança que as características e as distinções biológicas me autorizam a encontrar, no plano da ordem jurídica, entre um embrião congelado e um adulto, é que esse participa, em grau primitivo, dos requisitos da proteção à dignidade humana deste, e apenas isso. É o que me proponho a demonstrar.

4. Antes de declinar o extenso rol de direitos fundamentais do art. 5º, cujo *caput* assegura o direito à vida, a Constituição da República enuncia seus princípios fundantes no art. 1º, fazendo constar do inciso III a *dignidade da pessoa humana*. Harmonizam-se todas estas disposições, pois o vocábulo *vida*, constante do art. 5º, não pode dissociar-se do pressuposto de sua condição *humana*. Quando se refere a *todos*, brasileiros e estrangeiros aqui residentes, que são iguais perante a lei, a Constituição cuida, a toda a evidência, de seres humanos viventes.

Desta indiscutível premissa, segundo a qual a vida objeto da larga e genérica tutela constitucional é apenas a *vida da pessoa humana*, derivam duas teóricas linhas de raciocínio, conducentes ambas ao reconhecimento de permissão constitucional para pesquisas com células-tronco embrionárias: a primeira baseia-se em que o embrião não é, ou não é ainda, *pessoa*; a outra concebe que no embrião, congelado ou inservível, não há *vida* atual. E tais posições não são contraditórias,

pois basta seja admitida a consistência lógico-jurídica de uma delas para ter-se por legítima a conclusão de constitucionalidade da norma ora impugnada. Como, para efeito da ampla e integral tutela outorgada da Constituição da República, deve haver *vida*, **e** vida de *pessoa humana*, a falta de qualquer um dos componentes desta conjunção invalida o fundamento básico da demanda.

Há argumentos respeitáveis na posição dos que sustentam que embriões isolados não se caracterizam nem se definem como *pessoas*. É, por exemplo, a formulação da **AGU**, segundo a qual "a ofensa à dignidade da pessoa humana exige a existência da pessoa humana, hipótese que não se configura em relação ao embrião *in vitro*",[12] e, ainda, a do *amicus curiae* **Movitae**, que, ao afirmar não ser "o embrião uma pessoa",[13] invoca esta lição do Prof. **Antonio Junqueira Azevedo**:

> [D]o embrião pré-implantatório, resultante de processos de fecundação assistida, ou até mesmo de clonagem, constituído artificialmente e que ainda está fora do ventre materno, por não estar integrado no **fluxo vital contínuo** da natureza humana, **é difícil dizer que se trata de "pessoa humana"**. É verdade que, por se tratar da vida em geral e especialmente da vida humana potencial, nenhuma atividade gratuitamente destruidora é moralmente admissível, mas, no nosso entendimento, aí já não se trata do princípio da intangibilidade da vida humana; trata-se da proteção, menos forte, à vida em geral.[14]

Na mesma direção, **Claus Roxin** inclina-se a reconhecer certa forma de vida ao embrião, ao tempo em que lhe nega, porém, condição análoga à do homem nascido, por considerá-lo apenas uma *forma prévia* de pessoa:

> É inquestionável que, com a união do óvulo e do espermatozoide, surge uma **forma de vida** que já carrega em si todas as disposições para tornar-se um homem futuro. Daí deduzo que um tal embrião tem de participar, em até certo grau, na proteção e na **dignidade** do homem já nascido. (...)
>
> Por outro lado, parece-me igualmente inquestionável que o embrião seja somente uma **forma prévia**, ainda muito pouco desenvolvida, do homem, que não pode gozar da mesma proteção que o **homem nascido** – ainda mais enquanto o embrião se encontrar fora do corpo da mãe.[15]

De minha parte, estou convencido de que o atributo de *humanidade* já está presente tanto no embrião, quanto nas demais fases do desenvolvimento da criatura. Mais do que o caráter e o sentido elementar da identidade da matéria-prima de que um e outro se compõem, o embrião em si constitui, como depositário dos ainda misteriosos princípios da vida, mais que procriação, a re-produção ou a multiplicação enquanto prolongamento mesmo das pessoas que lhe dão origem e, como tal,

---

[12] Fl. 114.

[13] p. 18 da manifestação data de 30-9-2005.

[14] Caracterização da dignidade da pessoa humana, *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 91, n. 797, p. 21, mar./2002.

[15] *A proteção da vida humana através do direito penal.* Trad. Luís Greco. Disponível em <www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto808.doc>, acesso em 31-3-2008, g.n.

não pode deixar de ter a mesma natureza biológica e de compartilhar da mesma suprema dignidade moral e jurídica do ser humano. Essa é, aliás, a razão por que não é lícito reservar-lhe tratamento menos respeitoso sequer no campo jurídico.

As divergências toleráveis ao propósito, essas concernem e restringem-se ao problema de sua caracterização, em termos absolutos ou relativos, como *pessoa*, pois, a despeito de o código genético completo, enquanto conjunto das disposições suficientes para, sob certa condição externa, se desenvolver e se transformar em ser humano autônomo, já estar inscrito no embrião, não se pode reduzir a complexidade da *pessoa humana* como organismo vivo e, sobretudo, como sujeito de direito, ao aspecto puramente biológico de sua mera completude ou perfeição genética, encravada na célebre "escada torcida em forma helicoidal."[16] Nesta sede, onde pretensas concepções científicas e posturas racionais se confundem, menos no enunciado das teses contrastantes do que na profundeza das motivações inconscientes, com a adesão apaixonada das crenças religiosas, é preciso renunciar a toda busca de consenso e de pontos de vista comuns, até porque, como verdadeiros atos de fé, não se acomodam a testes de refutabilidade, nem prometem conclusões seguras para a solução da causa.

Menos discutível, ou, quem sabe, menos incerto parece-me a via da indagação dos critérios perante os quais se pode reconhecer, com o nível de certeza postulado pela resposta jurídica, que embriões congelados não têm vida suscetível de tutela, na acepção do ordenamento constitucional.[17]

5. E, para tanto, tampouco é mister disputar, aqui, a respeito do momento exato em que começa a vida, pela mesmíssima razão de que, por mais convergentes e sedutoras que sejam as proposições revestidas de aparente autoridade científica, esta é também seara de opiniões e teorias controversas, que, incapazes de ser refutadas, guardam o estatuto lógico das profissões de fé. A decisão seria, muito provavelmente, arbitrária.

Para efeito do meu raciocínio, é suficiente partir de uma epítrope, figurada na concessão retórica de que o **início** da vida ocorra deveras no preciso instante da fecundação, entendida esta no estrito significado biológico do mero fato objetivo da junção dos gametas, abstraída a circunstância de se perfazer, ou não, no ventre de alguma mulher ou alhures. Noutras palavras, assumamos esta premissa como verdadeira, consoante o fez o eminente Ministro Relator,[18] e concordemos

---

[16] TELLES JR., Goffredo da Silva. *A folha dobrada*: lembranças de um estudante. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 850.

[17] É evidente que, existindo *vida* de pessoa humana, sob qualquer forma e manifestação, deve ser protegida pelo ordenamento. É o caso, por exemplo, dos fetos, sadios ou anencéfalos, das pessoas que, por infortúnio, sejam vítimas de deformidades, das mais leves às mais teratológicas, e ainda daquelas em estado terminal, todas dignas do maior respeito e proteção constitucionais. Assim também é o caso dos embriões implantados. Não, porém, dos simples embriões isolados, que, posto corporifiquem patrimônio genético humano, não têm vida no sentido e como objeto da tutela constitucional.

[18] Está no voto do Min. *Carlos Britto*, p. 22: "não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino (...). Não pode ser diferente. Não há outra matéria-prima da vida humana (...)"

integralmente com a assertiva da **CNBB**, segundo a qual "está cientificamente comprovado que a vida **começa** com o zigoto. (...) Cientificamente, a vida **começa** com a concepção."[19]

Nessa moldura lógica pressuposta, a pergunta decisiva está em saber se a ideia de que a vida tem *início* na fecundação, qualquer que seja o *locus* onde aconteça, é capaz de legitimar juízo de inconstitucionalidade da norma contestada, sob o fundamento e a inferência imediata de que a correspondente autorização de pesquisas com embriões ofenderia o primado constitucional da tutela da *vida* humana. Ou, vista doutro ângulo, saber se a tese proposta de reconhecimento da licitude constitucional de experimentos científico-terapêuticos com células-tronco embrionárias, subordinados a rigorosos expedientes de controle e garantias legais, não estaria comprometida pela admissão daquele postulado.

É de todo em todo negativa a resposta.

A primeira objeção, mas talvez a menos grave, é que, desconsiderando o fator concorrente da presença e do papel decisivos do útero materno na cadeia causal, essa difusa concepção sobre o ponto histórico absoluto do início da vida deveria, na prática, sob pena de grosseira e perceptível contradição, levar necessariamente à mesma conclusão de franca ilegitimidade constitucional da corriqueira produção de múltiplos embriões para fins reprodutivos, não obstante dirigida ao elevado fim dessa particular modalidade de procriação assistida, que é a fertilização extracorpórea, cujo processo médico-científico gera incontáveis embriões excedentes, condenados todos a congelamento prolongado ou a destruição imediata que quase ninguém recrimina!

Pouco se dá que esse resultado invariável, a sobra de embriões, represente consequência da particular necessidade de produção múltipla, ditada pela observação científica e empírica de todos os riscos de fracasso envolvidos nas práticas e experimentos dos processos de fecundação para tratamento de infertilidade. O fato incontornável é que se têm por lícitos, quando menos naturais ou, até, moralmente legítimos, a formação e o estoque de u'a multidão sempre crescente de embriões excedentários. Mais que isso, tal práxis é, sob pretexto de servir de boa garantia à eficácia das técnicas de fertilização em laboratório, tolerada, senão até justificada, pela assombrosa indiferença de quase todos os que, sustentando ser o embrião como entidade *a se*, portador de *vida* nos mesmíssimos termos em que a têm o feto e o homem nascido e, como tal, merecedor de igual valoração ética e tutela constitucional, não lhe costumam opor nenhum reparo de ordem moral nem jurídica. Mas não podem negar que se trata de produção descontrolada de embriões sem préstimo, que não têm, ao perecimento certo, destino alternativo compatível com a grandeza e a dignidade reservadas ao ser humano, ao qual os equiparam na raiz da sua concepção ideológica.

Se, de regra, aos defensores dessa concepção não parece eticamente censurável, nem insultuosa à Constituição da República – antes, a muitos se lhes

---

[19] p. 16 do memorial datado de 14-4-2007. Grifos nossos.

afigura prática legítima –, a produção de tantos embriões predestinados a longa crioconservação ou a pronta destruição consentida, embora escusada pelas exigências técnicas e finalidade médico-reprodutiva do processo em que se dá, não lhes poderia aparecer inconstitucional, nem censurável que a lei tenha previsto a esses embriões sorte diversa, evidentemente útil e nobre, que é a de se prestarem a objeto de promissoras investigações científicas em proveito da raça humana, cuja subsistência, integridade e aperfeiçoamento na história é o alvo último das preocupações da Constituição e de todo o ordenamento jurídico.

Sobre trair-lhes de modo inconsciente as convicções declaradas, deixando entrever que admitem, no fundo, a licitude do sacrifício dos embriões excedentários como procedimento natural em relação a matéria humana dotada de certa dignidade ética, mas carente de *vida* plena, tamanha incoerência dos defensores da teoria da vida embrionária já lhes desacredita a tese ou deprecia a crença.

Manter congelado ou logo destruir organismo que já tenha *vida* em plenitude seria tão ou mais indigno e repulsivo do que destiná-lo a frutuosas pesquisas científicas a bem da humanidade. Daí por que, vergando-se talvez à recôndita certeza de que células-tronco embrionárias isoladas não contêm *vida* no rigoroso sentido biológico e jurídico-constitucional da palavra, não condena a requerente, em nenhum passo de sua atuação na causa, a produção necessariamente ilimitada, nem o anunciado e rotineiro sacrifício de embriões excedentes. Nem pleiteia tampouco o que seria o mais conspícuo disparate de obrigar a conservá-los congelados *ad aeternum* ou de submetê-los despoticamente a implantação sistemática em úteros de mulheres, mediante aplicação simultânea de *vis corporalis* e de *vis compulsiva*, em prática inconcebível e degradante que aviltaria a dignidade humana. Nisso guarda coerência.

Mas não posso deixar de insistir na inexplicável contradição em que se enreda essa atitude, a qual, como signo do antagonismo irracional às pesquisas, condena a destruição das células embrionárias excedentes para fim de desenvolvimento de experiências científicas com propósitos terapêuticos, mas aquiesce ao seu inútil sacrifício no descarte final inexorável, como se, em ambos os casos, não houvera aniquilação ilícita da mesma vida pressuposta!

Convém referir e discutir, neste ponto, com **Russel Korobkin**,[20] duas posturas que, pretendendo validar a cerrada oposição às pesquisas com as células embrionárias, sintetizam de algum modo as concepções comuns de que o blastócito constitui *equivalente moral de pessoa* e, como tal, predica, nos planos ético e jurídico, o mesmo indiscutível valor que impede sejam ambos submetidos a experimentos científicos, sobretudo capazes de destruição. A primeira sustenta que blastócitos e pessoas são idênticos nas qualidades que lhes atribuiriam e justificariam a mesma dignidade moral e o consequente tratamento jurídico. A segunda afirma que, conquanto se diferenciem das pessoas sob importantes aspectos, os blastócitos guardam o potencial de se transformarem em pessoas, donde gozam do mesmo estatuto moral e jurídico destas.

---

[20] *Stem cell century*. New Haven and London: Yale University Press, 2007. p. 29-34.

É certo que, salvo o caso de gêmeos idênticos, cada blastócito contém, ativo, um genoma humano único. Mas o reconhecimento da posse desse material genético de pessoa não é suficiente para lhe fundar e estender idêntico valor moral e jurídico. É que há hoje, ao propósito, relativo consenso científico de que a presença de *alguma estrutura de neurônios*, que exige transcurso de certo tempo no processo, é requisito mínimo indispensável para induzir o *status* moral de uma pessoa. Ora, cinco dias depois da fertilização, o blastócito não tem nenhuma capacidade de interagir com o mundo exterior, nem de experimentar afetos, de modo que não pode, sob esse ponto de vista, equiparar-se em valor ao ser humano, do qual só apresenta uma característica, que é o DNA.

Por outro lado, o termo *potencialidade* assume, no segundo argumento, conotação muito mais larga do que pode semanticamente suportar, pois, como expressão de propriedade conceitual, implica a ideia de aptidão de tornar-se algo mais por si mesmo, sem intervenção ou assistência externa (*self-actualizability*), ou já de elevado grau de probabilidade de tornar-se algo mais (*likelihood*). Mas, fertilizado em laboratório, o blastócito não tem nem uma coisa nem outra, assim porque precisa ser transplantado para útero de mulher para adquirir tal potência ou capacidade, como porque, não passando, segundo as estatísticas, de vinte a quarenta por cento suas chances de bom sucesso na implantação uterina, é muito baixo o nível de probabilidade de transformação.

De mais a mais, e esta é incisiva objeção de **Korobkin**, igual potencialidade poderia ser reconhecida, com todas as consequências éticas e jurídicas, ao esperma e ao óvulo humanos:

> *If a five-day-old in vitro blastocyst is inviolate because of its potential (understood without any bounds) to develop into a human life, it is hards to say why each individual egg or sperm cell does not have the same potential and therefore deserve the same consideration. Under appropriate conditions, with help from humans, and with a fair bit of luck, these cells (which also possess human DNA) also have the potential to develop into a person. If SCNT one day makes the cloning of humans possible, then it might also become literally true that every human cell of any type will have the potential to develop into a person, but it seems quite a stretch to think that this potential would render the destruction of any individual cell a moral transgression or that the value of a single skin cell should be considered comparable to the value of a person*[21]
>
> (Se um blastócito *in vitro* de cinco dias é inviolável em virtude do seu potencial (compreendido sem qualquer limite) de desenvolvimento em uma vida humana, é dificultoso dizer por que cada ovo ou célula de esperma, individualmente, não tenha o mesmo potencial e, portanto, merece a mesma consideração. Sob condições apropriadas, com ajuda de humanos, e com um pouco de sorte, essas células (que também possuem DNA humano) da mesma forma têm o potencial para desenvolver-se em uma pessoa. Se uma SCNT[22] (transferência do núcleo de célula somática) um dia tornar a clonagem de humanos possível, então também seria

---

[21] Op. cit., p. 34.

[22] *Somatic cell nuclear transfer*. Tecnologia utilizada para clonagem.

literalmente verdadeiro que toda célula humana de qualquer tipo terá o potencial de se desenvolver em uma pessoa, mas parece quase exagerado pensar que este potencial faria com que a destruição de qualquer célula individual fosse uma transgressão moral ou que o valor de uma única célula epitelial deveria ser considerado comparável ao valor de uma pessoa.)

Como se vê, o argumento prova demais.

Em suma, a potência ou potencialidade que, deveras, existe no zigoto, enquanto capacidade para se modificar de tal forma que possa perfazer todas as determinações do programa de um ciclo vital que ainda se mantêm apenas virtuais, deve entendida em sentido mais restrito, que não basta para a identificar ou a definir como vida pré-natal, nem para reivindicar-lhe à substância, por equivalência ou analogia, o estatuto ético-jurídico de pessoa.

6. Não é tudo, porém. A condição de embrião congelado não se deixa envolver nem abraçar pelo próprio conceito de *vida* que, compondo o substrato de opiniões dominantes em diversos setores das ciências físicas e da própria filosofia, deve ser recolhida pela reflexão dogmática e pela inteligência do ordenamento jurídico, ainda que a título de verdade provisória, mas como única disponível, no estágio atual do conhecimento, para julgar e decidir, à luz de critérios não arbitrários, a questão posta de constitucionalidade.

Não convém, aqui, deixar de acentuar a relativa submissão da ordem jurídica às visões e juízos científicos da realidade sobre a qual deve operar:

> *Qualsiasi scelta di ordine giuridico dovrebbe presupporre una considerazione obiettiva della realtà sulla quale vorrebbe incidere. In particolare, risulterebbe contraddittoria per il diritto, in quanto strumento do organizzazione sociale, la pretesa di descrivere secondo esigenze precostituite le situazioni di fatto nei confronti delle quali sia di volta in volta chiamato ad operare.*
>
> *Se ciò è vero, non può in alcun modo configurarsi, rispetto al nostro tema, un concetto giuridico autonomo di vita prenatale. Il diritto, piuttosto, deve giustificare razionalmente le modalità del suo attegiarsi rispetto alla tutela della vita humana intendendo ques'ultima quale dato preesistente alla elaborazione normativa.*
>
> *In questa propettiva, sarà necessario muovere dalla definizione della vita offerta dalla biologia, per poi considerare se possano riternersi fondate altre nozioni di esistenza umana e se eventualmente ad esse, invece che al paradigma biologico, debba rifersi l'ordinamento giuridico.*[23]

Nenhum dos muitos e ilustres cientistas ouvidos de um modo ou noutro nesta causa, favoráveis ou contrários à promoção de pesquisas com células-tronco de embriões, negou que o fenômeno *vida* se apresenta e se define, em substância, tipicamente como *processo*. Dos debates relevo, sobretudo entre os ferrenhos opositores das investigações, que **Lenise Martins Garcia**, para descrever a ideia básica de vida, aludiu à existência de "diferentes fases" do "ciclo da vida", reconhecendo-lhe caráter cinético e concordando em que, "para o

---

[23] EUSEBI, Luciano. La tutela penale della vita prenatale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milão. Fascículo 3, p. 1063-1064, luglio-settembre 1988.

embrião humano ir à frente, ele precisa estar no útero, precisa ser implantado".[24] **Cláudia de Castro Batista** asseverou, textualmente, que "a vida humana é um processo contínuo, coordenado e progressivo. A partir da fecundação, do óvulo com o espermatozoide, acontece, logo em seguida, a primeira divisão e assim consecutivamente (...). Portanto, é a fecundação que permite que o desenvolvimento seja disparado e prossiga por si mesmo."[25] **Antônio José Eça**, também adversário das pesquisas, acentuou que "a vida igualmente se dá através de um processo que se inicia no momento da concepção."[26] Foi ainda mais incisiva **Elizabeth Kipman Cerqueira**, ao advertir que ser vivo é "aquele que tem um início, segue processos (...) até a sua morte. (...) É aquele ser que tem um início, a partir de seu próprio potencial, da sua ipseidade, da sua imanência, daquilo que lhe é próprio, desenvolve-se num programa recebido através de um material genético."[27]. E, logo mais adiante, referiu-se à vida como "processo de autoconstrução e de autodesenvolvimento, (...), ontogênese."[28] E, por não alongar escólios em vão, **Antonio Campos de Carvalho** condensa as opiniões de igual conteúdo, notando: "não pretendo discutir a questão sobre a origem da vida. Conforme dito por vários colegas que me precederam, tanto a favor quanto contra as pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, entendo que a vida é um contínuo".[29]

A convergência dos cientistas, sobretudo da área biológica, quanto à identificação da vida como *processo* ou fenômeno dinâmico, é reflexo do que já tinham percebido os filósofos, entre cujas opiniões transcrevo, por todos, a de intelectual que é dos mais isentos no quadro da causa:

> *Il y a maintenat une classe de corps particulièrement intéressants, et qui semble supérieurs à tous les autres: ce sont les corps vivants, depuis le plus humble microganisme jusqu'à l'organisme humain. Une propriété les distingue de tous les autres corps, c'est qu'ils* ***se meuvent eux-mêmes****; le sens comum, à cause de cela, admet en eux une* ***âme*** *ou principe de vie, irréductible à n'importe quels facteurs ou éléments physico-chimiques*[30]
>
> (Temos agora uma classe de corpos particularmente interessantes, e que parecem superiores a todos os outros: são os corpos vivos, desde o mais humilde

---

[24] *Transcrição dos debates*, p. 59. Todas as referências e citações dos cientistas que intervieram na audiência pública de 20-4-2007 têm por fonte essa transcrição.

[25] Ibid., p. 64-66.

[26] Ibid., p. 103.

[27] Ibid., p. 108.

[28] Ibid., p. 112.

[29] Ibid., p. 194.

[30] MARITAIN, Jacques. *Éléments de philosophie*. Tomo I. Paris: Pierre Tequi, 1994, p. 118-119, n. 40. Grifos do original. No mesmo sentido, entre nós, *Goffredo Telles Junior* diz: "A vida, a vida em si mesma, que é? (...) É evidente que a palavra 'vida', enquanto palavra, é um símbolo, como todas as palavras. Portanto, essa palavra pode ser usada para simbolizar as manifestações a que o pensador, levado por suas próprias tendências espirituais, quiser atribuir o nome vida. *No campo rigoroso da ciência*, porém, a palavra vida – como logo aprendi – *tem sentido restrito*. Ela designa, não o movimento, mas uma *forma particular do movimento*." (Op. cit., p. 844. Grifos nossos.)

> microrganismo até o organismo humano. Uma propriedade os distingue de todos os outros corpos, é que **se movem por si mesmos**; por causa disso o senso comum admite neles uma **alma** ou princípio de vida, irredutivel a qualquer fator ou elemento físico-químico).[31]

A natureza ou essência da vida como sucessão de eventos foi também percebida pelo nobre Min. Relator, **Carlos Britto**, que nos regalou com expressiva descrição dos diferentes momentos e etapas da vida que se aninham "no âmbito de um processo".[32]

E é, ao propósito, insuspeita a manifestação da **CNBB**, que, talvez o mais ardoroso dos *amici curiae* antagonistas dos experimentos, não destoa dessa percepção científica comum, ao sustentar que o embrião "é um ser humano, que, por força da lei natural, continuará a crescer, amadurecer, envelhecer e morrer, segundo o ritmo de tempo concedido a cada um."[33]

Como substantivo inerente aos humanos e a outras espécies, a vida, em qualquer de suas manifestações típicas, se propõe desde logo ao espírito como sucessão unitária e permanente de mudanças ou continuo processar-se, que distingue dos entes inanimados os chamados seres vivos. Do ponto de vista biológico, que é o que mais de perto interessa e serve à construção do correlato conceito jurídico-constitucional, não só "a formação e o desenvolvimento do embrião humano" podem ser considerados "um processo gradual, contínuo e coordenado desde o momento da fertilização",[34] mas a própria vida, enquanto fenômeno inteligível, se reduz a essa ideia e postula igual conceito. Como acentua outra opinião não menos isenta, provinda aqui de notável jurista,

> *è oggi ampiamente riconsciuto che, sotto il profilo biologico, l'unico 'salto qualitativo' riferibile alla trasmissione della vita avviene all'atto della fecondazione. Infatti, nel momento in cui il gamete machile penetra nell'ovulo femminile, dando luogo al c.d. sistema genomico, si producono modificazioni molecolari tipiche della formazione di una nuova vita,* ***con le quali si instaura un processo destinato a svolgersi senza soluzione di continuità e senza necessità di ulteriori stimoli esterni***.[35]

Como se vê logo, todas as referências científicas e filosóficas à noção genérica de processo, compreendido como sucessão contínua de mudanças de acordo com diretriz unitária de desenvolvimento autônomo, para caracterizar em teoria e identificar em concreto a *vida*, radicam-se, em última instância, na ideia de movimento cujo princípio causal está no próprio movente, que por consequência se define como vivo. Noutras palavras, não há vida no ser que não tenha ou ainda não tenha capacidade de mover-se por si mesmo, isto é, sem necessidade

---

[31] *Introdução geral à filosofia*. Tradução Ilza das Neves e Heloísa de Oliveira Penteado. 7. ed. Rio: Agir, 1966, p. 111, n. 40.

[32] Seu voto, p. 23.

[33] Fl. 868.

[34] Cláudia Batista. *Transcrição*, p. 70

[35] EUSEBI, Luciano. op. cit., p. 1064. Grifos nossos.

de intervenção, a qualquer título, de força, condição ou estímulo externo. É o que me permito denominar aqui *capacidade de movimento autógeno*.

E isso não o têm os embriões congelados, cuja situação é só equiparável à de etapa inicial de processo que se suspendeu ou interrompeu, antes de adquirir certa condição objetiva necessária, capaz de lhe ativar a potência de promover, com autonomia, uma seqüência de eventos, que, biológicos, significam, no caso, a unidade permanente do ciclo vital que individualiza cada subjetividade humana.

Mas não é esse algo simples mas esclarecedor critério discretivo da qualidade do movimento autógeno, adotado pela biologia e pela filosofia para caracterizar os seres vivos, ou para, na sua falta, excluir de modo absoluto a existência de vida, que leva a negá-la aos embriões congelados. Em situações empíricas de emergência, nas quais a necessidade de resposta não deixa tempo a racionalizações – compreendido o vocábulo aqui no significado próprio de mecanismo psicológico de defesa que cria um conjunto de explicações alternativas e logicamente satisfatórias, mas todas falsas, para justificar atitude angustiante cujas verdadeiras motivações não conhece ou inconscientemente não aceita –, as pessoas surpreendem-se com reações prontas que revelam extraordinário discernimento dessa diferença que parece custosa. É o que demonstra ainda **Korobkin**:

> *The intuition that a blastocyst lacks the moral value of a person is vividly demonstrated with the following hypothetica: Imagine that a fire starts in a fertility clinic and you must choose between saving a Petri dish containing two blastocysts and a five-year-old child.Is there any question that you should (and would) save the chid? The appropriate answer to the question is just as obvious if the blastocysts would be destroyed by the fire and the chid only injured. The reason is that the child possesses not only human DNA but also such qualities as sentience, consciousness, emotions, the ability to interact with the environment, and the capacity to experience pain.*
>
> *Contrast this with a different hypothetical: Imagine that you must choose between saving a five-year-old child and a twenty-five- year-old adult in a fire. Here it is far from obvious that you either should or would choose the twenty-five-year-old. If you did choose to save the adult, it almost certainly would not be because she is at a more advanced stage in human development. Beyond some point, a human's developmental stage is irrelevant to her moral worth. But prior to some point, the developmental stage does matter. The precise location of that point is difficult to determine, but it is less difficult to recognize that blastocysts have not reached it.*[36]
>
> (A intuição de que um blastócito é desprovido do valor moral de uma pessoa é vividamente demonstrado pela seguinte hipótese: Imagine que incêndio tenha início em uma clínica de fertilização, e você deva escolher entre salvar uma placa de Petri que contém dois blastócitos e uma criança de cinco anos. Há alguma dúvida de que você deveria salvar a criança (e a salvaria)? A resposta apropriada a esta questão é igualmente óbvia, se os blastócitos fossem destruídos pelo fogo e, a criança somente ferida. A razão é que a criança possui não somente DNA humano, mas também características tais como sensitividade, consciência, emoções, a habilidade de interagir com o ambiente, e a capacidade de sentir dor.

[36] Op. cit., p. 31.

> Compare isso com hipótese diferente: Imagine que você deva escolher entre salvar, de incêndio, uma criança de cinco anos e um adulto de vinte e cinco anos. Neste caso, está longe de ser óbvio que você deveria escolher ou escolheria o adulto de vinte e cinco anos. Se você escolhesse salvar o adulto, quase certamente não seria porque este se encontra em um estágio mais avançado do desenvolvimento humano. Além de certo ponto, o estágio de desenvolvimento humano é irrelevante para seu valor moral. Mas, antes deste, o estágio de desenvolvimento é significativo. A precisa localização deste ponto é difícil de se determinar, mas é menos difícil reconhecer que um blastócito não o alcançou).

7. A demandante professa que a vida se dá "na, e a partir da fecundação (...) porque a vida humana é um contínuo desenvolver-se".[37] E, invocando a ciência, chama o embrião de "agente do seu próprio desenvolvimento", entendido este sob a expressão de "fluxo irreversível de eventos biológicos ao longo do tempo que só para com a morte".[38] E assevera que a célula-ovo apresenta desenvolvimento contínuo, "porque o zigoto, constituído por uma única célula, imediatamente produz proteínas e enzimas humanas, é totipotente, vale dizer, **capacita-se**, ele próprio, ser humano embrionário, a formar todos os tecidos (...), constituindo-se um ser humano único e irrepetível".

Ora, de um lado, tais afirmações não dizem absolutamente nada a respeito do autodesenvolver-se como **ato** ou processo em curso, pois tão só reconhecem aos embriões a potência que, nos estritos termos e limites semânticos tolerados no confronto com a hipótese, pode atualizar-se, ou não, na cadeia autônoma de transformações biológicas em que se traduz o fenômeno da vida.

De outro lado, deixam transparecer o que me parece grave desconsideração ou depreciação da função biológica e da correspondente condição jurídico-normativa que, no quadro das indagações sobre o fato da nidificação, desempenha o útero da mulher, reduzido, na inicial, às expressões literais de mero "ambiente adequado" e de simples fonte de "nutrientes necessários" ao desenvolvimento do embrião.[39]

Se, por pressuposição, vida é processo, tem-se de concluir sem erro, como já antecipei, que, no caso das células-tronco embrionárias congeladas, o ciclo subjetivo de mudanças iniciado no momento da concepção foi suspenso ou interrompido, antes de lhes sobrevir a condição objetiva de inserção no útero, sem a qual não adquirem a capacidade de desenvolvimento singular autônomo que tipifica a existência de vida em cada uma. Ninguém tem dúvida de que, sem esse fato objetivo, futuro e incerto, da introdução do embrião em útero de mulher, o processo não retoma o curso geneticamente programado e, pois, não chega ao estágio em que pode atualizar-se a potência vital naquele contida. Logo, a

---

[37] Afirmação, aliás, prontamente repelida pelo Min. Rel. *Carlos Britto*, que considerou, com acerto, a meu juízo, o embrião confinado *in vitro* "*insuscetível de progressão reprodutiva*" (p. 27 do voto), isto é, incapaz por si só de desencadear o desenvolvimento contínuo do ciclo vital.

[38] Fls. 3 e 5.

[39] Fl. 5.

fixação do óvulo fecundado na parede uterina é condição *sine qua non* de seu desenvolvimento ulterior e, como tal, constitui critério de definição do início da vida, concebida como *processo* ou *projeto*. Nele, está longe de ser coadjuvante ou secundário o papel causal representado pela participação do útero ou, antes, de todo o corpo feminino, que, como agente de complexas e ainda mal conhecidas interações físicas, biológicas e psicológicas com o feto, algumas das quais decisivas à conformação da sua irrepetível estrutura unitária de pessoa dada à luz, aparece como elemento intrinsecamente constitutivo da vida humana. A mulher não é, como a proveta, apenas um *locus* de procriação. Esta é, aliás, uma das muitas razões por que já sustentei alhures que "a vida intrauterina é também valor constitucional proeminente".[40]

O prognóstico ou a profecia de contínuo desenvolvimento do ciclo vital não convém, destarte, à realidade biológica dos embriões congelados, que, desde o instante do congelamento, deixam de reger-se pela lei natural que lhes seria imanente.

8. Todas essas razões, segundo as quais os embriões isolados não são, já do ponto de vista biológico, portadores de vida atual, nem podem equiparar-se ou equivaler a pessoas *in fieri* ou perfeitas, sequer no plano moral, não vejo como nem por onde a regra impugnada, que lhes dá análogo valor e qualificação ao incorporá-los na experiência jurídica e autorizar-lhes a destruição em experiências científicas de finalidades terapêuticas, mutile ou ofenda *o chamado direito à vida*, objeto da tutela constitucional. Os embriões humanos ditos excedentários não são, enquanto tais, sujeitos de direito à vida, nem guardam sequer expectativa desse direito.

Até que seja implantado, carece o embrião extracorpóreo do impulso que, brotando apenas da conjugação das forças acolhedoras do ventre feminino, lhe reinfunde o sopro que perfaz a vida. Antes da superveniência dessa condição objetiva, a qual, independendo das aptidões virtuais inscritas no programa genético do embrião, pode ou não implementar-se, não há lugar para excogitação de paternidade em senso jurídico próprio mas genérico, senão apenas de *poder jurídico de disposição* dos doadores sobre o material fertilizado. O casal que forneceu os gametas para a formação do zigoto possui relativa mas indiscutível **disponibilidade jurídica** sobre ele.[41]

E é este, a meu aviso, o ponto nodal da causa, cuja pretensão tende, no fundo, a subtrair ou a mutilar esse *poder jurídico de disposição* dos casais sobre os embriões, que não é negado nem contestado por ninguém, quando exercido com o propósito de determinar-lhes o destino de reprodução, de congelamento ou

---

[40] In: ADPF 54-QO, j. 27-4-2005.

[41] Como afirmei, no julgamento da *ADPF 54-MC*, "no instante em que o transformássemos [o feto anencéfalo] em objeto do poder de disposição alheia, essa *vida* se tornaria coisa (*res*) porque só coisa, em Direito, é objeto de disponibilidade jurídica das pessoas. Ser humano é sujeito de direito." Naquela hipótese, tratava-se de *vida plena*, posto que *pré-natal*; nesta, cuida-se de algo sobre o qual o ordenamento jurídico franqueia *disponibilidade*, de um lado, e, de outro, determina *proteção*. Pode, até, não sem abuso ou perigo, ser chamada de *res,* mas *res* especialíssima, matéria-prima da vida, enquanto metaforicamente assimilável ao barro, pó da terra ou solo (*adamah,* em hebraico) de que fala a tradição judaico-cristã, no Antigo Testamento (Gen. 2,7).

de descarte. E, deveras, tal poder, inerente à liberdade e ao domínio plenos que o ordenamento jurídico sempre reconheceu às pessoas sobre a produção e o uso das suas células reprodutivas presentes no esperma e no óvulo, ninguém o pode contestar ou negar, sem claro e gravíssimo insulto à dignidade humana.

Ora, assente que a natureza do estatuto moral e jurídico do embrião isolado não muda segundo o destino prescrito pelo casal que o gerou, porque guarda, em qualquer hipótese decisória, a mesma elevada dignidade ética e jurídica de sua origem e do seu papel primordial na instauração de todo processo que se converte em vida humana, então não se encontra fundamento algum, nem puramente lógico, biológico, nem jurídico, para, sob pretexto de violação dessa dignidade, espoliar o casal do mesmo poder jurídico de dispor de suas células-tronco embrionárias para pesquisas científicas de cunho terapêutico, tal como pode licitamente fazê-lo para fins não tão nobres ou para sorte de todo inútil, como de as congelar sem limite ou destruir sem proveito. A restrição preconizada é arbitrária, ou supersticiosa.

Tal irracionalidade, que está em distinguir posições substancialmente jurídicas idênticas sem razão palpável, é que, a meu aviso, compromete, sem remédio, a tese da demanda. Respeitadas as condições legais, prevalece no tema, sem óbice nem limitação constitucional, a plena autonomia jurídica da vontade dos genitores para, na destinação das células-tronco embrionárias, adotar qualquer das alternativas que a lei contempla ou o ordenamento não veda, quais sejam, implantação, doação para adoção, congelamento, destruição por descarte, ou doação para pesquisas científicas de finalidade exclusivamente terapêutica.

9. Não me impressiona nem perturba a objeção de que, à luz dessa liberdade jurídica, poderia conceber-se a vida em úteros artificiais criados pelo inventivo engenho humano. Este tenebroso e hipotético cenário merece da consciência universal e de todas as ordens jurídicas a mais veemente repulsa, porque supõe admitir a reificação dos embriões e do processo mesmo de reprodução, em lucubração de todo em todo incompatível com a intangibilidade ética e constitucional da dignidade humana. Se houvera viabilidade técnica e possibilidade prática de vida humana exógena, independente da intervenção do útero, sua produção seria *ética* e *juridicamente* reprovável, não apenas por sua perversidade intrínseca, mas também porque aviltaria, senão que aniquilaria a mulher, não só como pessoa, mas sobretudo como figura e função maternas, essenciais à sobrevivência da espécie, e, como tal, corromperia nosso senso de civilização e aprestaria o colapso da humanidade. Em suma, seria prática manifestamente alheia ao limites conceituais e ao alcance do *poder jurídico de disposição* garantido aos genitores.

A mesma conclusão aplica-se ao receio de risco, que não é próximo nem real, de se "classificar as pessoas entre aquelas que são normais, aquelas que são adequadas e inadequadas à nossa sociedade."[42] A resposta à indagação teórica de **Lenise Garcia** – "se detecto uma doença genética em um embrião, eliminarei esse embrião?" – não pode deixar de ser, ainda nos quadrantes do

[42] p. 61.

ordenamento jurídico, insofismavelmente *negativa*. Trata-se de mera conjectura que, remetendo-se a práticas históricas hoje de todo em todo condenáveis, inauguradas em Esparta e retomadas pelo regime nazista, esbarra desde logo em proibição expressa da lei e na reprovação última da Constituição, a ambas as quais repugna qualquer projeto eugênico.

10. Convém, aliás, não perder de vista o objeto específico da questão de constitucionalidade da norma impugnada, cuja autorização de uso adscreve-se a embriões já congelados à data de publicação da Lei,[43] com três anos completos ou por completar de congelamento, após esse termo, ou, ainda, já inservíveis, que como tais *não foram nem serão nunca* implantados e, por conseguinte, *não gerarão* seres humanos. E seu uso lícito, devo adiantar e frisar, é, à luz da Constituição, restrito a pesquisas e experimentos científicos preordenados exclusivamente a desenvolvimento de terapias. Nenhum tipo de experiência eugênica é aí admitido, donde a nítida diferença entre material congelado, de que se cogita na causa, e células-tronco embrionárias já implantadas ou que devam sê-lo em algum corpo feminino.

No caso, o blastócito pode ser utilizado para gerar linhagens celulares, jamais para propiciar manipulação ou sondagem genética e posterior inserção em útero. Por isso, cogita a lei apenas de embriões produzidos mediante técnica de fertilização *in vitro* e – note-se a conjunção – "não utilizados no respectivo procedimento". E isso significa, com toda a clareza possível, que os embriões destinados à pesquisa, porque satisfeitas todas as condições previstas no *caput*, incisos e parágrafos do art. 5º da Lei, não foram nem *nunca poderão* ser usados para implantação. A par dos embriões inservíveis, que jamais seriam implantados em razão de suas anomalias genéticas ou deformidades morfológicas,[44] têm-se os antigos, com mais de três anos de congelamento.

Também embriões congelados há menos tempo, a rigor, já se ressentiriam de presunção de aproveitabilidade reprodutiva. Mas aquele prazo foi estabelecido por legítimo alvitre político-legislativo, que considerou não só aspectos científicos ligados a exigências de um termo de provável serventia genético-reprodutiva, mas também fatores de ordem sociológica e psicológica, relacionados à necessidade de tempo para amadurecimento da decisão dos provedores de gametas, que detêm o *poder de disposição jurídica* sobre o material genético que constitui prolongamento das suas próprias pessoas.

Como o que está em jogo, pois, não é somente a probabilidade de bom sucesso da fertilização, são irrelevantes as referências, feitas algures,[45] a casos,

---

[43] Até os cientistas contrários às pesquisas com CTE, como *Lenise Garcia*, admitem que "*a Lei tentou evitar justamente que se façam embriões especificamente para serem usados em pesquisas, porque isso abre todo um campo para comércio de embriões*" (p. 223).

[44] Cf. as considerações de *Patrícia Pranke*, especialmente p. 17 e seguintes. O Decreto regulamentar 5.591, de 22 de novembro de 2005, define como *inviáveis* os embriões com alterações genéticas que tenham o desenvolvimento interrompido por falta espontânea de clivagem após vinte e quatro horas da fertilização *in vitro*, e os que apresentem modificações morfológicas que lhes comprometam o pleno desenvolvimento (art. 3º, inciso XIII).

[45] *E.g.*, no pronunciamento de *Alice Teixeira Ferreira*, p. 76.

aliás conhecidos nos meios científicos, de pessoas sadias geradas a partir de embriões congelados havia mais de três anos, precisamente sete[46] e, até, doze anos.[47] Eventual certeza científica de que embriões com mais de três anos de preservação criogênica não sejam sempre inviáveis, embora apresentem sobremaneira aumentadas as possibilidades de anomalias e malformações, não é razão definitiva nem suficiente contra a realização de pesquisas com CTE.

Não obstante embriões antigos ou ainda inviáveis possam, tecnicamente, gerar pessoas, seu uso em pesquisas está sempre condicionado à autorização dos provedores dos gametas, que, como se viu, têm relativa disponibilidade jurídica sobre o produto da concepção antes de sua introdução no útero. Assim, na hipótese concreta, não há dúvida de que o consentimento informado dos genitores, emitido na esfera desse poder jurídico, implica autêntica, automática e irrevogável *renúncia* à faculdade de produzirem vida a partir do material genético de que dispuseram. A doação para fins de pesquisa é, numa metáfora processual, verdadeira *preclusão lógica* do poder de gerar filhos com os embriões doados. Em suma, com o ato de doação perdem aquele poder jurídico.

11. A manterem alguma coerência, os opositores das pesquisas com células-tronco embrionárias deveriam, ademais, conceder que as próprias técnicas de fertilização artificial são, do ângulo das suas premissas, em tudo e por tudo inaceitáveis.[48]

Já que seu argumento é baseado num princípio, não poderiam justificar a criação artificial de embriões e dos consequentes seres humanos por via de raciocínio instrumental, mediante cálculo entre meios e fins, tendo em vista o objetivo da procriação. Afirmar, subentender ou supor que, para gerar vida humana, a manipulação é, moral e juridicamente, admissível, mas, quando se trate de empregar embriões em pesquisas que podem salvar vidas, seja a prática condenável, contradiz o princípio mesmo que alegam defender. O desvio da ordem natural das coisas é exatamente o mesmo em ambas as hipóteses. De modo que, sob sua ótica, não faria sentido permitir que o ser humano pudesse ousar *criar* a vida.[49] E esta é mais uma das contradições em que se enleiam e perdem, até porque é agora marginal e sem nenhuma ressonância a crítica indiscriminada da produção extracorpórea de embriões, a cujo respeito sintetiza **Claus Roxin**:

---

[46] Id., ibid.

[47] *Rodolfo Acatauassu Nunes*, p. 133.

[48] Diz *Lygia Pereira*: "Aceitamos as gerações desses embriões no dia em que aceitamos as técnicas de fertilização *in vitro*. É inerente dessas técnicas (...) a produção de um número excedente ou pelo menos descontrolado desses embriões, esses embriões sobram" (p. 174-175). Já *Lenise Garcia* assevera que "o marco ético era que eles nunca deveriam ter sido congelados, e o foram sem que a legislação brasileira tenha qualquer definição a respeito (...). A verdade é que a reprodução assistida no Brasil está num vácuo legal" (p. 224). Daí, a subordinação legal do uso do embrião em pesquisas à forma pela qual foi esse concebido e ao estado em que se encontra em dado momento (no caso, congelado).

[49] Essa posição é coerentemente defendida pela Igreja Católica no documento "*Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione, istruzione della congregazione per la dottrina della fede, 1987, donum vitae*", que condena a IVF, de acordo com o *Movitae* (p. 22 de sua manifestação).

> **Não se questiona a legitimidade de um tal procedimento**. Afinal, o embrião não é lesionado, mas conduzido a seu destino natural, uma vez que, após a sua implantação no corpo da mãe, o embrião se desenvolve naturalmente até tornar-se um homem.[50]

Não custa insistir em que o só início do processo, como etapa estancada e destacada, não é ainda o processo em ato que revela e define a vida. Esta não pode reconduzir-se ao estágio inaugural do processo que foi suspenso ou interrompido por uma causa artificial, nem se pode dizer que o uso de embriões em pesquisas equivalha a destruir a vida, enquanto indébita interferência externa no curso natural de seu desenvolvimento programado. O processo é aí interrompido ou suspenso, pelo congelamento, de modo tão artificial quanto aquele mediante o qual começou, pela fertilização *in vitro*.[51] Somente uma condição objetiva, futura e incerta, consistente na introdução do embrião no útero materno, pode dar impulso à concretização da vida como movimento autógeno. Só essa intervenção de fator externo, de certo modo antinatural no contexto e aviada pelas mesmas mãos que fundiram os gametas no laboratório e os armazenaram em receptáculo criogênico, é capaz de promover a coexistência do embrião com a entidade que o transformará, aí sim, em vida: o útero materno[52]. Em síntese, ou a vida decorre da concepção natural, em que há um *continuum* definidor da existência de processo vital em ato, ou seu impulso fica subordinado a certa condição por realizar[53].

12. Estou consciente de que tal postura introduz ou desperta, e não apenas perante nosso ordenamento, alguns sérios problemas jurídicos paralelos, relacionados com métodos contraceptivo-abortivos, designadamente a chamada "pílula do dia seguinte" e o dispositivo intrauterino (DIU).[54] Tais questões não concernem à causa, mas não há como não reconhecer aqui que essas técnicas provocam interrupção do fluxo contínuo do ciclo vital, que deixa de seguir o curso autônomo geneticamente predeterminado da evolução de uma subjetividade singular.

---

[50] Op. cit., p. Grifos nossos.

[51] A Resolução 1.358/1992, do CFM, cuida da matéria. No que toca à criopreservação de embriões, dispõe: "V – *Criopreservação de Gametas ou Pré-Embriões*. 1 – As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e pré-embriões. 2 – O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído. 3 – No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los."

[52] Não se está a defender, aqui, a teoria do início da vida na nidação. O 14º dia é apenas o momento que marca o princípio da formação de órgãos diferenciados. Não é o prazo em si que confere a dignidade constitucional de pessoa humana, mas um contexto claro de existência de vida, no qual é imprescindível a associação com o útero. Os embriões congelados, ainda que já datem de cinco dias, não gozam da mesma proteção franqueada às pessoas, suposto tenham certa dose de dignidade constitucional.

[53] Como bem notou, na audiência pública, *Mayana Zatz*, "a fecundação é uma condição necessária, mas não suficiente para o embrião se desenvolver" (p. 8).

[54] Sobre a questão na Itália, p. ex., cf. EUSEBI, Luciano. op. cit., p. 1071-1072.

Mais importante, no caso, do que fixar um ponto arbitrário na linha do tempo para situar o preciso momento do início da vida, é discernir, à luz das premissas postas, três fatos incontestáveis e decisivos: que se não verifica a fluência necessária para caracterização da vida como movimento autógeno (i); que a origem da matéria-prima genética considerada é sua concepção *in vitro* (ii); que tampouco se dá interrupção do curso da vida, porque, antes de este começar no ventre materno, lhe adveio a suspensão do processo pelo congelamento.

Aliás, não custa repetir que, nas pesquisas em questão, todos – absolutamente **todos** – os embriões foram criados como resultado de manipulação genética pelo homem. Essa manipulação, não contestada pela requerente, teve como objetivo imediato a procriação, mas, dadas as características da fertilização *in vitro*, que recomenda a produção de mais embriões[55] do que os efetivamente implantados – dos quais, aliás, nem todos serão bem-sucedidos – houve a formação de um contingente excedente de embriões, os supranumerários. É deles, e apenas deles, de que se trata.

III. Os embriões humanos ostentam dignidade constitucional, embora em grau diverso daquele conferido à vida das pessoas humanas.

13. Pesa-me, no passo seguinte de meu raciocínio, divergir do eminente Ministro Relator, no ponto em que Sua Excelência proclama que a proteção normativa dos embriões residiria no nível infraconstitucional,[56] parecendo nisso admitir, de maneira implícita, possibilidade de cenário diverso, no qual pudera faltar-lhes essa mesma tutela.

Prefiro confrontar a lei impugnada com a Constituição, porque, como já antecipei, entendo provenha diretamente dela, ainda que em grau ou predicamento mais reduzido em comparação com os das pessoas, o substrato jurídico para o reconhecimento e garantia de específica tutela dos embriões, dada sua dignidade própria de *matriz da vida humana*. Noutras palavras, estou em que os embriões devem ser tratados com certa dignidade por força de retilínea *imposição constitucional*. E o fundamento intuitivo desta convicção é a dimensão constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), enquanto supremo valor ético e jurídico, de que, posto não cheguem a constituir equivalente moral de pessoa, compartilham os embriões na medida e na condição privilegiada de única matéria-prima capaz de, como prolongamento, re-produzir e multiplicar os seres humanos, perpetuando-lhes a espécie.

---

[55] Além da redução dos custos dos ciclos de recolocação de embriões no futuro, procura-se contornar o fator estatístico, que indica, entre nós, taxas de bom sucesso de 28% (a fresco) ou menos (na hipótese de congelamento) na obtenção de gestação (cf. *Patrícia Pranke*, p. 17 e seguintes).

[56] Mesma opinião tem a *Conectas:* "neste caso, são as leis ordinárias, em ponderação legislativa, que dispõem sobre a suposta vida de embrião congelado (...) e dimensionam a sua proteção. (...) a Lei de Biossegurança reconhece que, mesmo que tais embriões não estejam sujeitos a mesma proteção constitucional do direito à vida conferia ao feto ou a pessoa já nascida, trata-se de material sujeito a alguma proteção. (...) Não bastaria ao legislador apenas relativizar a proteção jurídica da vida e da dignidade da célula-tronco embrionária para autorizar fazer-se qualquer coisa com tais células." (Fls. 157-160.)

14. Porque embriões congelados não têm vida atual, suscetível de proteção jurídica plena (art. 5º, *caput*), eliminá-los não constitui, em princípio, crime, nem ato ilícito menos grave. Mas este juízo abstrato não dispensa o intérprete de apurar se, em qualquer hipótese, independente do fim a que se predestine, está sempre a salvo a compatibilidade entre o tipo de destruição de embriões excedentes ou inaproveitáveis e a dignidade e o estatuto jurídico-constitucionais de que se revestem. Nesta, como em outras tantas questões jurídicas, é preciso discernir.

Para reinfundir-lhes a embriões isolados o impulso vital que transforme em ato sua totipotência, é preciso implantá-los em útero feminino. Ora, assim no caso de desembaraço puro e simples de células-tronco embrionárias, como no de seu sacrifício em experimento científico de finalidade terapêutica, a implantação *jamais* se dará, porque já tecnicamente impossível ou inviável, ou porque não desejada ou não consentida pelos genitores.[57]

É certo, a meu aviso, que nem todo tratamento ou destinação última de células embrionárias se harmonizam com o grau de valor ético e de tutela constitucional que se lhes devem reconhecer, assumindo, em algumas hipóteses, como as de clonagem, projetos eugênicos e engenharia genética, a natureza criminosa de severos atentados à dignidade humana, mas nelas não se pode incluir o descarte de embriões congelados. Por mais paradoxal que à primeira vista se revele, o raciocínio não sofre, porque em si o embrião, que não pode vindicar sequer expectativa de direito à vida, é deveras protegido pelo ordenamento jurídico, mas tal proteção lhe não assegura direito subjetivo de evoluir e de nascer. Doutro modo, fora mister descobrir ou inventar absurda obrigação jurídica de gerar filhos, com inconcebível recurso a métodos de forçada fertilização em massa!

Ora, bem, se o despretensioso e rotineiro descarte de embriões congelados, como ato que não traz benefício algum à sociedade, é autorizado pela ordem constitucional, *a fortiori* é-o seu emprego em pesquisas científicas dirigidas exclusivamente ao desenvolvimento de terapias. Cabe, aqui, estoutra opinião de **Klaus Roxin**, invocada com toda a pertinência por um dos *amici curiae*:

> (...) enquanto um embrião destruído não cria qualquer valor positivo, um embrião que não possa mais ser salvo, e que seja sacrificado para fins de pesquisas pode contribuir consideravelmente para a futura cura de doenças graves (...) Quem renuncia a esta possibilidade não serve à vida, mas a lesiona.[58]

15. A legislação infraconstitucional posta sobre o tema, à qual os críticos lhe não regateiam os atributos de "prudência e moderação",[59] cerca de eficientes e compreensíveis cuidados o manejo desse nobre material genético, aliás em

---

[57] Pode, é verdade, ocorrer implantação em caso da adoção de embriões, mas esse caminho está igualmente subordinado à deliberação dos genitores, porque tal possibilidade teórica lhes não subtrai nem reduz o poder decisório. Ademais, embora se sugira, utopicamente, que seria preferível a alternativa da adoção de embriões, como sustentaram, da tribuna, a *CNBB* e a *PGR*, estas entidades não têm dados para se contrapor ao fato estatisticamente comprovado da baixíssima aceitação social dessa prática.

[58] *Conectas*, fl. 163.

[59] *Movitae*, p. 6 de sua manifestação.

reverente e linear submissão às exigências constitucionais. Veda-lhe a comercialização. Proíbe a produção intencional de embriões para pesquisas. Obriga as instituições e serviços de saúde a obter autorização dos respectivos comitês de ética e pesquisa. Tipifica como crime, punível com detenção de um a três anos e multa, o uso de embriões em desacordo com o disposto no art. 5º. Pune, com penas de reclusão ainda mais acerbas, a engenharia genética em material genético ou embrião humanos (art. 25), bem como a clonagem humana (art. 26).

A racionalidade da lei inspira-se também em outros valores de estatura constitucional, em particular o amplo direito à vida com dignidade daqueles cuja saúde, sobretudo física, depende de tratamentos que possam, eventualmente[60], resultar das pesquisas com células-tronco embrionárias.[61] É o caso, também, da admissibilidade da doação de embriões para adoção reprodutiva e do rigoroso controle biossanitário de seu descarte. Daí, aliás, se infere, logo, que sob nenhum aspecto esta causa envolve conflito de normas ou de princípios constitucionais, nem, por conseguinte, necessidade de recurso ao critério mediador da proporcionalidade, cuja invocação, de todo modo, em caso de algum contraste hipotético ou aparente, não excluiria à lei as qualificações de adequada,[62] necessária[63] e proporcional em sentido estrito.[64]

16. Mas o direito posto, e aqui se confirma uma das minhas divergências mais relevantes com o brilhante voto do ilustre Ministro Relator, *não poderia*, a meu ver, *ser diferente*. Se a lei subalterna não previsse, nos significados emergen-

---

[60] Não se vê propósito em indagar acerca da suficiência, ou não, das pesquisas com células-tronco *adultas* (CTA), pois, tratando-se de argumento prático (*practical reasoning*), basta que a rotina contida na premissa conjectural – no caso, as pesquisas com CTE – "possa contribuir para a conclusão prática proposta, ou seja, fomentá-la, promovê-la (no sentido do verbo alemão fördern, cf. Virgílio Afonso da Silva, 2002, p. 36). Utilizamos a expressão "contribui para" ou "fomenta" a fim de dar conta das *mais* variadas concepções sobre como uma ação pode colaborar para a consecução da meta. Seja necessária, indispensável, ou apenas aumente o grau de probabilidade de o agente conseguir atingir o fim, será uma justificativa para a ação." (SILVA NETO, Paulo Penteado de Faria E. *Estratégias argumentativas em torno da política de cotas (...):* elementos de lógica informal e teoria da argumentação. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Brasília: UnB, 2007, p. 42-50). Por isso, não releva saber quais células-tronco, adultas ou embrionárias, estejam em etapas mais avançadas de pesquisas ou abram mais vastos horizontes terapêuticos. Como ambas contribuem para a persecução de um fim prestigiado pela Constituição, sem ferir-lhe outras normas ou princípios, reputam-se ambas adequadas, perdendo todo o sentido a discussão sobre a superioridade técnica de uma sobre outra.

[61] Aliás, do ponto de vista constitucional, o direito de uma família a ter filho não é maior nem mais nobre do que o de um doente a ter esperanças de salvar a vida ou aplacar o sofrimento, por meio do desenvolvimento de terapia para seus males.

[62] Cf. nota 54, *supra*.

[63] Porque, conquanto sejam também adequadas as pesquisas com CTA, não parecem elas representar expediente capaz de promover com igual amplitude, traduzida aqui pela velocidade, plasticidade e versatilidade das CTE, a realização dos mesmos bens jurídicos.

[64] Insisto em que não há colisão alguma de princípios ou regras. Mas, se a houvera, a limitação do direito à suposta "vida" dos embriões (que estes não têm, como penso estar demonstrado) ou ao grau de sua dignidade ética e constitucional, seria suficientemente justificada pelo resguardo do direito à vida e à dignidade de todas as pessoas suscetíveis de serem beneficiadas pelos resultados das pesquisas, aliada à promoção da saúde e à livre expressão científica.

tes dos textos normativos interpretados à luz da Constituição, estratégias eficazes para resguardo da dignidade imanente aos embriões, seria *inconstitucional.*

17. E, nesse contexto, é mister extrair-lhe, ainda com apoio na técnica da chamada *interpretação conforme*, todas as garantias inerentes à intangibilidade constitucional do genoma humano, na sua expressão e valor de programa hereditário que identifica, caracteriza e distingue, na sua irredutível singularidade, toda pessoa humana, sobretudo no plano prático das limitações necessárias das pesquisas científicas e da regulamentação de um sistema de atribuição e controle de responsabilidades, sem as quais não se passa dos apelos dos princípios gerais à instauração de uma práxis consentânea.

E a primeira e mais importante dedução respeita à inteligência das expressões "para fins de pesquisa e terapia" e "pesquisa ou terapia", constantes do *caput* e do § 2º da lei, cujo único significado normativo afeiçoado ao disposto no art. 6º, III, que proíbe engenharia genética em célula germinal, zigoto e embrião humanos (art. 6º, III), e à própria Constituição, que não toleraria degradação destes organismos, é de autorização exclusiva de uso de células-tronco embrionárias em pesquisas para fins exclusivamente terapêuticos. Para ser mais claro e preciso, nem a Constituição nem a lei permitem produção de embriões humanos por fertilização *in vitro* senão para fins reprodutivos no âmbito de tratamento de infertilidade, nem tampouco o uso de excedentes em pesquisas ou intervenções genéticas que não sejam de caráter exclusivamente terapêutico (**a**).

A segunda observação está em que, não obstante haja a lei instituído, para fiscalização e controle das múltiplas atividades regulamentadas incidentes sobre os chamados *organismos geneticamente modificados* (OGM), o Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) e as Comissões Internas de Biossegurança (CIBios), além de prever a atuação de "órgãos e entidades de registro e fiscalização", como os Ministérios da Saúde, da Agricultura e do Meio Ambiente, relegou os deveres substantivos dessa tremenda responsabilidade, quando tratou das pesquisas com CTE, apenas aos comitês de ética e pesquisa (CEP) das respectivas instituições e serviços de saúde (art. 5º, § 2º).

Esses comitês, cuja pontual disciplina em vigor consta da Resolução 196, de 10 de outubro de 1996, do Conselho Nacional de Saúde, são formados por, pelo menos, sete profissionais das mais variadas áreas (saúde, ciências exatas e humanas: juristas, teólogos, sociólogos, filósofos, bioeticistas) e, no mínimo, por um representante dos usuários da instituição ou do serviço. Embora lhe ressalte a heterogeneidade disciplinar e a respectiva autonomia, prevendo, em tese, sua independência (itens VII.5 e VII.12), estatui a Resolução, no item VII.9, que "a composição de cada CEP deverá ser definida a critério da instituição".

Tal regra envolve, quando menos, sério risco de ocorrência daquilo que a teoria econômica denomina *problema de agência*[65]*,* ou seja, grave *conflito de*

---

[65] JOSEPH STIGLITZ resume assim a teoria: "*the principal-agent problem is simply the familiar problem of how one person gets another to do what he wants (...), ensuring that* [the latter's] *behavior conforms with* [the former's] *whishes*" (*Economics of the public sector,* 3rd ed. New York: W.W.

interesses que compromete a independência da entidade, enquanto instância imediata responsável pela garantia de rigorosa observância das gravíssimas restrições de ordem constitucional e legal das pesquisas autorizadas. Na reconstituição desse quadro deficiente, a possibilidade real de dominação ou subjugação dos comitês pelas instituições e serviços não pode ser ignorada, nem subestimada. A incerteza ou omissão da lei, ao propósito, apesar de não *afrontar*, no sentido etimológico da palavra, a Constituição da República, deixa de atender-lhe a uma exigência essencial à eficácia prática da tutela outorgada às células-tronco embrionárias, porque por si só é inoperante a qualificação teórica de antijuridicidade de certos comportamentos. Como já se acentuou na Itália, à falta de normas penais expressas sobre o assunto,

> *l'importanza della riflessione sull'antigiuridicità attuale di determinate condotte, pur in assenza di corrispondenti norme sanzionatorie, non va transcurata. La 'nuda' antigiuridicità, infatti, non è priva di riflessi pratici.*[66]

18. Ora, as células-tronco embrionárias não são OGM (art. 3º, §1º), donde as pesquisas e experimentos que as tomem por objeto não se sujeitam a controle direto do CNBS, da CTNBio, nem da CIBio. Qual, então, a solução viável, reclamada por injunção constitucional? Não pode ser a de os submeter a essas instituições, porque sua composição e tarefas são outras, nem a de esta Corte criar por si órgão congênere, porque carece da competência de legislador positivo para condicionar a validade da lei.

A legislação vigente precisa ajustar-se, no ponto, aos ditames constitucionais, para que compreenda, no alcance de normas mais severas e peremptórias, todos os responsáveis pelo efetivo controle que pretende seja exercido, sobretudo pelo Estado, de modo bastante próximo".[67] Isto exige edição de lei específica para cominação de responsabilidade criminal, ou interpretação que não excluísse das hipóteses legais da lei vigente, à primeira vista só imputável aos pesquisadores, os integrantes dos comitês de ética e pesquisa. Não sendo possível, no âmbito da função jurisdicional, nem a criação de normas, nem tal extensão hermenêutica em matéria criminal, será preciso acentuar, perante a ordem constituída, a responsabilidade penal dos membros dos comitês de ética (CEPs) e da própria Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP/MS), nos termos do art. 319 do Código Penal, sob pena de ficar dúvida sobre a existência de instrumentos de intimidação ou inibição legal com força suficiente para, acomodando as

---

Norton, 1999, p. 202-203). Na hipótese, o problema é precisamente o oposto, já que não há relação de mandato: o grande risco é o de ocorrer subordinação dos CEP, que se tornariam agentes das instituições, em lugar de manter a altivez e a independência reclamadas. O alinhamento de interesses, neste caso, é ostensivamente deletério para todo o distema.

66 EUSEBI, Luciano. op. cit., p. 1060.

67 Acertado, a respeito, o diagnóstico do *Senado Federal*: "o único caminho eficaz do Estado, nesse campo, é a regulamentação, com o objetivo de prevenir abusos e arroubos desnecessários, bem como assegurar a observância de normas éticas" (fl. 240). E não menos sensata a sugestão de que a fiscalização deva ser exercida também pelo Ministério da Saúde, pelo Conselho Nacional de Saúde e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

normas à Constituição, refrear a tendência à lassidão ou à estudada passividade no controle das pesquisas. É que os membros dos comitês estão obrigados a: **a**) revisar os protocolos de pesquisa, para os aprovar, até sob condições, ou não; **b**) acompanhar o desenvolvimento dos projetos; **c**) receber denúncia de abusos e irregularidades, fazendo instaurar sindicância a respeito e decidindo sobre a continuidade, modificação ou suspensão da pesquisa (item VII.13, letras **a**, **b**, **d**, **f** e **g**). E os da Comissão Nacional de Ética têm dever de aprovar e acompanhar os protocolos nas áreas temáticas de genética e de reprodução humanas, provendo normas específicas no campo da ética em pesquisa, bem como de rever responsabilidades, proibir ou interromper pesquisas, definitiva ou temporariamente (item VIII.4, letras **c**, **d** e **f**). E, considerando que todos são, para esses efeitos, reputados servidores públicos *lato sensu*, submetem-se àquele tipo penal (art. 319 do Código Penal), mas sem prejuízo de incorrerem nas penas dos delitos previstos nos arts. 24, 25 e 26 da Lei 11.105/2005, por omissão imprópria, quando, dolosamente, deixarem de agir de acordo com tais deveres (**b**).

Dada a superlativa magnitude dos bens jurídicos envolvidos na causa, todos conexos com primado da dignidade da pessoa humana e das suas expressões genéticas, cujo imperativo de integridade radica na Constituição, mais do que conveniente, seria mister que o Parlamento logo transformasse todas as formas de inadimplemento de tão graves deveres em tipos penais autônomos, com cominação de penas severas (**c**).

Também tenho por indispensável submeter as atividades de pesquisas ao crivo reforçado de outros órgãos de controle e fiscalização estatal, declarando-lhes, expressa e inequivocamente, a submissão dos trabalhos, como da tribuna sugeriu a advocacia do Senado Federal, ao "Ministério da Saúde, (o) Conselho Nacional de Saúde e (a) Agência Nacional de Vigilância Sanitária", na forma que venha a ser regulamentada, em prazo que delibere a Corte (**d**).

19. Diante do exposto, julgo **improcedente** a ação direta de inconstitucionalidade, ressaltando, porém, que dou interpretação conforme à Constituição aos artigos relativos aos embriões na legislação impugnada, para os fins já declarados (**a**, **b** e **d**).

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Ministro Cezar Peluso, fui citado por Vossa Excelência ainda há pouco quanto a arrancar da Constituição a dignidade do embrião ou de uma vida intrauterina.

Eu disse o seguinte em meu voto:

> Sucede que [este é o *fiat lux* da controvérsia] a dignidade da pessoa humana **é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento**. Transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que deságue, justamente, no indivíduo-pessoa.

Apenas, conforme Vossa Excelência, entendi que o embrião *in vitro*, nas condições da lei, jamais vai desaguar no indivíduo-pessoa, mas acredito que a Constituição, em última análise, é o fundamento de validade dessas leis protetivas de toda e qualquer vida, início de vida, seja intrauterinamente, seja extrauterinamente, com essa ressalva que Vossa Excelência vem fazendo desde o início do seu judicioso voto.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.510/DF — Relator: Ministro Carlos Britto. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União), Congresso Nacional. Interessados: Conectas Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos – CDH (Advogados: Eloisa Machado de Almeida e outros), Movimento em Prol da Vida – Movitae (Advogados: Luís Roberto Barroso e outro), Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – Anis (Advogados: Donne Pisco e outros e Joelson Dias), Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB (Advogados: Ives Granda da Silva Martins e outros).

Decisão: Após os votos dos Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski, julgando parcialmente procedente a ação direta; dos votos da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Joaquim Barbosa, julgando-a improcedente; e dos votos dos Ministros Eros Grau e Cezar Peluso, julgando-a improcedente, com ressalvas, nos termos de seus votos, o julgamento foi suspenso. 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, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 28 de maio de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, embora, a rigor, isto fosse absolutamente desnecessário, parece-me que conviria deixar esclarecida alguma coisa a respeito do julgamento que ontem foi suspenso.

Eu li – entre envergonhado e, de certo modo, entristecido –, nos jornais da minha terra, dos quais sou assinante há muitos anos, notícias sobre o julgamento e, em particular, sobre o meu voto, as quais me justificaram fundado temor de haverem induzido a opinião pública em erro grave. Decerto, nenhuma de ambas as notícias foi inspirada por propósito menos nobre – porque evidentemente não o posso supor a nenhum jornalista –, mas, sem dúvida alguma, decorreu de equívoco – eu diria – quase inescusável. Os que fizeram referências ao teor do meu voto ou não me ouviram ou, se me ouviram, não me entenderam.

O meu voto não contém nenhuma ressalva às pesquisas. E a conclusão dele, de improcedência da ação, apenas enuncia duas coisas: primeiro, a

responsabilidade dos membros dos comitês de ética, coisa que está na lei; e, nesse passo, acentua a responsabilidade criminal dos respectivos membros. E, em segundo lugar, acena para a necessidade de que exista órgão que aprove a nomeação dos membros dos comitês. Apenas isto.

De modo que, Senhor Presidente, gostaria ficasse constando esse registro por não subsistir dúvida a respeito do conteúdo e da extensão de meu voto.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Na verdade, como já tivemos oportunidade de observar, os votos ontem proferidos, e, aí, falou-se em declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, bem como em julgamento pela improcedência com adições. Vossa Excelência, inclusive, fez, na verdade, apelo ao legislador na parte final do seu voto. Isso tudo levou a alguma dificuldade de interpretação. Mas isso vai ser devidamente esclarecido no momento da proclamação, se for o caso.

VOTO
(Confirmação)

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, embora já tenha manifestado voto numa assentada anterior, gostaria de roubar alguns minutos do tempo dos colegas para, até em respeito aos votos brilhantes produzidos na assentada de ontem, fazer algumas brevíssimas observações, justificando o fato por que não posso desta vez, infelizmente, acompanhar a divergência, tão bem enunciada pelo meu colega, Ministro Menezes Direito.

Entendo, Senhor Presidente, que a proposição final do voto de Sua Excelência, praticamente produz uma adulteração da norma contida no art. 5º, pelo acrescentamento de tais e tantas condicionantes que eliminam a sua força normativa.

Por isso, lamento não poder acompanhar Sua Excelência na adição destas condicionantes, até porque, segundo entendo, aí, estaríamos excedendo, e muito, ao mandato que é conferido a este Supremo Tribunal Federal.

No mais, Senhor Presidente, faço também um reparo no quanto diz respeito a toda a construção que, de certa maneira, foi acompanhada nos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau para o estabelecimento dessas condicionantes. Salvo equívoco meu, esta construção vem baseada em informação de um cientista que acredita possível – e terá feito pesquisas nesse sentido – que se extraiam células sem eliminação do blastocisto. Se não me engano, Ministro Menezes Direito – porque não tive acesso a essa documentação científica –, creio que é um trabalho único e não publicado; portanto, não submetido à comunidade científica internacional. Sabemos que esses trabalhos geralmente exigem uma ampla discussão para que, afinal, possam ser adotados como norma geral e difundidos.

Recentemente houve, exatamente nesta matéria de células-tronco, umas pesquisas realizadas por cientistas coreanos que depois – creio eu – tiveram que retroceder das suas afirmações originárias, porque foram contestadas pela comunidade científica internacional.

Assim sendo, Senhor Presidente, são essas as razões pelas quais prefiro, no caso, apoiar-me nas afirmações feitas pela séria comunidade científica brasileira, em sua grande maioria; muito embora, especialmente o Relator, tenha tido o grande cuidado de contrastar posições através de um criterioso trabalho, inclusive com uma audiência pública, a qual se desenrolou durante o dia todo e da qual todos nós, embora não pudéssemos estar presentes fisicamente, recebemos cópias mediante gravação de vídeo e som.

Então, Senhor Presidente, mais uma vez pedindo vênia e louvando o brilhante voto dos Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau, reafirmo a posição anteriormente manifestada pela ausência de qualquer inconstitucionalidade na norma.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, peço a palavra.

Apenas uma brevíssima observação, já que a eminente Ministra Ellen Gracie fez alusão – e agradeço a alusão que fez – às condicionantes que eu teria aposto em meu voto. Na verdade, dei uma interpretação conforme a lei. Mas, ainda que tivesse colocado algumas condicionantes, gostaria apenas de ponderar que esta Corte, nos últimos tempos, tem estabelecido às diversas leis que examinam condicionantes quase que adentrando ao campo do legislador no concernente a algumas atividades. Por exemplo, no caso da lei de greve dos servidores públicos em que nós condicionamos, contra o meu voto, aliás, a atividade da greve no serviço público. Em outro caso, também, no da fidelidade partidária. Em conjunto com o Tribunal Superior Eleitoral, esta Casa entendeu de estabelecer uma série de condicionantes ao direito de mudar de partido.

Nós estamos numa nova fase do Supremo Tribunal Federal, em que esta Casa assume um novo protagonismo. Então, pareceu-me adequado, no caso das células-tronco, também estabelecer algumas condicionantes, para o exercício da atividade de pesquisa, realmente importantes para o avanço do conhecimento nesse campo, no Brasil, exatamente por entender que essa Lei é extremamente vaga e foi formulada, *data venia*, de forma tecnicamente imprecisa.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, eu tenho sempre, desde que aqui cheguei, o maior respeito, a maior admiração e o maior carinho pelos meus eminentes Colegas. E tenho procurado, ao longo do tempo, dar o testemunho desta certeza de que cada um de nós, quando a esta Casa comparece, o faz na mesma perspectiva daquele diálogo que teve Santo Agostinho com seu filho Adeodato: quando alguém fala, ou ele pretende aprender ou pretende ensinar. E eu tenho sempre aqui me posto na posição de aprender continuamente.

Lamento muito, embora compreenda, que a eminente Ministra **Ellen Gracie**, que antecipou o seu voto na sessão em que pedi vista, não tenha tido a

oportunidade de acompanhar detalhadamente o voto que proferi. Não seria eu leviano de trazer a esta Corte alguma informação de natureza científica que não estivesse embasada em lastro de pesquisa, com todo o cuidado, com toda a tranquilidade e com toda a certeza possível, em matéria de ciência.

Procurei ontem, tomando até tempo demasiado da Corte, fundamentar o meu voto na perspectiva que me pareceu mais correta. E compreendo que a Ministra **Ellen Gracie**, diante daquela fundamentação, tenha sentido necessidade de complementar as razões do voto que apresentou na primeira sessão. Todavia, peço licença a Sua Excelência para repelir, de maneira muito enérgica, mas com muito afeto, qualquer afirmação que possa ter levantado dúvida no que concerne à informação científica que trouxe, não apenas dos cientistas com os quais eu tive o privilégio de contactar pessoalmente como, de igual modo, daqueles que, lamentavelmente, só mesmo por via de comunicação eu pude também contactar. Mas, sem dúvida, eu terei enorme prazer em ceder à eminente Ministra **Ellen Gracie** o meu voto para que Sua Excelência possa constatar que a alternativa que propus não foi uma alternativa que existisse apenas numa perspectiva de probabilidade. Foi uma alternativa que existe em concreto, com pesquisas realizadas, com resultados constatados, se bem que, como todos os resultados de ciência, tenha eu destacado e até mesmo procurado listar os esforços que foram realizados nesta matéria com resultados que se vão confirmando ao longo do tempo. Mas, sob nenhum aspecto, por isso usei a expressão "repelir energicamente", pude trazer a esta Corte, em respeito até mesmo aos seus Membros, qualquer informação que não estivesse embasada criteriosamente nos dados que obtive.

Por fim, ainda pedindo desculpas por tomar o tempo desta Corte, mas mantendo-me fiel à posição que adotei, entendo que ela está lastreada suficientemente e que não necessita de maior explanação. Todos aqueles que desejarem certamente terão acesso ao voto que proferi, sempre respeitando, como o faço, as posições contrárias, porque esta Corte não pode ter a pretensão de decidir sempre à unanimidade.

Não me preocupam, sob nenhum ângulo e de nenhuma forma, as interpretações que possam surgir a respeito do voto de cada um de nós, seja pela imprensa, seja pelos cientistas, seja pelos advogados, porque isso faz parte do jogo democrático, faz parte da sociedade plural. E nós temos, necessariamente, obrigação moral, para não dizer uma obrigação ética, que é superior, de respeitar essas opiniões, de respeitar essas interpretações, porque é através dessas interpretações e dessas opiniões que nós vamos construindo uma sociedade mais livre, mais justa, na qual as pessoas possam realizar, na integralidade da sua natureza, a bem-aventurança desse dom da vida.

Portanto, Senhor Presidente, era apenas esse registro que gostaria de fazer no alvorecer desta sessão.

Agradeço a Vossa Excelência.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, sem mais tomar o tempo do Plenário, mas creio que comecei a minha manifestação exatamente dizendo

que lamentava não poder aderir à divergência inaugurada pelo Ministro Carlos Alberto Direito, cujo voto, de forma alguma, tentei desqualificar. Creio que Sua Excelência haverá de me fazer justiça. Apenas mencionei o fato de que – pareceu-me assim – a estrutura das condicionantes colocadas por Vossa Excelência partia do pressuposto de que existe essa possibilidade, possibilidade esta de utilização sem destruição do blastocisto. E Vossa Excelência – prestei muita atenção ao voto de Vossa Excelência – até comparava este fato à doação de órgãos. Então, esta possibilidade que, ao que me parece, salvo melhor juízo, é utilizada por apenas um único grupo de cientistas no mundo inteiro, poderá no futuro, quem sabe, com o desenvolvimento da ciência, com o desenvolvimento destas pesquisas, cuja continuidade talvez a Casa hoje autorize, venha a se tornar prevalecente. Mas, no momento, é apenas a pesquisa realizada por um único grupo de cientistas.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Vossa Excelência me perdoe mais uma vez, não é não. São duas as hipóteses que foram postas, e talvez Vossa Excelência não tenha acompanhado as duas hipóteses. Eu me referi, primeiro, ao conceito de embrião inviável, e utilizei este conceito num dos termos postos pelo decreto regulamentar. Quanto ao outro, eu fiz referência à utilidade possível, que é realizada pelas diversas clínicas de reprodução assistida no que concerne ao diagnóstico pré-implantacional. E isso não é realizado nem por um, nem por dois cientistas; é realizado por todas as clínicas de reprodução assistida como objeto do processo normal de diagnóstico pré-implantacional.

Mas é certo, Senhor Presidente, que não convém agora reabrirmos esta discussão, porque ela está estampada no voto. Eu apenas fiz o registro, diante da complementação do voto da eminente Ministra **Ellen Gracie** nesta sessão, mas certamente Sua Excelência terá oportunidade de ler na integralidade o meu voto e certamente haverá de compreender, como é normal nos dissensos, a posição que adotei.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Antes de tudo, registro a valia do pedido de vista formulado pelo Ministro Menezes Direito. Permitiu a reflexão maior sobre o tema, ensejando, já agora, o término do julgamento. A iniciativa mostrou-se regimental e harmônica com o interesse coletivo no que repousa na segurança dos pronunciamentos do Supremo, porquanto, decidida a matéria, não há órgão judicante capaz de revisá-la.

Quanto ao voto de Sua Excelência, sempre vejo com restrições a denominada interpretação conforme à Constituição. É que há o risco de, a tal título, redesenhar-se a norma em exame, assumindo o Supremo – contrariando e não protegendo a Constituição Federal – o papel de legislador positivo. Em síntese, a interpretação conforme pressupõe texto normativo ambíguo a sugerir, portanto, mais de uma interpretação, e ditame constitucional cujo alcance se mostra incontroverso. Essas premissas não se fazem presentes.

Também não cabe ao Supremo, ao julgar, fazer recomendações. Não é órgão de aconselhamento. Em processo como este, de duas, uma: ou declara a

constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, total ou parcial, do ato normativo abstrato atacado. Nestes praticamente dezoito anos de Tribunal, jamais presenciei, consideradas as diversas composições, a adoção desse critério, a conclusão de julgamento no sentido de recomendar esta ou aquela providência, seja ao Poder Legislativo, seja ao Executivo, em substituição de todo extravagante.

Para efeito de documentação, transcrevo o artigo da Lei 11.105/2005 – Lei de Biossegurança – atacado por meio desta ação direta de inconstitucionalidade:

> (...)
> Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
> I – sejam embriões inviáveis; ou
> II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.
> § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.
> § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.
> § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Pinço do dispositivo impugnado certos requisitos para a realização da pesquisa e da terapia mediante o uso de células-tronco embrionárias:

1. Haver embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* não utilizados.

2. Tratar-se de embriões inviáveis ou estarem os embriões congelados há três anos ou mais na data da publicação da lei ou, se já congelados em tal data, após completarem três anos de congelamento.

3. Existir o consentimento daqueles que forneceram o material.

4. Submeterem as instituições de pesquisa e serviços de saúde os respectivos projetos, com vistas à aprovação, a comitês de ética em pesquisa.

5. Não ocorrer a comercialização do material biológico, configurado, no caso de inobservância da lei, tipo penal.

Ante tais requisitos, cabe indagar, simplesmente, onde reside a ofensa do citado artigo 5º à Carta Federal a ponto de levar à declaração de inconstitucionalidade. Mas, até mesmo em respeito a ópticas diversas, à atuação do então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, ao ajuizar esta ação, cumpre a análise do tema.

Devem-se colocar em segundo plano paixões de toda ordem, de maneira a buscar a prevalência dos princípios constitucionais. Opiniões estranhas ao Direito por si sós não podem prevalecer, pouco importando o apego a elas por aqueles

que as veiculam. O contexto apreciado há de ser técnico-jurídico, valendo notar que declaração de inconstitucionalidade pressupõe sempre conflito flagrante da norma com o Diploma Maior, sob pena de relativizar-se o campo de disponibilidade, sob o ângulo da conveniência, do legislador eleito pelo povo e que em nome deste exerce o poder legiferante. Os fatores conveniência e oportunidade mostram-se, em regra, neutros quando se cuida de crivo quanto à constitucionalidade de certa lei – e não de medida provisória. Somente em situações extremas, nas quais surge, ao primeiro exame, a falta de proporcionalidade, pode-se adentrar o âmbito do subjetivismo e exercer a glosa. No caso, a lei foi aprovada mediante placar acachapante – 96% dos Senadores e 85% dos Deputados votaram a favor, o que sinaliza a razoabilidade.

No tocante à questão do início da vida, não existe balizamento que escape da perspectiva simplesmente opinativa. É possível adotar vários enfoques, a saber:

a) o da concepção;

b) o da ligação do feto à parede do útero;

c) o da formação das características individuais do feto;

d) o da percepção pela mãe dos primeiros movimentos;

e) o da viabilidade em termos de persistência da gravidez;

f) o do nascimento.

Os filósofos da antiguidade e Santo Agostinho revelaram ópticas diversas[1]. Aqueles acreditavam que o embrião ou o feto não se mostrava formado senão após quarenta dias da concepção no caso masculino e entre oitenta e noventa dias no caso feminino. O pensamento de Aristóteles derivava da teoria dos três estágios da vida: vegetal, animal e racional. O estágio vegetal era alcançado na concepção, o animal na animação – quando incorporada a alma – e o racional logo após o nascimento com vida. Essa teoria passou a ser aceita pelos primeiros pensadores cristãos. O debate teológico refletiu-se nos escritos de Santo Agostinho, que traçava distinção entre *embryo inanimatus*, quando não presente a alma, e *embryo animatus*, portanto o já animado. Tal enfoque, acredita-se, teria origem na interpretação emprestada a versículo do livro bíblico Êxodo, cuja autoria é atribuída a Moisés:

> **Êxodo 21:22** Se alguns homens brigarem, e um ferir uma mulher grávida, e for causa de que aborte, não resultando, porém, outro dano, este certamente será multado, conforme o que lhe impuser o marido da mulher, e pagará segundo o arbítrio dos juízes;
> **Êxodo 21:23** mas se resultar dano, então darás vida por vida,
> **Êxodo 21:24** olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé,
> **Êxodo 21:25** queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe.

Nota-se que haveria punição diferente para a hipótese de aborto se comparada à ocorrência de outro dano. O certo é que se encontra, nos escritos de Santo

[1] Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 133 (1973).

Agostinho, a visão de que poderes humanos não podem determinar o ponto, durante o desenvolvimento do feto, em que a mudança crítica ocorre, ou seja, o feto adquire a alma.

Houvesse a necessidade de abordar tema que não está em pauta – o aborto –, poder-se-ia citar a possibilidade de sobrevivência do feto – inconfundível com o embrião – sob o ângulo científico. Nessa perspectiva, a Suprema Corte americana, no controverso caso Roe *versus* Wade, decidido em 1973, estabeleceu que a viabilidade se dá a partir de vinte e oito semanas, podendo ocorrer até com vinte e quatro semanas. Em síntese, para efeito de proteção da vida em potencial, a Suprema Corte americana assentou que o ponto revelador de interesse obrigatório a ser protegido surge com a capacidade do feto de sobreviver fora do útero. Considerou, sim, a presença do interesse em garantir a saúde materna antes desse período, autorizando a realização do aborto apenas nos três primeiros meses de gravidez, pois, a partir desse momento, a intervenção faz-se mais perigosa que o próprio parto[2]. Vale frisar que esse precedente tornou irrelevante a discussão, na América, sobre a constitucionalidade da pesquisa em células-tronco em face de suposta transgressão ao direito à vida, havendo tão somente questionamentos sobre o financiamento público federal em tal campo.

No caso concreto, não está envolvida a denominada viabilidade. Em primeiro lugar, o art. 5º da Lei 11.105/2005 versa sobre o uso de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, não cogitando de aproveitamento daqueles fecundados naturalmente no útero. Em segundo lugar, a lei – contendo inúmeras cláusulas acauteladoras e até mesmo proibitivas, como é o caso da referente à clonagem – condiciona a pesquisa a embriões não utilizáveis no procedimento de inseminação. É bem explícita ao considerar apenas os inviáveis e os congelados há três anos, ao prever o consentimento dos fornecedores dos óvulos e dos espermatozoides e ao proibir a comercialização, versando diversos tipos penais. A viabilidade, ou não, diz diretamente com a capacidade de desenvolver-se a ponto de surgir um ser humano.

Ora, está-se diante de quadro peculiar a afastar tal resultado. Levem em conta, para tanto, a existência do embrião *in vitro*, e não no útero, e, mais, a constatação da inviabilidade de uso considerada a destinação inicial. Soma-se a essa limitação o necessário consentimento daqueles que forneceram o material, os elementos, ficando assim descartada, seja sob o ângulo da utilidade, seja sob o da vontade do casal, a possibilidade de implantação no útero.

Vale dizer que, na prática, ocorre a fecundação de vários óvulos, mantendo-se banco próprio para fazer frente ao insucesso da inseminação. Verificando-se o contrário – e a realidade tem-se mostrado extremada no que gerados gêmeos, trigêmeos, quadrigêmeos –, os óvulos que sobejam acabam desprezados, dando-se-lhes o destino do lixo, já que dificilmente quem de direito delibera por implantá-los em terceira pessoa.

---

[2] Idem, p. 162-163.

Então, quer pela passagem do tempo sob o estado de congelados, quer considerada a decisão dos que forneceram o material, os embriões jamais virão a se desenvolver, jamais se transformarão em feto, jamais desaguarão no nascimento. A propósito, expressivas são as palavras do biólogo David Baltimore, ganhador de prêmio Nobel, ao emitir opinião sobre a discussão ora submetida a este Tribunal:

> Não sei falar a respeito do aspecto jurídico do assunto, mas do ponto de vista científico é uma discussão sem sentido. Afinal, os embriões humanos foram descartados porque o casal já teve o número de filhos que queria ou por qualquer outra razão. O fato é que os embriões serão destruídos de qualquer modo. A questão é saber se serão destruídos fazendo o bem a outras pessoas ou não. A meu ver, a resposta é óbvia.[3]

No tocante ao aspecto constitucional e considerado o direito à vida, expressou-se José Afonso da Silva, para quem as pesquisas não podem ser interrompidas[4]:

> Não intentaremos dar uma definição disto que se chama vida, porque é aqui que se corre o grave risco de ingressar no campo da metafísica supra-real, que não nos levará a nada. Mas alguma palavra há de ser dita sobre esse *ser* que é objeto de direito fundamental. *Vida*, no texto constitucional (art. 5º, *caput)*, não será considerada apenas no seu sentido biológico, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.[5]

Cito este trecho de José Afonso da Silva para revelar o descompasso entre a situação concreta versada no artigo em comento da Lei de Biossegurança e aquela outra que pode resultar, sem interferências estranhas, em uma vida.

No enfoque biológico, o início da vida pressupõe não só a fecundação do óvulo pelo espermatozoide como também a viabilidade antes referida, e essa inexiste sem a presença do que se entende por gravidez, ou seja, gestação humana.

Assentar que a Constituição protege a vida de forma geral, inclusive a uterina em qualquer fase, já é controvertido – a exemplo dos permitidos aborto terapêutico ou o decorrente de opção legal após estupro –, o que se dirá quando se trata de fecundação *in vitro*, já sabidamente, sob o ângulo técnico e legal, incapaz de desaguar em nascimento. É que não há a unidade biológica a pressupor, sempre, o desenvolvimento do embrião, do feto, no útero da futura mãe.

---

[3] *Veja*. Páginas amarelas: Editora Abril, edição 2062, ano 41, n. 21, 28 de maio de 2008.

[4] SILVA, José Afonso. A questão das células-tronco embrionárias. Jornal *Folha de S. Paulo*, 21 de março de 2008.

[5] SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 197.

A personalidade jurídica, a possibilidade de considerar-se o surgimento de direitos depende do nascimento com vida e, portanto, o desenlace próprio à gravidez, à deformidade que digo sublime: vir o fruto desta última, separado do ventre materno, a proceder à denominada troca oxicarbônica com o meio ambiente. Por isso mesmo, o pró-reitor de graduação da Universidade Federal de São Paulo e presidente da Federação de Sociedade de Biologia Experimental, o médico Luiz Eugenio Mello, ressaltou:

> Um embrião produzido em laboratório, sem condições para implantação em um útero de uma mulher, ou nos termos da lei, um embrião inviável, que seria descartável, não é uma pessoa humana[6].

Se, de um lado, é possível dizer que a criminalização do aborto compele a grávida a gerar o filho concebido, concebido naturalmente mesmo contra a respectiva vontade, ficando com isso enfatizado na legislação de regência o interesse do nascituro –, de outro, não se pode imaginar estejam os fornecedores dos óvulos e dos espermatozoides obrigados a dar consequências a esses atos, chegando a forçar a mulher a gerar todos os embriões fecundados artificialmente, potencializando, a mais não poder, o ato de vontade inicial. Caminhar em tal sentido – isso para não se levar em conta o destino dos óvulos fecundados que tenham sobejado ao êxito da inseminação – é transformar a mulher em verdadeira incubadora, é contrariar-se o planejamento familiar assegurado na Constituição. Em síntese, aqui não se trata de questionar a possibilidade de obrigar uma pessoa – a gestante – a ficar fisicamente conectada a outra, tema a ser discutido, sob o ângulo constitucional, oportunamente, mas de definir o destino dos óvulos fecundados, que fatalmente seriam destruídos e que podem – e devem ser – aproveitados na tentativa, sempre inesgotável, de progresso da humanidade.

Vale notar ainda que, no campo da doação de órgãos, inexiste base, na Carta Federal ou em lei, que compila os pais a fazê-la para salvar a vida dos filhos.

Contrapõe-se à visão avessa à utilização dos embriões *in vitro* dado da maior importância considerado até mesmo predicado que transparece em desuso – a solidariedade. É fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Ora, o que previsto no art. 5º da Lei 11.105/2005 objetiva, acima de tudo, avançar no campo científico para preservar esse fundamento, para devolver às pessoas acometidas de enfermidade ou às vítimas de acidentes uma vida útil razoavelmente satisfatória.

No mundo científico, é voz corrente que as células-tronco não são substituíveis, para efeito de pesquisa, por células-tronco adultas, uma vez que estas últimas não se prestam a gerar tecidos nervosos, a formar neurônios. Então doenças neuromusculares e o tratamento da medula de alguém que ficou paraplégico ou tetraplégico bem como de acometidos por Parkinson não terão possibilidade de serem alcançados pela pesquisa a partir de células-tronco adultas. Confiram a entrevista da bióloga Mayana Zatz a seguir referida.

---

[6] MELLO. Luiz Eugenio. Entre células e pessoas: a vida humana. Jornal *Folha de S. Paulo*, 1º de março de 2008.

Em outras palavras, os valores cotejados não possuem a mesma envergadura, surgindo triste paradoxo no que, ante material biológico que terá, repito, destino único – o lixo –, seja proibida a utilização para salvar vidas. Quanto preconceito, quanto egoísmo, fazendo lembrar Vieira no Sermão da Quinta-Feira da Quaresma, em 1669:

> A cegueira que cega cerrando os olhos não é a maior cegueira; a que cega deixando os olhos abertos, essa é a mais cega de todas.

Sob esse aspecto, faz-se necessário ter presente passagem de obra de Márcio Fabri dos Anjos:

> A ética não se nutre simplesmente da ordem colocada, mas de objetivos e finalidades segundo os quais a ordem se refaz para garantir o processo humano.[7]

A óptica dos contrários às pesquisas não merece prosperar, distanciando-se de noção humanístico-racional. Sob o ângulo prático, sob o ângulo do tratamento igualitário, tão próprio a sociedade que se diga democrática, a conclusão sobre a inconstitucionalidade do artigo 5º em análise prejudicará, justamente, aqueles que não têm condições de buscar, em outro centro no qual verificado o sucesso de pesquisas com células-tronco, o tratamento necessário. Será que tudo isso interessa à sociedade brasileira?

Trago, para ilustrar, informações sobre o assunto, relativamente a diversos países – cujos nomes estão em ordem alfabética –, veiculadas em sítios na internet[8]:

África do Sul – Permite todas as pesquisas com embriões, inclusive a clonagem terapêutica. É o único país africano com legislação a respeito.

Alemanha – Permite a pesquisa com linhagens de células-tronco existentes e sua importação, mas proíbe a destruição de embriões.

Austrália – Lei aprovada em dezembro de 2006 permite o clone terapêutico, a união do DNA de células da pele em ovos para produzir células-tronco, também conhecidas como células-mestre, capazes de produzir todos os tecidos do corpo humano. Os embriões clonados não podem ser implantados no útero e precisam ser destruídos em 14 dias. Em 2002, o Parlamento autorizou os cientistas a extraírem células-tronco de embriões divididos para fertilização *in vitro*, mas baniu a clonagem de células.

---

[7] ANJOS, Márcio Fabri dos. Ética e clonagem humana na questão dos paradigmas. In: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian Paulo de (Orgs.). *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p. 126.

[8] Informações obtidas nos sítios eletrônicos do jornal *Herald Tribune* e Wikipedia, confirmadas no sítio eletrônico da *The International Society for Stem Cell Research* (ISSCR). Endereços eletrônicos abaixo:

– http://www.iht.com/articles/ap/2006/12/07/asia/AS_GEN_Australia_Stem_Cell_Glance.php. Acessado em 19 de maio de 2008.

– http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%A9lula_tronco, acessado em 19 de maio de 2008.

– http://www.isscr.org/public/regions/index.cfm, acessado em 27 de maio de 2008.

China – Permite todas as pesquisas com embriões, inclusive a clonagem terapêutica.

Cingapura – O país se proclamou como um centro internacional para a pesquisa em células-tronco, atraindo cientistas de diversas partes do mundo, incluindo os cientistas britânicos que clonaram a ovelha Dolly. São fornecidos incentivos robustos para a pesquisa em células-tronco, incluindo a clonagem de embriões humanos.

Coreia do Sul – Permite todas as pesquisas com embriões, inclusive a clonagem terapêutica.

Espanha – Em maio de 2006, o Parlamento votou para expandir o número de embriões disponíveis para a pesquisa em células-tronco, de forma a incluir qualquer congelado até 14 dias da concepção. Antes, os pesquisadores apenas poderiam usar os embriões congelados anteriormente a julho de 2003. A lei também permite aos pais de crianças com doenças incuráveis a conceberem novos embriões e escolherem um saudável para servir como doador de tecidos, em casos em que todos os demais tratamentos falharam.

Estados Unidos – Proíbe a aplicação de verbas do governo federal a qualquer pesquisa envolvendo embriões humanos – a exceção é feita para 19 linhagens de células-tronco derivadas antes da aprovação da lei norte-americana. Mas Estados como a Califórnia permitem e patrocinam esse tipo de pesquisa – inclusive a clonagem terapêutica.

França – Não tem legislação específica, mas permite a pesquisa com linhagens existentes de células-tronco embrionárias e com embriões de descarte.

Índia – Proíbe a clonagem terapêutica, mas permite as outras pesquisas.

Israel – Permite todas as pesquisas com embriões, inclusive a clonagem terapêutica.

Itália – Proíbe totalmente qualquer tipo de pesquisa com células-tronco embrionárias humanas e sua importação.

Japão – Permite todas as pesquisas com embriões, inclusive a clonagem terapêutica. Mas a burocracia para obtenção de licença de pesquisa é tão grande que limita o número de pesquisas.

México – Único país latino-americano além do Brasil que possui lei permitindo o uso de embriões. A lei mexicana é mais liberal do que a brasileira, já que permite a criação de embriões para pesquisa.

Reino Unido – Tem uma das legislações mais liberais do mundo e permite a clonagem terapêutica.

Rússia – Permite todas as pesquisas com embriões, inclusive a clonagem terapêutica.

Suíça – Os eleitores aprovaram a pesquisa em célula-tronco embrionária mediante um referendo nacional ocorrido em novembro de 2004,

autorizando apenas o uso de células-tronco embrionárias não utilizadas em processo de fertilização *in vitro*. A lei proíbe a clonagem humana e a criação de embriões para a pesquisa em células-tronco.

Turquia – Permite pesquisas e uso de embriões de descarte, mas proíbe a clonagem terapêutica (como o Brasil).

No Brasil, pesquisa efetuada em janeiro último pelo Instituto Ibope revelou o pensamento da população – e este deve ser sopesado neste julgamento. O índice dos que se manifestaram em apoio ao uso de células-tronco embrionárias – desconsiderada a parcela dos que não opinaram – chegou a 95%[9].

Relembro o que consignei no exame da ADPF 54-8-QO/DF, quando o Plenário veio a mitigar a medida acauteladora deferida, que implicara o afastamento da glosa penal quanto à gestante e ao pessoal médico no caso de interrupção de gravidez de feto anencéfalo:

> A questão, a partir de 1º de julho de 2004, data em que concedida a medida acauteladora no processo, movimentou, como não tinha acontecido jamais com qualquer tema submetido ao Judiciário – salvo, agora, relativamente à possibilidade de pesquisa em células-tronco –, os mais diversos segmentos da sociedade brasileira. Muitos foram os artigos publicados, pró e contra o pedido formulado, variando as opiniões conforme as concepções técnicas, religiosas e morais. Tal como nas cortes constitucionais estrangeiras, o tema alusivo à vida, seja qual for o ângulo – o da pena capital, o do aborto, o da eutanásia e o da interrupção da gravidez, ante a deformidade inafastável inviabilizadora da própria vida –, vem sendo alvo, no Brasil, de enorme expectativa. Frisei que os olhos da nação voltavam-se ao Supremo Tribunal Federal – e permanecem voltados – e este há de se pronunciar quer em um sentido, quer em outro, evitando a insegurança jurídica, a grande perplexidade que advém de teses díspares sobre a matéria. Lembrei que a História é impiedosa, não poupando posturas reveladoras de atos omissivos.

Cumpre a esta Corte a guarda da Constituição Federal e a estará implementando a todos os títulos, sob as mais diversas ópticas, vindo a julgar improcedente o pleito formulado nesta ação direta de inconstitucionalidade, mantendo a esperança, sem a qual a vida do homem torna-se inócua. Bem o disse a pró-reitora de pesquisa e coordenadora do Centro de Estudos do Genoma Humano da Universidade de São Paulo, professora Mayana Zatz, ao ressaltar que:

> A terapia com células-tronco pode ser considerada como o futuro da medicina regenerativa. Entre as áreas mais promissoras, está o tratamento para diabetes, doenças neuromusculares, como as distrofias musculares progressivas e a doença de Parkinson. Com as células-tronco, também se poderá promover a regeneração de tecidos lesionadas por causas não hereditárias, como acidentes, ou pelo câncer (...).[10]

---

[9] Pesquisa *Ibope*/CDD, Ibope Inteligência, JOB 110/2008, janeiro de 2008. Base de cálculo: 1.863 entrevistados, desconsiderando a parcela de pessoas que não concorda e nem discorda, não sabe dizer e não respondeu.

[10] *Veja*. Páginas Amarelas: Editora abril, edição 2050, ano 41, n. 9, 5 de março de 2008.

Então, que se aguarde o amanhã, não se apagando a luz que no Brasil surgiu com a Lei 11.105/2005.

Acompanho o Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, e os que o seguiram no voto proferido e julgo improcedente o pedido formulado na inicial, assentando a harmonia do art. 5º da lei atacada com a Constituição Federal, notadamente com os arts. 1º e 5º da Carta e com o princípio da razoabilidade.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Em quase 40 anos** de atuação na área jurídica, **primeiro como membro** do Ministério Público paulista **e**, **agora**, **como Juiz** do Supremo Tribunal Federal, **nunca participei** de um processo que se revestisse da magnitude **que assume** o presente julgamento.

Este julgamento, *que é efetivamente histórico*, **eis que nele estamos a discutir** o alcance **e** o sentido da vida **e** da morte, **revela que o Direito**, em nosso País, **estruturado sob a égide** de um Estado laico, secular e democrático, **é capaz** de conferir dignidade às experiências da vida **e** aos mistérios insondáveis da morte, **possibilitando**, assim, que esta Suprema Corte **supere** os graves desafios representados pelos dilemas éticos e jurídicos resultantes do progresso da ciência e do desenvolvimento da biotecnologia, **o que permitirá**, ao Tribunal, no caso em análise, **proferir** decisão **impregnada** da mais elevada transcendência, **porque** motivada pelo exame de temas instigantes **que nos estimulam** a julgar esta controvérsia **a partir** da perspectiva emancipatória dos direitos humanos.

Ressalto a importância do pedido de vista **formulado** pelo eminente Ministro MENEZES DIREITO, cujo voto, rico, denso e finamente elaborado, **e porque dissentindo** do pronunciamento do eminente Ministro CARLOS BRITTO, **permitiu**, aos Juízes desta Suprema Corte, **ampla reflexão e análise responsável** sobre as várias questões **suscitadas** pelo exame do pedido formulado pelo Senhor Procurador-Geral da República.

Destaco, ainda, Senhor Presidente, **a excelência** dos magníficos votos **proferidos** pelos eminentes Senhores Ministros **que me precederam** (CARLOS BRITTO, ELLEN GRACIE, MENEZES DIREITO, CÁRMEN LÚCIA, RICARDO LEWANDOWSKI, EROS GRAU, JOAQUIM BARBOSA, CEZAR PELUSO **e** MARCO AURÉLIO), que, **fundados** em estudos sérios **e apoiados** em **muita** reflexão, **revelaram** ideias respeitabilíssimas **e exprimiram** a visão de mundo que os orientaram na formulação de suas decisões.

Relembrando o saudoso Ministro LUIZ GALLOTTI, **e considerando** o alto significado da decisão **a ser tomada** por esta Suprema Corte, **tenho presente** a grave advertência, por ele **então** lançada, de que, **em casos emblemáticos** como este, o Supremo Tribunal Federal, **ao proferir** o seu julgamento, **poderá ser**, ele próprio, "*julgado pela Nação*" (**RTJ** 63/299, **312**).

ÍTALO CALVINO, em suas "**Seis Propostas para o Próximo Milênio**" (p. 72, 1990, Companhia das Letras), **formula observação que me parece**

apropriada para iluminar o caminho **e** alimentar a reflexão de todos os que participam deste julgamento: "***Não me interessa*** *aqui indagar* ***se*** *as origens dessa epidemia devam ser pesquisadas na política, na ideologia, na uniformidade burocrática, na homogeneização das 'mass media' ou na difusão acadêmica de uma* ***cultura*** *média.* ***O que me interessa são as possibilidades de salvação***" (**grifei**).

Daí porque o eminente Professor JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO ("**Problemas Jurídicos da Reprodução Assistida**", "*in*" Revista Forense, vol. 328/80 e seguintes), **tendo presente o desenvolvimento** da ciência, **assinala que nos sentimos** no direito de reformular o sistema **porque** o direito é fato, norma **e** valor. **Alterado**, radicalmente, o fato, **a norma não pode** deixar de sofrer alteração **à luz** dos valores.

Não questiono a sacralidade e a inviolabilidade do direito à vida. **Reconheço**, ainda, **para além** da adesão **a quaisquer** artigos de fé, **que o direito à vida reveste-se**, em sua significação mais profunda, de um sentido **de inegável** fundamentalidade, **não importando** os modelos políticos, sociais **ou** jurídicos que disciplinem a organização dos Estados, **pois** – **qualquer** que seja o contexto histórico em que nos situemos – "*o valor incomparável da pessoa humana*" **representará**, sempre, **o núcleo fundante e eticamente legitimador** dos ordenamentos estatais.

Ressalto, ainda, por irrecusável, **a essencialidade** que assume, em nosso sistema jurídico, **como fator estruturante** do ordenamento estatal, **a dignidade** da pessoa humana.

Com efeito, **o postulado da dignidade da pessoa humana** – considerada a **centralidade** desse princípio essencial (**CF**, art. 1º, III) – **representa significativo** vetor interpretativo, **verdadeiro valor-fonte** que conforma **e** inspira todo o ordenamento constitucional **vigente** em nosso País **e traduz**, de modo expressivo, **um dos fundamentos** em que se assenta, **entre nós**, a ordem republicana **e** democrática **consagrada** pelo sistema de direito constitucional positivo.

É certo, ainda, **que a presente** controvérsia jurídica, **mesmo** que impregnada de evidente interdisciplinaridade temática, **não pode nem deve** ser reconhecida **como uma disputa entre** Estado **e** Igreja, **entre** poder secular **e** poder espiritual, **entre** fé **e** razão, **entre** princípios jurídicos **e** postulados teológicos.

Na realidade, o debate **em torno** da utilização das células-tronco embrionárias **não pode ser reduzido** à dimensão de uma litigiosidade **entre** o poder temporal **e** o poder espiritual, **pois** o sistema jurídico brasileiro **estabelece**, **desde** o histórico Decreto 119-A, de 7-1-1890, **elaborado** por RUI BARBOSA **e** DEMÉTRIO RIBEIRO, **então** membros do Governo Provisório da República, **a separação** entre Estado e Igreja, **com afastamento** do modelo imperial **consagrado** na Carta monárquica de 1824, **que proclamava** o catolicismo como religião oficial do Estado brasileiro.

Todos sabemos que a laicidade traduz, **desde** 1890, **um postulado essencial** da organização institucional do Estado brasileiro, **representando**, nesse contexto, **uma decisão política fundamental** adotada pelos Fundadores

da República, **cuja opção** – consideradas as circunstâncias históricas **então** presentes – **teve em perspectiva** a desgastante experiência **proporcionada** pela Carta Política do Império do Brasil, **notadamente** aquela **resultante** do gravíssimo **conflito** que se instaurou **entre** o Estado monárquico brasileiro **e** a Igreja Católica Romana, **a conhecida** Questão Religiosa **ou** controvérsia episcopo-maçônica (1872-1875), **que opôs** o trono imperial ao altar católico.

A laicidade do Estado, **enquanto** princípio fundamental da ordem constitucional brasileira, **que impõe** a separação entre Igreja e Estado, **não só reconhece**, *a todos*, **a liberdade de religião** (**consistente** no direito de professar **ou** de não professar qualquer confissão religiosa), **como assegura** absoluta igualdade dos cidadãos **em matéria** de crença, **garantindo**, ainda, às pessoas, **plena liberdade** de consciência **e** de culto.

O conteúdo material da liberdade religiosa **compreende**, na abrangência de seu significado, **a liberdade** de crença (**que traduz** uma das projeções da liberdade de consciência), **a liberdade** de culto **e a liberdade** de organização religiosa, **que representam** valores **intrinsecamente** vinculados **e** necessários **à própria** configuração da ideia de democracia, **cuja noção se alimenta**, continuamente, **dentre** outros fatores relevantes, **do respeito ao pluralismo**.

Nesse contexto, e considerado o delineamento constitucional da matéria em nosso sistema jurídico, **impõe-se**, como elemento **viabilizador** da liberdade religiosa, **a separação institucional** entre Estado **e** Igreja, **a significar**, portanto, que, **no Estado laico**, como o é o Estado brasileiro, **haverá**, sempre, uma clara **e** precisa **demarcação** de domínios próprios de atuação **e** de incidência do poder civil (**ou** secular) **e** do poder religioso (**ou** espiritual), **de tal modo** que a escolha, ou não, de uma fé religiosa revele-se questão de ordem **estritamente** privada, **vedada**, no ponto, **qualquer** interferência estatal, **proibido**, ainda, ao Estado, **o exercício** de sua atividade **com apoio** em princípios teológicos **ou** em razões de ordem confessional **ou**, ainda, em artigos de fé, **sendo irrelevante** – em face **da exigência constitucional** de laicidade do Estado – **que se trate** de dogmas **consagrados** por determinada religião **considerada hegemônica** no meio social, **sob pena** de concepções de certa denominação religiosa **transformarem-se**, *inconstitucionalmente*, **em critério definidor** das decisões estatais **e** da formulação e execução de políticas governamentais.

O fato irrecusável é que, **nesta** República laica, **fundada** em bases democráticas, **o Direito não se submete** à religião, **e** as autoridades incumbidas de aplicá-lo **devem despojar-se de pré**-compreensões em matéria confessional, **em ordem a não fazer repercutir**, sobre o processo de poder, **quando** no exercício de suas funções (**qualquer** que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas.

Vale referir, neste ponto, **o preciso magistério** de DANIEL SARMENTO ("**Legalização do Aborto e Constituição**", "*in*" "Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos", p. 3/51, p. 26/27, 2007, Lumen Juris):

A Constituição de 88 não se limitou a proclamar, como direito fundamental, a liberdade de religião (art. 5º, inciso VI). **Ela foi além**, **consagrando**, no seu art. 19, inciso I, **o princípio da laicidade do Estado**, **que impõe** aos poderes públicos **uma posição de absoluta neutralidade** em relação às diversas concepções religiosas. (...).

A laicidade do Estado, levada a sério, **não se esgota na vedação** de adoção explícita pelo governo de determinada religião, **nem tampouco na proibição** de apoio ou privilégio público a qualquer confissão. **Ela vai além**, **e envolve** a pretensão republicana de delimitar espaços próprios **e** inconfundíveis para o poder político **e** para a fé. **No Estado laico**, **a fé é questão privada**. **Já o poder político**, exercido pelo Estado na esfera pública, **deve basear-se em razões igualmente públicas** – **ou seja**, em razões cuja possibilidade de aceitação pelo público em geral **independa** de convicções religiosas **ou** metafísicas particulares. **A laicidade do Estado não se compadece** com o exercício da autoridade pública **com fundamento** em dogmas de fé – **ainda que professados** pela religião majoritária –, **pois ela impõe** aos poderes estatais uma postura de imparcialidade **e** equidistância **em relação** às diferentes crenças religiosas, cosmovisões e concepções morais que lhes são subjacentes.

Com efeito, **uma das características essenciais das sociedades contemporâneas é o pluralismo**. Dentro de um mesmo Estado, **existem** pessoas que **abraçam** religiões diferentes – **ou que não adotam nenhuma** –; **que professam** ideologias distintas; **que têm concepções** morais filosóficas díspares **ou** até antagônicas. **E**, **hoje**, **entende-se** que o Estado deve respeitar estas escolhas e orientações de vida, **não lhe sendo permitido** usar do seu aparato repressivo, **nem mesmo** do seu poder simbólico, **para coagir** o cidadão a adequar sua conduta às concepções hegemônicas na sociedade, nem tampouco para estigmatizar os "outsiders".

Como expressou a Corte Constitucional alemã, **na decisão** em que considerou inconstitucional a colocação de crucifixos em salas de aula de escolas públicas, "um Estado no qual membros de várias ou até conflituosas convicções religiosas ou ideológicas devam viver juntos só pode garantir a coexistência pacífica se se mantiver neutro em matéria de crença religiosa (...). A força numérica ou importância social da comunidade religiosa não tem qualquer relevância".

(...) **O princípio majoritário** (...) **não é outra coisa senão a transplantação para o cenário político-institucional** da ideia de intrínseca igualdade entre os indivíduos. Mas as pessoas só são tratadas como iguais quando o Estado demonstra por elas o mesmo respeito e consideração. E não há respeito e consideração quando se busca impingir determinado comportamento ao cidadão não por razões públicas, que ele possa aceitar através de um juízo racional, mas por motivações ligadas a alguma doutrina religiosa ou filosófica com a qual ele não comungue nem tenha de comungar. (**Grifei**.)

Em matéria confessional, portanto, o Estado brasileiro **há de se manter** em posição **de estrita** neutralidade axiológica, **em ordem a preservar**, em favor dos cidadãos, **a integridade** do seu direito fundamental à liberdade religiosa.

Não podemos ignorar que as liberdades públicas do pensamento **são** prerrogativas constitucionais essenciais, **cujo respeito efetivo**, por parte do Estado **e** de seus agentes, **qualifica-se** como pressuposto necessário **à própria** legitimação substancial do regime democrático. **A livre expressão e divulgação** de ideias **não deve** ser impedida pelo Estado, **especialmente se se considerar que o pluralismo de ideias**, **enquanto** fundamento **desta** República, **revela-se**

subjacente à própria concepção do Estado democrático de direito, **consoante prescreve** o art. 1º da Constituição do Brasil.

Na verdade, a nossa Lei Fundamental **proclama** – em norma **plenamente** compatível com a natureza democrática do regime político **que hoje caracteriza** o Estado brasileiro – **a liberdade** de manifestação do pensamento, **assegurando**, em consequência, **a livre expressão e transmissão de ideias**, **inclusive** aquelas de caráter religioso **ou** as de índole não confessional, **sem a possibilidade** de qualquer interferência **prévia** do aparelho estatal, **seja** para favorecer, **seja** para coarctar o exercício da liberdade religiosa.

O Estado não tem – nem pode ter – interesses confessionais. Ao Estado **é indiferente** o conteúdo **das ideias religiosas** que eventualmente venham a circular **e** a ser pregadas por **qualquer** grupo confessional, **mesmo porque não é lícito** ao Poder Público interditá-las **ou** censurá-las, **sem incorrer**, caso assim venha a agir, **em inaceitável** interferência em domínio **naturalmente** estranho às atividades estatais.

É por essa razão, Senhor Presidente, **que cabe destacar a relevantíssima** circunstância de que, **no contexto** de uma sociedade **fundada** em bases democráticas, **torna-se imperioso reconhecer** que temas de caráter teológico **ou** concepções de índole filosófica – **que busquem** atribuir densidade teórica a ideias propagadas pelos seguidores **de qualquer** fé religiosa – **estão**, necessariamente, **fora do alcance** do poder censório do Estado, **sob pena** de gravíssima **frustração e aniquilação** da liberdade constitucional de crença **e** de disseminação (**sempre legítima**) das mensagens inerentes às doutrinas confessionais em geral.

A separação constitucional entre Estado e Igreja, desse modo, **além de impedir** que o Poder Público **tenha preferência ou guarde hostilidade** em relação **a qualquer** denominação religiosa, **objetiva resguardar** duas (2) posições **que se revestem** de absoluta importância: (**1**) **assegurar**, de um lado, aos cidadãos, a liberdade religiosa **e** a prática de seu exercício, **e** (**2**) **obstar**, de outro, que grupos fundamentalistas **se apropriem** do aparelho de Estado, **para**, com apoio em convicções **ou** em razões de ordem confessional, **impor**, aos **demais** cidadãos, **a observância** de princípios teológicos e de diretrizes religiosas.

Daí porque esta Suprema Corte **não pode** resolver **qualquer** controvérsia, **como** a que ora se examina, **sob uma perspectiva** de índole confessional, **tal como acertadamente assinalou** o eminente Relator da causa.

O único critério a ser utilizado, portanto, **na solução** da controvérsia ora em exame **é aquele que se fundamenta** no texto da Constituição **e** das leis da República **e que se revela informado** por razões de ordem **eminentemente** social **e** de natureza pública, **estimuladas pela necessidade** de desenvolvimento das pesquisas científicas em nosso País, **em ordem a viabilizar** o domínio de técnicas **que permitam** o manejo **e** a utilização de terapias celulares, **com** células-tronco embrionárias, **destinadas** ao tratamento de doenças **ou** de alterações degenerativas.

Tenho para mim, considerados os aspectos que venho de referir, **que se mostra relevante rememorar**, neste ponto, **alguns fragmentos** que compõem

documento elaborado por Grupo de Trabalho **designado** pela Academia Brasileira de Ciências, **constituído** pelos Professores Doutores MAYANA ZATZ, do Instituto de Biociências da USP, MARCO ANTONIO ZAGO, da Faculdade de Medicina da USP, **e** ANTONIO CARLOS CAMPOS DE CARVALHO, do Instituto de Biofísica "*Carlos Chagas Filho*" da Universidade Federal do Rio de Janeiro:

> **O Procurador-Geral da República** interpôs perante o Supremo Tribunal Federal a ADI 3510 **impugnando** o artigo 5º e parágrafos da Lei n. 11.105 de 24 de março de 2005. **Sua tese central** é que a vida humana **acontece na**, **e a partir** da fecundação, **sustentando** que o referido preceito **desrespeita** a inviolabilidade do direito à vida e a dignidade da pessoa humana.
>
> **Para apoiar essa conclusão** o Procurador-Geral **toma por base** argumentos da biologia, da embriologia **e** da medicina, **fundamentando-se** em opiniões **que sustentam** que existe evidência científica **de que a**) **a vida individual** inicia-se com a fecundação, **b**) **a pesquisa com células-tronco adultas** é mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias, **c**) **a existência** na Alemanha de uma lei de proteção do embrião que proíbe a derivação de linhagens de células-tronco embrionárias (embora permita a pesquisa com células da mesma natureza que sejam importadas).
>
> **O Grupo de Trabalho** designado pela Academia Brasileira de Ciências **decidiu**, pois, **restringir** sua atenção a esses três tópicos retro citados, **abstendo-se** de analisar em profundidade **a grande potencialidade** dessas células **para pesquisa médica e biológica e para terapêutica** de doenças humanas.
>
> **Início da vida individual**
>
> **1**. **Não se trata** propriamente do momento do "início da vida individual", mas sim em que momento do ciclo vital a sociedade decide dar ao ente biológico o "status" de indivíduo (pleno ou potencial), que passa então a merecer do Estado a proteção de sua integridade. Essa não é uma questão científica biológica, mas sim filosófica e moral, definida arbitrariamente pela legislação de cada país em consonância com os costumes (cultura) da população. É de esperar, pois, que seja variável segundo o local e o tempo.
>
> **Por analogia**, **o mesmo ocorre com a morte**. A definição do momento da morte individual varia, segundo a evolução da medicina (O conceito de "morte cerebral", por exemplo, que permite retirar órgãos de um indivíduo cujo coração e pulmão estejam funcionando, é bastante recente na história da humanidade).
>
> (...)
>
> **3**. **É certo** que o início do desenvolvimento embrionário **ocorre** com a fecundação. **Neste ponto** forma-se um novo "genoma" pela fusão de metade do patrimônio genético materno e metade paterna. **No entanto**, essa célula ovo, e mesmo o blastocisto que daí deriva, está muito longe de ser algo semelhante a um ser humano. **Contrariamente** ao argumento do Dr. Demerval Brandão inserido na ADI 3510 "O processo vai-se desenvolvendo suavemente, sem saltos, sem nenhuma mudança qualitativa", **há enormes diferenças qualitativas** entre esse conjunto de células e o organismo adulto. **Em particular**, esse conjunto de células está muito longe de ter qualquer primórdio de atividade neural que caracteriza os animais evoluídos, e está muito distante ainda do momento em que terá qualquer início de atividade cerebral superior que caracteriza os animais mais evoluídos. **Trata-se de um conjunto de células que**, **do ponto de vista biológico**, **não se distingue de uma cultura ou uma colônia** de células de animais ou plantas. Sua característica

mais importante é a de poder, em condições apropriadas, dar origem a todos os diferentes tecidos que compõem o organismo adulto. **Mais especificamente**, se houver condições adequadas de implantação em útero, elas podem dar origem a um feto e eventualmente a um indivíduo adulto.

4. **Por isso**, a potencialidade de um embrião dar origem a um indivíduo está limitada irremediavelmente por uma condição "sine qua non": **a implantação** "**in útero**". **Pode-se afirmar**, pois, **que** "**o ovo fecundado** (**ou embrião** em fase inicial de desenvolvimento) **somente poderá ser considerado** um ser humano em potencial, **se tiver a possibilidade** de ser implantado em útero". **Um ovo ou embrião que não tem a possibilidade de ser implantado em útero não é um ser humano potencial** (...).

A necessidade de pesquisas com células-tronco embrionárias

Há necessidade de pesquisas com células-tronco embrionárias? Não basta utilizar células-tronco adultas?

1. **Dentre** os argumentos apresentados na ADIn 3510, **o Procurador-Geral da República usa declarações** do Professor Garcia-Olmo que induzem a uma falsa ideia de que as terapias com células-tronco adultas já teriam alcançado a comprovação científica de sua eficácia. **É necessário enfatizar** que a única forma de tratamento com células-tronco adultas de eficiência comprovada e amplamente utilizada em medicina é o transplante de células-tronco hematopoéticas, popularmente conhecida como "transplante de medula óssea". **Todas as demais terapias com células-tronco adultas são ainda experimentais**, o que significa dizer que se encontram em fase de pesquisa para atestar sua segurança, exequibilidade, ou eficácia. **As evidências científicas atualmente disponíveis** não permitem afirmar que o transplante de células-tronco adultas de medula óssea trará benefícios para pacientes portadores de outras doenças, além daquelas que hoje são tratadas regularmente com transplante de medula óssea.

2. **Do mesmo modo** é necessária extrema cautela na interpretação dos resultados obtidos pelo grupo da Professora Catherine Verfaillie, que teria identificado uma diminuta população de células-tronco da medula óssea adulta com propriedades semelhantes às das células-tronco embrionárias. A destacar inicialmente o contraditório de que para validar esta descoberta seria necessário estudar as células-tronco embrionárias humanas, objeto da contestação feita pela presente ADI (...).

(...)

3. **Obviamente**, os cientistas brasileiros, como outros de vários países, continuam pesquisas buscando isolar um tipo de célula-tronco pluripotencial (semelhante à célula-tronco embrionária) em adultos. A posição das sociedades científicas e dos órgãos de financiamento à pesquisa é de apoiar essas investigações, mas no momento não há evidências de que esse tipo celular exista em quantidade e com características que permita substituir as células-tronco embrionárias. Em vista do volume de trabalho já investido nesta área parece-nos que as perspectivas não são otimistas.

4. **As células-tronco embrionárias têm uma pluripotencialidade que é inconteste e aceita por todos os cientistas que trabalham na área**. Em contraste, há intenso debate na comunidade científica sobre o grau de plasticidade (ou seja, sua capacidade de diferenciar-se em outros tecidos) de células-tronco adultas de qualquer origem (medula óssea, cordão umbilical, tecido adiposo, entre outras). **Alguns poucos grupos** de pesquisa **relataram** a existência de células-tronco adultas pluripotentes, **enquanto outros** – **hoje majoritários** – **contestam** a existência destas células. **É neste cenário contraditório** que a questão da pesquisa com células-tronco embrionárias **precisa** ser considerada e devemos novamente destacar que

mesmo para comprovar a suposta pluripotencialidade das células-tronco adultas será necessário e indispensável pesquisar com as células-tronco embrionárias. (...). (**Grifei**.)

Em torno da matéria em exame, Senhor Presidente, **há um dado** da realidade sumamente importante, **que evidencia** que as células-tronco embrionárias **possuem** genes estáveis, **ordinariamente insuscetíveis** de sofrer alterações bioquímicas no curso do processo terapêutico, **e que**, por efeito de seu potencial ilimitado, **permitem** inúmeras aplicações, **notadamente** no tratamento de acidentes vasculares cerebrais, de diabetes, de doença de Alzheimer, do mal de Parkinson, do reparo de tecidos lesados, de traumas na medula espinhal, **dentre** outras gravíssimas patologias.

Note-se, portanto, que **este** Supremo Tribunal Federal **deve sustentar** o seu julgamento em razões **eminentemente não** religiosas, **considerada** a realidade de que o Estado brasileiro, **fundado** no pluralismo de ideias **e apoiado** em bases democráticas, **qualifica-se** como uma República **essencialmente** laica **e não** confessional, **para que não se repita**, uma vez mais, o gravíssimo erro histórico **em que incidiu**, em 1633, o Tribunal do Santo Ofício, **que constrangeu** Galileu Galilei ("*eppur si muove!*"), **sob pena** de condenação à morte na fogueira, **a repudiar** as suas afirmações (cientificamente corretas) **a propósito** do sistema heliocêntrico, **reputadas incompatíveis** com a Bíblia pelas autoridades **e** teólogos da Igreja de Roma.

A controvérsia constitucional ora em exame **também não guarda** qualquer vinculação com o problema do aborto, **pois**, como bem destacou a ilustre Professora MAYANA ZATZ, "***Pesquisar*** *células embrionárias obtidas de embriões congelados* ***não é*** *aborto.* ***É muito importante*** *que isso fique bem claro.* ***No aborto****, temos uma vida no útero* ***que só será interrompida*** *por intervenção humana,* ***enquanto que****, no embrião congelado,* ***não há vida*** *se não houver intervenção humana.* ***É preciso haver intervenção humana*** *para a formação do embrião,* ***porque aquele casal*** *não conseguiu ter um embrião por fertilização natural* ***e também*** *para inserir no útero. E esses embriões* ***nunca serão*** *inseridos no útero.* ***É muito importante*** *que se entenda a diferença*" (**grifei**).

Ainda que assim alguns **não** entendam, **penso**, Senhor Presidente, que este julgamento **impõe**, a meu juízo, dentre **outros** temas, **grave reflexão** sobre a bioética **do começo** da vida, **em face**, até mesmo, **da própria secularização** dos valores envolvidos neste processo.

É interessante observar, neste ponto, **que são diversas** as abordagens **em torno** da formulação de "*um conceito substantivo sobre a definição bioética do momento exato em que o ser humano se inaugura como ente*" (MIGUEL KOTTOW, "**Bioética del Comienzo de la vida. ¿Cuántas veces comienza la vida humana?**", "*in*" Simpósio Bioética n. 2, vol. 9, 2001).

Torna-se correto assinalar, em consequência, **que vários podem ser os inícios** da vida humana, **tal seja a opção** que se faça **por qualquer** das formulações teóricas **ou** teses **que buscam estabelecer** conceitos bioéticos **sobre o início** da vida individual.

A esse respeito, e consideradas **as diversas** propostas sobre o tema em exame, **há diferentes** teses científicas **que discutem**, cada qual com argumentos próprios, **o início** da vida, **destacando-se**, dentre essas **várias** abordagens, **como observa** LETÍCIA DA NÓBREGA CESARINO ("**Nas Fronteiras do 'humano': os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões**"), **as seguintes**:

Tese	Marco Inicial	Fundamentos Biológicos
Genética	**Fertilização** – encontro do óvulo com o espermatozoide.	**Com a fecundação**, há a formação de estrutura celular com código genético único.
Embriológica	**14º dia** – completa-se a nidação (fixação do embrião na parede do útero) e a formação da linha primitiva (estrutura que dará origem à coluna vertebral).	**O embrião configura-se como estrutura propriamente individual**: não pode se dividir em dois ou mais, nem se fundir com outro. Além disso, diferencia-se das estruturas celulares que formarão os anexos embrionários.
Neurológica	**8ª semana** – aparecimento das primeiras estruturas que darão origem ao sistema nervoso central (**SNC**). **20ª semana** – completa a formação do **SNC** "per se".	**Baseada no mesmo argumento da morte cerebral**: assim como a vida só termina com a parada dos sinais neurológicos, ela começa com o aparecimento das estruturas nervosas e/ou de seus sinais.
Ecológica	**Entre a 20ª e a 24ª** semanas – completa a formação dos pulmões, última estrutura vital a ficar pronta.	**Principal fundamentação** da decisão da Suprema Corte norte-americana autorizando o aborto, refere-se à capacidade potencial do feto de sobreviver autonomamente fora do útero.
Gradualista	**Não há**.	**Supõe a continuidade do processo biológico**, no qual a vida é concebida como um ciclo. Neste sentido, a formação de um indivíduo começa com a dos gametas de seus pais ainda no útero das avós.

As divergências a propósito da definição **do início** da vida **não se registram** apenas no campo científico, **mas se projetam**, por igual, **no domínio filosófico e no âmbito das religiões**, **como o evidencia** um estudo altamente informativo sobre a questão em análise ("**O primeiro instante**"), **realizado** por ELIZA MUTO **e** LEANDRO NARLOCH:

> **A história da vida**
>
> **Saber onde começa a vida é uma pergunta antiga**. **Tão velha** quanto a arte de perguntar – **a questão despertou o interesse**, por exemplo, **do grego Platão**,

um dos pais da filosofia. **Em seu livro República**, Platão defendeu a interrupção da gestação **em todas** as mulheres que engravidassem **após** os 40 anos. **Por trás** da afirmação estava a ideia de que casais deveriam gerar filhos para o Estado durante um determinado período. Mas quando a mulher chegasse a idade avançada, essa função cessava e a indicação era clara: o aborto. **Para Platão**, não havia problema ético algum nesse ato. Ele acreditava que a alma entrava no corpo apenas no momento do nascimento.

As ideias do filósofo grego repercutiram durante séculos. Estavam por trás de alguns conceitos que nortearam a ciência na Roma antiga, onde a interrupção da gravidez era considerada legal e moralmente aceitável. **Sêneca**, um dos filósofos mais importantes da época, **contou** que era comum mulheres induzirem o aborto **com o objetivo** de preservar a beleza do corpo. Além disso, quando um habitante de Roma se opunha ao aborto era para obedecer à vontade do pai, que não queria ser privado de um filho a quem ele tinha direito.

A tolerância ao aborto não queria dizer que as sociedades clássicas estavam livres de polêmicas semelhantes às que enfrentamos hoje. **Contemporâneo e pupilo** de Platão, **Aristóteles afirmava** que o feto tinha, sim, vida. **E estabelecia** até a data do início: **o primeiro movimento** no útero materno. **No feto do sexo masculino**, essa manifestação **aconteceria no 40º dia** de gestação. **No feminino**, **apenas no 90º dia** – Aristóteles acreditava que as mulheres eram física e intelectualmente inferiores aos homens e, por isso, se desenvolviam mais lentamente. Como naquela época não era possível determinar o sexo do feto, **o pensamento aristotélico defendia** que o aborto **deveria ser permitido** apenas até o 40º dia da gestação.

A teoria do grego Aristóteles sobreviveu cristianismo adentro. **Foi encampada** por teólogos fundamentais do catolicismo, **como** São Tomás de Aquino **e** Santo Agostinho, **e acabou alçada a tese oficial** da Igreja para o surgimento da vida. **E assim foi por um bom tempo – até o ano** de 1588, **quando o papa Sixto 5º** condenou a interrupção da gravidez, **sob pena** de excomunhão. **Nascia aí a condenação do Vaticano ao aborto** (...). **O sucessor de Sixto**, Gregório 9º, **voltou atrás** na lei **e determinou** que o embrião **não** formado **não poderia** ser considerado ser humano e, portanto, abortar era diferente de cometer um homicídio. **Essa visão perdurou até 1869**, no papado de Pio 9º, quando a Igreja novamente mudou de posição. **Foi a solução encontrada para responder à pergunta que até hoje perturba**: **quando começa a vida**? Como cientistas e teólogos não conseguiam concordar sobre o momento exato, Pio 9º decidiu que o correto seria não correr riscos e proteger o ser humano a partir da hipótese mais precoce, ou seja, a da concepção na união do óvulo com o espermatozoide.

A opinião atual do Vaticano sobre o aborto, no entanto, só seria consolidada com a decisão dos teólogos de que o primeiro instante de vida ocorre no momento da concepção, e que, portanto, o zigoto deveria ser considerado um ser humano independente de seus pais. "A vida, desde o momento de sua concepção no útero materno, possui essencialmente o mesmo valor e merece respeito como em qualquer estágio da existência. É inadmissível a sua interrupção", **afirma** dom Rafael Llano Cifuentes, presidente da Comissão Episcopal Pastoral para a Vida e a Família da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).

O catolicismo é das únicas grandes religiões do planeta a afirmar que a vida começa no momento da fecundação e a equiparar qualquer aborto ao homicídio. **O judaísmo e o budismo**, por exemplo, **admitem a interrupção da gravidez** em casos **como** o de risco de vida para a mãe (...). **Isso mostra que a ideia de vida e a importância** que damos a ela **variam de acordo com culturas e épocas**. Até

séculos atrás, eram apenas as crenças religiosas e hábitos culturais que davam as respostas a esse debate cheio de possibilidades. **Hoje**, **a ciência tem muito mais a dizer sobre o início da vida**.

A ciência explica

O astrônomo **Galileu Galilei** (1554-1642) passou a vida fugindo da Igreja por causa de seus estudos de astronomia. Ironicamente, sem uma de suas invenções – o telescópio, fundamental para a criação do microscópio –, a Igreja não teria como fundamentar a tese de que a vida começa já na união do óvulo com o espermatozoide. Foi somente no século 17, após a invenção do aparelho, que os cientistas começaram a entender melhor o segredo da vida. Até então, ninguém sabia que o sêmen carregava espermatozoides. Mais tarde, por volta de 1870, os pesquisadores comprovaram que aqueles espermatozoides corriam até o óvulo, o fecundavam e, 9 meses depois, você sabe. Foi uma descoberta revolucionária. Fez os cientistas e religiosos da época deduzir que a vida começa com a criação de um indivíduo geneticamente único, ou seja, no momento da fertilização. É quando os genes originários de duas fontes se combinam para formar um indivíduo único com um conjunto diferente de genes.

(...) **Hoje sabemos que não existe um momento único em que acontece a fecundação**. O encontro do óvulo com o espermatozoide não é instantâneo. **Em um primeiro momento**, o espermatozoide penetra no óvulo, **deixando** sua cauda para fora. **Horas depois**, o espermatozoide já está dentro do óvulo, **mas os dois** ainda são coisas distintas. "**Atualmente**, os pesquisadores preferem enxergar a fertilização como um processo que ocorre em um período de 12 a 24 horas", **afirma** o biólogo americano Scott Gilbert, no livro Biologia do Desenvolvimento. **Além disso**, são necessárias outras 24 horas para que os cromossomos contidos no espermatozoide se encontrem com os cromossomos do óvulo.

(...) **A teoria da fecundação** como início de vida **sofre um abalo** quando se leva em consideração **que o embrião** pode dar origem a dois ou mais embriões **até** 14 ou 15 dias **após** a fertilização. Como uma pessoa pode surgir na fecundação se depois ela se transforma em 2 ou 3 indivíduos? E tem mais complicação. É bem provável que o embrião nunca passe de um **amontoado de células**. Depois de fecundado numa das trompas, ele precisa percorrer um longo caminho até se fixar na parede do útero. Estima-se que **mais de 50% dos óvulos** fertilizados não tenham sucesso nessa missão e sejam abortados espontaneamente, expelidos com a menstruação.

Além dessa visão conhecida como "**genética**", há pelo menos outras **4 grandes correntes** científicas que apontam uma linha divisória **para o início da vida**. Uma delas estabelece que a vida humana se origina na **gastrulação** – estágio que ocorre no início da 3ª semana de gravidez, depois que o embrião, formado por 3 camadas distintas de células, chega ao útero da mãe. **Nesse ponto**, o embrião, que é menor que uma cabeça de alfinete, é um indivíduo único que não pode mais dar origem a duas ou mais pessoas. Ou seja, a partir desse momento, ele seria um ser humano.

Com base nessa visão, muitos médicos e ativistas defendem o uso da pílula do dia seguinte, medicação que dificulta o encontro do espermatozoide com o óvulo ou, caso a fecundação tenha ocorrido, provoca descamações no útero que impedem a fixação do zigoto. Para os que brigam pelo o direito **do embrião à vida**, **a pílula do dia seguinte** equivale a uma arma carregada.

Para complicar ainda mais, **há uma terceira corrente científica defendendo que**, **para saber o que é vida**, **basta entender o que é morte**. **E países como o Brasil e os EUA definem a morte como a ausência de ondas cerebrais**. **A vida começaria**, portanto, **com o aparecimento dos primeiros sinais de atividade cerebral**. **E quando eles surgem**? Bem, isso é outra polêmica. **Existem**

duas hipóteses para a resposta. **A primeira** diz que **já na 8ª semana** de gravidez **o embrião** – do tamanho de uma jabuticaba – **possui** versões primitivas de todos os sistemas de órgãos básicos do corpo humano, incluindo o sistema nervoso. **Na 5ª semana**, os primeiros neurônios começam a aparecer; **na 6ª semana**, as primeiras sinapses podem ser reconhecidas; **e com 7,5 semanas** o embrião apresenta os primeiros reflexos em resposta a estímulos. **Assim**, **na 8ª semana**, o feto – que já tem as feições faciais mais ou menos definidas, com mãos, pés e dedinhos – tem um circuito básico de 3 neurônios, a base de um sistema nervoso necessário para o pensamento racional.

A segunda hipótese aponta **para a 20ª semana**, quando a mulher consegue sentir os primeiros movimentos do feto, capaz de se sentar de pernas cruzadas, chutar, dar cotoveladas e até fazer caretas. É nessa fase que o tálamo, a central de distribuição de sinais sensoriais dentro do cérebro, está pronto. Se a menor dessas previsões, a de 8 semanas, for a correta, mais da metade dos abortos feitos nos EUA não interrompem vidas. Segundo o instituto americano Allan Guttmacher, ong especializada em estudos sobre o aborto, 59% dos abortos legais acontecem antes da 9ª semana.

Apesar da discordância em relação ao momento exato do início da vida humana, os defensores **da visão neurológica** querem dizer a mesma coisa: somente **quando as primeiras conexões neurais são estabelecidas no córtex cerebral** do feto ele se torna um ser humano. **Depois**, a formação **dessas vias** neurais resultará na aquisição da "humanidade". E essa opinião também é partilhada por alguns teólogos cristãos, como Joseph Fletcher, um dos pioneiros no campo da bioética nos EUA. "**Fletcher acreditava** que, **para se falar** em ser humano, **é preciso se falar** em critérios de humanidade, **como** autoconsciência, comunicação, expressão da subjetividade **e** racionalidade", **diz o filósofo e teólogo** João Batistiolle, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

(...)

1. **Visão genética**

A vida humana começa na fertilização, quando espermatozoide e óvulo se encontram e combinam seus genes para formar um indivíduo com um conjunto genético único. Assim é criado um novo indivíduo, um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro. É também a opinião oficial da Igreja Católica.

2. **Visão embriológica**

A vida começa na 3ª semana de gravidez, quando é estabelecida a individualidade humana. Isso porque até 12 dias após a fecundação o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas. É essa ideia que justifica o uso da pílula do dia seguinte e contraceptivos administrados nas duas primeiras semanas de gravidez.

3. **Visão neurológica**

O mesmo princípio da morte vale para a vida. Ou seja, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica no cérebro, ela começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual à de uma pessoa. O problema é que essa data não é consensual. Alguns cientistas dizem haver esses sinais cerebrais já na 8ª semana. Outros, na 20ª.

4. **Visão ecológica**

A capacidade de sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser independente e determina o início da vida. Médicos consideram que um bebê prematuro só se mantém vivo se tiver pulmões prontos, o que acontece entre a 20ª e a 24ª semana de gravidez. Foi o critério adotado pela Suprema Corte dos EUA na decisão que autorizou o direito do aborto.

5. **Visão metabólica**

Afirma que a discussão sobre o começo da vida humana é irrelevante, uma vez que não existe um momento único no qual a vida tem início. Para essa corrente, espermatozoides e óvulos são tão vivos quanto qualquer pessoa. Além disso, o desenvolvimento de uma criança é um processo contínuo e não deve ter um marco inaugural.

1. **Catolicismo**

A vida começa na concepção, quando o óvulo é fertilizado formando um ser humano pleno e não é um ser humano em potencial. Por mais de uma vez, o papa Bento 16 reafirmou a posição da Igreja contra o aborto e a manipulação de embriões. Segundo o papa, o ato de "negar o dom da vida, de suprimir ou manipular a vida que nasce é contrário ao amor humano".

2. **Judaísmo**

"A vida começa apenas no 40º dia, quando acreditamos que o feto começa a adquirir forma humana", diz o rabino Shamai, de São Paulo. "Antes disso, a interrupção da gravidez não é considerada homicídio". Dessa forma, o judaísmo permite a pesquisa com células-tronco e o aborto quando a gravidez envolve risco de vida para a mãe ou resulta de estupro.

3. **Islamismo**

O início da vida acontece quando a alma é soprada por Alá no feto, **cerca de 120** dias após a fecundação. Mas há estudiosos que acreditam que a vida tem início na concepção. Os muçulmanos condenam o aborto, mas muitos aceitam a prática principalmente quando há risco para a vida da mãe. E tendem a apoiar o estudo com células-tronco embrionárias.

4. **Budismo**

A vida é um processo contínuo e ininterrupto. Não começa na união de óvulo e espermatozoide, mas está presente em tudo o que existe – nossos pais e avós, as plantas, os animais e até a água. No budismo, os seres humanos são apenas uma forma de vida que depende de várias outras. Entre as correntes budistas, não há consenso sobre aborto e pesquisas com embriões.

5. **Hinduísmo**

Alma e matéria se encontram na fecundação e é aí que começa a vida. E como o embrião possui uma alma, deve ser tratado como humano. Na questão do aborto, hindus escolhem a ação menos prejudicial a todos os envolvidos: a mãe, o pai, o feto e a sociedade. Assim, em geral se opõem à interrupção da gravidez, menos em casos que colocam em risco a vida da mãe.

(**Grifei**.)

Veja-se, portanto, **de todo o quadro** ora exposto, **que são diversas** as teorias científicas **que buscam estabelecer** a definição bioética **do início** da vida, **o que permite**, ao intérprete – **necessariamente desvinculado** de razões de natureza confessional **ou** religiosa –, **optar** por aquela concepção **que mais se ajuste** ao interesse público, **que atenda** as exigências sociais de desenvolvimento da pesquisa científica **e que promova** o bem-estar da coletividade, **objetivando-se**, com tal orientação, **conferir sentido real** ao princípio da dignidade da pessoa humana **e atribuir densidade concreta** às proclamações constitucionais **que reconhecem**, como prerrogativas **básicas** de qualquer pessoa, **o direito à vida e o direito à saúde**.

Como largamente reconhecido no curso **deste** julgamento, a Constituição da República **proclama a inviolabilidade** do direito à vida (art. 5º, "*caput*"),

embora o texto constitucional **não veicule** qualquer conceito normativo de vida humana, **e muito menos defina** o termo inicial **e** o termo final da existência da pessoa humana, **o que abre espaço** ao legislador para dispor, **validamente**, sobre essa relevantíssima questão.

A vida e a morte, na realidade, **qualificam-se** como conceitos indeterminados. **Daí por que** a legislação ordinária brasileira, já em 1997, **definiu** o conceito de morte, **afastando-se** da antiga noção segundo a qual "***vita in motu est***"!

Como se sabe, a Lei 9.434/1997, **que dispõe** sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano **para fins** de transplante, **estabelece**, em seu art. 3º, "*caput*", **como marco final** da vida, **o momento** em que se dá a morte encefálica, **ao prever** que a retirada "*post mortem*" de tecidos, órgãos e partes do corpo humano **destinados** ao transplante "*(...)* ***deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica*** *(...)*" (**grifei**).

A atividade cerebral, referência legal para a constatação **da existência** da vida humana, **pode**, também, "*a contrario sensu*", **servir** de marco definidor do início da vida, **revelando-se** critério objetivo **para afastar a alegação** de que a utilização de células-tronco embrionárias, **para fins** de pesquisa e terapia, **obtidas** de embriões produzidos por fertilização "*in vitro*", **transgrediria** o postulado que assegura a inviolabilidade do direito à vida.

As células-tronco embrionárias são passíveis de utilização em pesquisas realizadas **até um dado limite temporal em que ainda não se tenha iniciado** o processo de formação do sistema nervoso central.

Nessa perspectiva, o art. 5º da Lei de Biossegurança **não ofende** o ordenamento constitucional, **eis que** a extração das células-tronco embrionárias ocorre **antes do início** da formação do sistema nervoso.

Inexiste, até esse momento, a figura da pessoa **ou** de um ser humano potencial, **como advertem** os cientistas que compuseram o Grupo de Trabalho **constituído** pela Academia Brasileira de Ciências **para examinar** a matéria em análise, **enfatizando** que "*a potencialidade de um embrião dar origem a um indivíduo está limitada, irremediavelmente, por uma condição '****sine qua non****': a implantação 'in utero'. Pode-se afirmar,* ***pois****, que 'o ovo fecundado (****ou*** *embrião em fase inicial de desenvolvimento)* ***somente*** *poderá ser considerado um ser humano em potencial, se tiver a possibilidade de ser implantado em útero.* ***Um ovo ou embrião que não tem a possibilidade*** *de ser implantado em útero* ***não é um ser humano potencial***'" (**grifei**).

É por isso, Senhor Presidente, **que não vislumbro** paridade ontológica, no plano normativo, **entre** o embrião (que se ache nas condições fixadas pelo art. 5º da Lei de Biossegurança) **e** a pessoa nascida, **ressaltando**, como o faz PIERANGELO CATALANO, da Universidade de Roma, que "*A pandectística e a civilística europeias eliminaram conceitualmente a concretitude da relação 'naturalística' entre 'qui in utero est'* ***e*** *'homo'*" (v. **Revista de Direito Civil**, vol. 45/9).

É importante destacar, neste ponto, **trecho** do douto voto **proferido** pela eminente Ministra ELLEN GRACIE, **no qual Sua Excelência**, com muita propriedade, **enfocou a matéria em exame**:

A professora Letícia Cesarino, acima referida, **corroborando pensamento** de Michael Mulkay, **conclui** que a agregação deste conjunto de "fatos" na nova categoria "pré-embrião" permitiu, assim, remover o objeto da experimentação científica do escopo do discurso moral para inseri-lo num universo técnico.

4. **No Brasil** (após inclusão em projeto que objetivava a urgente regulamentação do processo de liberação dos organismos geneticamente modificados), surge o art. 5º da Lei 11.105/2005, que autoriza o manejo das células-tronco embrionárias de uma maneira restrita, com a precaução sempre recomendada nos primeiros passos dados nos terrenos ainda pouco conhecidos e explorados.

A primeira restrição imposta diz respeito à indicação do uso das células embrionárias exclusivamente nas atividades de pesquisa e de terapia.

Outra limitação relevante é a definição de qual universo de embriões humanos poderão ser utilizados: somente aqueles que, produzidos por fertilização *in vitro* – técnica de reprodução humana assistida – não são aproveitados no respectivo tratamento. Fica clara, portanto, a opção legislativa em dar uma destinação mais nobre aos embriões excedentes fadados ao perecimento. Por outro lado, fica afastada do ordenamento brasileiro qualquer possibilidade de fertilização de óvulos humanos com o objetivo imediato de produção de material biológico para o desenvolvimento de pesquisas, sejam elas quais forem.

Além de excedentes no procedimento de fertilização *in vitro*, os embriões de uso permitido ainda deverão estar dentre aqueles considerados inviáveis para o desenvolvimento seguro de uma nova pessoa ou congelados há mais de três anos. Presente, assim, a fixação de um lapso temporal razoável, que leva em conta tanto a possibilidade dos genitores optarem por uma nova e futura implantação do embrião congelado quanto a improbabilidade de sua utilização, para esse mesmo fim, após decorrido um triênio de congelamento.

As restrições não param por aí. **É preciso**, ainda, para que os embriões possam ser regularmente destinados à pesquisa, o expresso consentimento dos genitores e que os projetos das instituições e serviços de saúde, candidatos ao recebimento das células-tronco embrionárias, sejam anteriormente apreciados e aprovados pelos respectivos comitês de ética em pesquisa.

Saliente-se que a Lei de Biossegurança, reconhecendo a dignidade do material nela tratado e o elevado grau de reprovação social na sua incorreta manipulação, categorizou como crime a comercialização do embrião humano, com base na lei de doação de órgãos (art. 5º, § 3º), bem como a sua utilização fora dos moldes previstos no referido artigo 5º. Tipificou, ainda, como delito penal, a prática da engenharia genética em célula geminal, zigoto ou embrião humano e a clonagem humana (arts. 6º, 25 e 26).

5. **Assim**, **por verificar** um significativo grau de razoabilidade e cautela no tratamento normativo dado à matéria aqui exaustivamente debatida, não vejo qualquer ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas de células-tronco, que não teriam outro destino que não o descarte.

Aliás, **mesmo que não adotada** a concepção acima comentada, que demonstra a distinção entre a condição do pré-embrião (massa indiferenciada de células da qual um ser humano pode ou não emergir), e do embrião propriamente dito (unidade biológica detentora de vida humana individualizada), **destaco** a plena aplicabilidade, no presente caso, do princípio utilitarista, segundo o qual deve ser buscado o resultado de maior alcance com o mínimo de sacrifício possível. O aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no

procedimento de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos.

A improbabilidade da utilização desses pré-embriões (absoluta no caso dos inviáveis e altamente previsível na hipótese dos congelados há mais de três anos) na geração de novos seres humanos também afasta a alegação de violação ao direito à vida. (**Grifei**.)

Nem se diga que o texto normativo inscrito no art. 5º da Lei de Biossegurança (**que permite**, para fins de pesquisa e terapia, **a utilização** de células-tronco embrionárias **obtidas** de embriões **produzidos** por fertilização *in vitro*) **e a interpretação** que o eminente Relator da causa deu a essa regra legal **representariam ofensa** ao dever de proteção **que incumbe** ao Estado **em matéria** de defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Não se põe em debate, **presente** referido contexto, **a questão** concernente à proteção insuficiente (**uma** das dimensões em que se projeta o postulado da proporcionalidade), **pois** a existência de tensão dialética **resultante** do antagonismo entre valores constitucionais **impregnados** de igual eficácia e autoridade **torna viável** a utilização da técnica da ponderação concreta de direitos revestidos **da mesma** estatura.

Como se sabe, **a superação dos antagonismos** existentes **entre** princípios constitucionais – **como aqueles** concernentes **à inviolabilidade** do direito à vida, **à plenitude** da liberdade de pesquisa científica (cujo desenvolvimento propicie a cura **e** a recuperação de pessoas afetadas por patologias graves e irreversíveis) **e ao respeito** à dignidade da pessoa humana – **há de resultar da utilização**, pelo Poder Judiciário, **de critérios** que lhe permitam **ponderar e avaliar**, *hic et nunc*, **em função** de determinado contexto **e sob uma perspectiva axiológica** concreta, **qual deva ser** o direito a preponderar no caso, **considerada** a situação de conflito ocorrente, **desde que**, no entanto, **a utilização do método da ponderação** de bens **e** interesses **não importe em esvaziamento** do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, **tal como adverte o magistério da doutrina** (DANIEL SARMENTO, "**A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**" p. 193/203, "***Conclusão***", itens ns. 1 **e** 2, 2000, Lumen Juris; LUÍS ROBERTO BARROSO, "**Temas de Direito Constitucional**", tomo I/363-366, 2001, Renovar; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "**Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**", p. 220/224, item n. 2, 1987, Almedina; FÁBIO HENRIQUE PODESTÁ, "**Direito à Intimidade. Liberdade de Imprensa. Danos por Publicação de Notícias**", "*in*" "**Constituição Federal de 1988 – Dez Anos (1988-1998)**", p. 230/231, item n. 5, 1999, Editora Juarez de Oliveira; J. J. GOMES CANOTILHO, "**Direito Constitucional**", p. 661, item n. 3, 5. ed., 1991, Almedina; EDILSOM PEREIRA DE FARIAS, "**Colisão de Direitos**", p. 94/101, item n. 8.3, 1996, Fabris Editor; WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, "**Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**", p. 139/172, 2001, Livraria do Advogado Editora; SUZANA DE TOLEDO BARROS, "**O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**", p. 216, "***Conclusão***", 2. ed., 2000, Brasília Jurídica).

Tenho para mim, desse modo, Senhor Presidente, **e estabelecidas** tais premissas, que a questão **pertinente** ao direito à vida **admite a possibilidade** de, ele próprio, constituir objeto de ponderação por parte do Estado, **considerada** a relevantíssima circunstância (**ocorrente** na espécie) **de que se põem** em relação de conflito, com esse mesmo direito, **interesses existenciais** titularizados **por milhões** de pessoas **afetadas** por patologias graves e irreversíveis, **cuja superação pode ser conseguida com a liberação** – que se impõe **como uma exigência** de ordem ética **e** de caráter jurídico – **das pesquisas científicas** com células-tronco embrionárias.

Há um ponto que merece registro especial. **Refiro-me** ao fato de que, **ao longo** do processo constituinte **de que resultou** a vigente Constituição Federal, **foram oferecidas** diversas Emendas **objetivando** estabelecer a inviolabilidade do direito à vida **desde** a concepção. **Tais Emendas**, no entanto, **não lograram** aprovação, **como se vê**, não apenas dos Anais da Assembleia Nacional Constituinte, **como**, notadamente, **do próprio texto** inscrito no "*caput*" do art. 5º de nossa Lei Fundamental.

É certo que a Convenção Americana de Direitos Humanos, **ao estabelecer** a inviolabilidade do direito à vida, **proclama**, em seu Art. 4º, § 1º, que "*toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida.* ***Esse direito*** *deve ser protegido pela lei e,* ***em geral, desde o momento da concepção*** (...)" (**grifei**).

A Declaração Americana de Direitos e Deveres da Pessoa Humana, no entanto, **promulgada** na IX Conferência Internacional dos Estados Americanos, em Bogotá, em 1948, refere-se, **genericamente**, em seu Artigo I, ao "*direito à vida*", **sem qualquer menção** ao instante da concepção.

Também o Pacto Internacional das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos (1966), **em seu Artigo 6º, § 1º**, reconhece, de maneira geral, **igualmente sem** qualquer referência ao momento da concepção, **a inviolabilidade** do direito à vida.

Vê-se, desse modo, que esses dois últimos documentos internacionais, **que precederam** a promulgação do Pacto de São José da Costa Rica, **não incorporaram** a noção de que o direito à vida existe **desde** o momento da concepção.

Foi por essa razão que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, **ao examinar** o caso "*Baby Boy*" (**Resolução** n. 23/1981), **advertiu** que a inserção, no Art. 4º, § 1º, do Pacto de São José da Costa Rica, da cláusula "***em geral***" **tem implicações substancialmente diversas** daquelas que resultariam **se** constasse, desse **mesmo** Artigo, **a expressão** (nele inexistente) "*desde o momento da concepção*", **a significar**, portanto, **como se reconheceu** em referido processo (**Resolução** n. 23/1981 – **Caso** 2141), que a Convenção Americana de Direitos Humanos **não acolheu nem estabeleceu** um conceito absoluto do direito à vida **desde** o momento da concepção.

É importante conferir, nesse específico ponto, **o que resolveu** a Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

> ***30. A la luz de los antecedentes expuestos, queda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición*** *del derecho a la vida*

formulada *por la Convención Americana* ***es incorrecta***. ***La adición de la frase*** *"en general,* ***desde*** *el momento de la concepción"* ***no significa*** *que quienes formularon la Convención* ***tuviesen la intención*** *de modificar el concepto de derecho a la vida* ***que prevaleció*** *en Bogotá,* ***cuando aprobaron*** *la Declaración Americana.* ***Las implicaciones jurídicas*** *de la cláusula "en general,* ***desde*** *el momento de la concepción"* ***son substancialmente diferentes*** *de las de la cláusula más corta "****desde*** *el momento de la concepción",* ***que aparace*** *repetida muchas veces en el documento de los peticionarios.*
(**Grifei**.)

Disso resulta a clara possibilidade, **como registra** o Código Penal brasileiro, **ao permitir** a prática do aborto **em duas** situações excepcionais (**gravidez** resultante de abuso sexual **e gestação** que põe em risco a vida da mulher), de o legislador ordinário, **mesmo** em face da Convenção Americana de Direitos Humanos, **dispor**, validamente, **sobre a utilização** de embriões excedentários **para fins** de pesquisa e terapia, **tal como o fez** no ora questionado art. 5º da Lei de Biossegurança.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E**, ao fazê-lo, **registro o caráter histórico** deste memorável julgamento, **seguramente** o mais importante de todos os que o Supremo Tribunal Federal já realizou. **Também desejo destacar a excelência e a solidez de todos** os votos aqui proferidos, **dentre eles** o do eminente Relator **e** o do eminente Ministro MENEZES DIREITO, **que instaurou**, com brilhante fundamentação, **a divergência** no exame da presente causa.

Peço vênia, no entanto, **para acompanhar**, integralmente, o douto voto **que proferiu** o Ministro CARLOS BRITTO, **Relator** deste processo, **cuja decisão** – como salientei na assentada anterior deste julgamento – **será certamente lembrada não apenas** pelas presentes, **mas**, também, pelas futuras gerações.

Esse notável voto representa, na verdade, **a aurora** de um novo tempo **impregnado** de esperança para aqueles **abatidos** pela angústia da incerteza. **Significa** a celebração solidária da vida **e** da liberdade. **Restaura**, em todos nós, **a convicção** de que milhões de pessoas **não mais sucumbirão** à desesperança **e** à amarga frustração de não poderem superar os obstáculos gerados por patologias gravíssimas, **que são**, até o presente momento, **irreversíveis e incuráveis**.

Em uma palavra, Senhor Presidente, **o luminoso** voto proferido pelo eminente Ministro CARLOS BRITTO **permitirá**, a esses milhões de brasileiros **que hoje sofrem e que se acham** postos à margem da vida, **o exercício concreto** de certos direitos básicos **e** inalienáveis, **dentre os quais avultam**, por sua **inquestionável** transcendência, *o direito à busca da felicidade* **e** *o direito de viver com dignidade*, **que constituem** prerrogativas essenciais **de que ninguém**, **absolutamente ninguém**, **pode ser privado**.

Com estas considerações, **peço vênia para julgar improcedente**, *sem qualquer restrição*, a presente ação direta **e confirmar** a plena validade constitucional **do art**. **5º** da Lei de Biossegurança.

É o meu voto.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Se Vossa Excelência me permite, exatamente porque há vários inícios da vida – não é possível uma pacificação no campo filosófico, científico, religioso –, disse no meu voto que como o marco ou a referência que nos interessa é a Constituição, sobre o início da vida a Constituição é de um silêncio de morte. Ou seja, ela nada dispõe sobre o início da vida.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): De qualquer forma, o debate no Direito Comparado tem permitido – eu ouvi ontem essa observação do Ministro Carlos Britto e fiquei calado, mas já não resisto. É verdade que, se nós acompanharmos o debate no Direito Comparado sobre o aborto... Ontem os Ministros Menezes Direito e Cezar Peluso fizeram considerações inclusive sobre a necessidade de um dever de proteção que levasse a uma regulação penal sobre esses temas. E esse debate surgiu, por exemplo, na Alemanha, na decisão exatamente do primeiro caso do aborto.

O fato é que os textos constitucionais, e, em geral, no mundo todo – se nós compararmos –, não tratam claramente da questão. São raros os textos que eventualmente falam no momento inicial da vida. Talvez a Constituição da Irlanda, uma ou outra referência. Em geral, fala-se no direito à vida. Mas, aqui, é uma questão extremamente sensível e que demanda cuidados em razão da consideração sobre a dignidade humana. Por isso é que, talvez, Ministro Carlos Britto, nós não devêssemos formalizar muito esse debate, nem atrair para este caso que estamos a decidir, outro tipo de decisão. Por exemplo, nós não estamos nos pronunciando sobre o aborto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É uma questão, como ressaltei em voto – ainda espero enfrentá-la, neste Plenário –, aberta.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim, porque se começarmos a dizer, *a priori* – e Vossa Excelência fez inclusive referência à nacionalidade como um critério –, quer dizer, são marcos tradicionais. Agora, isso tem um significado que, por exemplo, tem levado a legislação a, eventualmente, criminalizar tal fato, com determinados critérios, nos vários países, tendo em vista o valor da vida humana.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Agora, com este julgamento, o campo estará aplainado para a matéria vir novamente a Plenário.

DEBATE

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): O Brasil também, nessa conferência diplomática, se opôs à redação originária para que ficasse – como efetivamente ficou – a ressalva do "em geral". Ou seja, em regra, exatamente para remeter essa matéria à legislação de cada Estado soberano.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): É da conferência diplomática que aprovou a Convenção Americana?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Vossa Excelência me permite um aparte?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Acho que nós não temos nenhuma discordância sob esse aspecto, porque eu expressamente, em meu voto, consignei que essa expressão "em geral" permite que se excepcione a proteção que se deve, em princípio, dar de forma absoluta à vida desde o momento da concepção. Por isso assentei que o Código Penal brasileiro, no art. 128, I, permita o aborto necessário, afastando a antijuridicidade.

Depois, outro aspecto que gostaria de salientar é exatamente isto: o Pacto de São José da Costa Rica, embora aprovado em 1969, ingressou no ordenamento jurídico pátrio em 2002; portanto, tornou-se lei interna.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: De qualquer maneira, a data é muito próxima, mas isso mostra que, em data recentíssima, posterior inclusive a essas convenções internacionais, o Congresso Nacional internalizou, transformou em lei esse dispositivo, com essa exceção que fiz questão de salientar.

Mas, em meu voto, disse exatamente o seguinte: é possível que se excepcione esse valor absoluto quando outros valores estejam em jogo; e, no caso, fiz uma ponderação de valores.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Nesse ponto, estou absolutamente concorde com Vossa Excelência.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, cabe a mim, na qualidade de Presidente desta Corte, a difícil tarefa de votar por último, num julgamento que ficou marcado, desde seu início, pelas profundas reflexões de todos que intervieram no debate. Os pronunciamentos dos senhores advogados, do Ministério Público, dos *amici curiae* e dos diversos cientistas e expertos, assim como os votos magistrais de Vossas Excelências, fizeram desta Corte um foro de argumentação e de reflexão com eco na coletividade e nas instituições democráticas.

Assim, o que posso dizer é que este Tribunal encerra mais um julgamento que certamente representará um marco em nossa jurisprudência constitucional.

Chamado a se pronunciar sobre um tema tão delicado, o da constitucionalidade das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, um assunto que é ético, jurídico e moralmente conflituoso em qualquer sociedade construída culturalmente com lastro nos valores fundamentais da vida e da dignidade humana, o Supremo Tribunal Federal profere uma decisão que demonstra seu austero compromisso com a defesa dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

O julgamento desta ADI 3.510, dedicadamente conduzido pelo Ministro Carlos Britto, constitui uma eloquente demonstração de que a Jurisdição Constitucional não pode tergiversar diante de assuntos polêmicos envolvidos pelo debate entre religião e ciência.

É em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou o caráter contramajoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da Jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos.

Delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental à vida e à dignidade humana e decidir questões relacionadas ao aborto, à eutanásia e à utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia são, de fato, tarefas que transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta para todos.

Apesar dessa constatação, dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático. Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais. Cito, a título exemplificativo, a famosa decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Roe vs. Wade*, assim como as decisões do Tribunal Constitucional alemão nos casos sobre o aborto (*BVerfGE 39, 1, 1975; BverfGE 88, 203, 1993*).

Muito se comentou a respeito do equívoco de um modelo que permite que juízes, influenciados por suas próprias convicções morais e religiosas, deem a última palavra a respeito de grandes questões filosóficas, como a de quando começa a vida.

Lembro, em contra-argumento, as palavras de Ronald Dworkin que, na realidade norte-americana, ressaltou o fato de que "os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias"[1].

Em nossa realidade, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo questões importantes, como a recente afirmação do valor da fidelidade partidária (MS 26.602, 26.603 e 26.604), sem que se possa cogitar de que tais questões teriam sido melhor decididas por instituições majoritárias, e que assim teriam maior legitimidade democrática.

Certamente, a alternativa da atitude passiva de *self restraint* – ou, em certos casos, de *greater restraint*, utilizando a expressão de García de Enterría[2] – teriam sido mais prejudiciais ou menos benéficas para a nossa democracia.

---

[1] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes: 1999, p. 426.

[2] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales*. In: *Revista de Direito Público* n. 92; out./dez. de 1989, p. 14.

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um *espaço democrático*. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.

Ressalto, neste ponto, que, tal como nos ensina Robert Alexy, "**o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente**". Cito, nesse sentido, a íntegra do raciocínio do filósofo e constitucionalista alemão:

> O princípio fundamental: "Todo poder estatal origina-se do povo" exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer *negativamente* que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.[3]

O debate democrático produzido no Congresso Nacional por ocasião da votação e aprovação da Lei 11.105/2005, especificamente de seu art. 5º, não se encerrou naquela casa parlamentar. Renovado por provocação do Ministério Público, o debate sobre a utilização de células-tronco para fins de pesquisa científica reproduziu-se nesta Corte com intensidade ainda maior, com a nota distintiva da racionalidade argumentativa e procedimental própria de uma Jurisdição Constitucional.

---

[3] ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

Não há como negar, portanto, a legitimidade democrática da decisão que aqui tomamos hoje.

Feitas essas breves considerações preliminares, passo à estruturação da análise que faço da controvérsia constitucional, após muito refletir sobre o assunto.

O voto que profiro parte de uma constatação básica: temos uma questão específica posta em julgamento, a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica, e para decidi-la não precisamos adentrar em temáticas relacionadas aos marcos inicial e final da vida humana para fins de proteção jurídica. São questões transcendentais que pairam no imaginário humano desde tempos imemoriais e que nunca foram resolvidas sequer com relativo consenso. Ciência, religião e filosofia construíram sua própria história em torno de conceitos e concepções sobre o que é a vida, quando ela começa e como deve ser ela protegida. Com todo o desenvolvimento do pensamento e do conhecimento humano, não é possível vislumbrar qualquer resposta racionalmente aceitável de forma universal, seja pela ciência ou pela religião, seja pela filosofia ou pelo imaginário popular.

Se podemos tirar alguma lição das múltiplas teorias e concepções e de todo o infindável debate que se produziu sobre temas como o aborto, a eutanásia e as pesquisas com embriões humanos, é que não existem respostas moralmente corretas e universalmente aceitáveis sobre tais questões.

Independentemente da concepção que se tenha sobre o termo inicial da vida, não se pode perder de vista – e isso parece ser indubitável diante de qualquer posicionamento que se adote sobre o tema – que, em qualquer hipótese, há um elemento vital digno de proteção jurídica.

Muitas vezes passa despercebido nos debates que não é preciso reconhecer em algo um sujeito de direitos para dotar-lhe de proteção jurídica indisponível.

Nesse sentido, são elucidativas as lições de Jürgen Habermas:

> Nessa controvérsia, fracassa toda tentativa de alcançar uma descrição ideologicamente neutra e, portanto, sem prejulgamento, do *status* moral da vida humana prematura, que seja aceitável para todos os cidadãos de uma sociedade secular. Um lado descreve o embrião no estágio prematuro de desenvolvimento como um amontoado de células e o confronta com a pessoa do recém-nascido, a quem primeiramente compete a dignidade humana no sentido estritamente moral. O outro lado considera a fertilização do óvulo humano como o início relevante de um processo de desenvolvimento já individualizado e controlado por si próprio. Segundo essa concepção, todo exemplar biologicamente determinável da espécie deve ser considerado como uma pessoa potencial e como um portador de direitos fundamentais. Ambos os lados parecem não se dar conta de que algo pode ser considerado como indisponível, ainda que não receba o *status* de um sujeito de direitos, que nos termos da constituição, é portador de direitos fundamentais inalienáveis. Indisponível não é apenas aquilo que a dignidade humana tem. Nossa disponibilidade pode ser privada de alguma coisa por bons motivos morais, sem por isso ser intangível no sentido dos direitos fundamentais em vigor de forma irrestrita e absoluta (que são direitos constitutivos da dignidade humana, conforme o artigo 1º da Constituição).[4]

---

[4] HABERMAS, Jürgen. *O futuro na natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 44.

Mesmo entre aqueles que consideram que antes do nascimento com vida não há especificamente um sujeito de direitos fundamentais, não é possível negar que na fase pré-natal há um elemento vital digno de proteção.

Assim, a questão não está em saber quando, como e de que forma a vida humana tem início ou fim, mas como o Estado deve atuar na proteção desse organismo pré-natal diante das novas tecnologias, cujos resultados o próprio homem não pode prever.

Trago à tona as lições de Hans Jonas para afirmar que o Estado deve atuar segundo o *princípio responsabilidade*[5].

As novas tecnologias ensejaram uma mudança radical na capacidade do homem de transformar seu próprio mundo e, nessa perspectiva, por em risco sua própria existência. E o homem tornou-se objeto da própria técnica. Como assevera Hans Jonas, "o *homo faber* aplica sua arte sobre si mesmo e se habilita a refabricar inventivamente o inventor e confeccionador de todo o resto"[6].

O *homo faber* ergue-se diante do *homo sapiens*. A manipulação genética, um sonho ambicioso do *homo faber* de controlar sua própria evolução, demonstra a necessidade de uma nova ética do agir humano, uma ética de responsabilidade. "O princípio responsabilidade – ensina Hans Jonas – contrapõe a tarefa mais modesta que obriga ao temor e ao respeito: conservar incólume para o homem, na persistente dubiedade de sua liberdade que nenhuma mudança das circunstâncias poderá suprimir, seu mundo e sua essência contra os abusos de seu poder"[7].

Independentemente dos conceitos e concepções religiosas e científicas a respeito do início da vida, é indubitável que existe consenso a respeito da necessidade de que os avanços tecnológicos e científicos, que tenham o próprio homem como objeto, sejam regulados pelo Estado com base no *princípio responsabilidade*.

Não se trata de criar obstáculos aos avanços da medicina e da biotecnologia, cujos benefícios para a humanidade são patentes. Os depoimentos de renomados cientistas na audiência pública realizada nesta ADI 3.510 nos apresentam um futuro promissor em tema de pesquisas com células-tronco originadas do embrião humano.

A história nos ensinou que é toda a humanidade que sai perdendo diante de tentativas, sempre frustradas, de barrar o progresso científico e tecnológico. Nas felizes palavras de Hans Jonas: "O que vale a pena reter no caso da ciência e da técnica, em especial depois da sua simbiose, é que se há uma história de êxito, essa é a história de ambas; um êxito contínuo, condicionado por uma lógica

---

[5] JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa, Luis Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

[6] JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa, Luis Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006. p. 57.

[7] JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa, Luis Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006. p. 23.

interna, e portanto prometendo seguir assim no futuro. Não creio que se possa dizer o mesmo de nenhum outro esforço humano que se alongue pelo tempo"[8].

À utopia do progresso científico, não obstante, deve-se contrapor o princípio responsabilidade, não como obstáculo ou retrocesso, mas como exigência de uma nova ética para o agir humano, uma ética de responsabilidade proporcional à amplitude do poder do homem e de sua técnica. Essa ética de responsabilidade implica, assim, uma *espécie de humildade*, não no sentido de pequenez, mas em decorrência da excessiva grandeza do poder do homem. Como bem assevera Hans Jonas, "em vista do potencial quase escatológico dos nossos processos técnicos, o próprio desconhecimento das consequências últimas é motivo para uma contenção responsável"[9].

Ao princípio esperança (*Prinzip Hoffnung*, de Ernst Bloch[10]), portanto, contrapõe-se o princípio responsabilidade (*Prinzip Verantwortung*, de Hans Jonas[11]).

Como tenho afirmado em outras ocasiões, com base nas lições do Professor Peter Häberle, a Constituição de 1988, ao incorporar tanto o "princípio-responsabilidade" (Hans Jonas) como o "princípio-esperança" (Ernst Bloch), permite que nossa evolução constitucional ocorra entre a *ratio* e a *emotio*[12].

O certo é que o ser humano, diante das novas tecnologias, deve atuar de acordo com uma ética de responsabilidade.

Portanto, a questão está em saber se a Lei 11.105, de 24 de março de 2005, regula as pesquisas científicas com células-tronco embrionárias com a prudência exigida por um tema ética e juridicamente complexo, que envolve diretamente a própria identidade humana.

A questão, assim, envolve uma análise segundo parâmetros de proporcionalidade.

A Lei 11.105, de 24 de março de 2005, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam Organismos Geneticamente Modificados (OGM) e seus derivados.

Em seu artigo preambular, a própria lei estabelece as *diretrizes* que constituem o lastro de suas normas: o estímulo e o avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

---

[8] JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa, Luis Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006. p. 271-272.

[9] JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa, Luis Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006. p. 63-64.

[10] BLOCH, Ernst. *O princípio esperança*. Trad. Nélio Schneider. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

[11] JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa, Luis Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto. 2006.

[12] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México DF: Universidad Autónoma de México, 2001. p. 7.

Em todo o corpo da lei, o art. 5º é destinado à regulamentação da utilização, para fins de pesquisa, de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*. Assim dispõe o referido artigo, o qual constitui, em sua integralidade, o objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade:

> Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
>
> I – sejam embriões inviáveis; ou
>
> II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.
>
> § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.
>
> § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.
>
> § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

É possível perceber que a lei, inegavelmente, foi cuidadosa na regulamentação de alguns pontos, ao exigir que as pesquisas sejam realizadas apenas com embriões humanos ditos "inviáveis", sempre mediante o consentimento dos genitores e com aprovação prévia dos projetos por comitês de ética, ficando proibida a comercialização do material biológico utilizado.

O que causa perplexidade, por outro lado, é perceber que, no Brasil, a regulamentação de um tema tão sério, que envolve profundas e infindáveis discussões sobre aspectos éticos nas pesquisas científicas, seja realizada por um, e apenas um artigo.

A vaguidade da lei deixou a cargo do Poder Executivo a regulamentação do tema, que o fez por meio dos arts. 63 a 67 do Decreto 5.591, de 22 de novembro de 2005. O referido decreto ainda contém remissões normativas a atos administrativos específicos de órgãos como o Ministério da Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

A primeira impressão, não há dúvida, é de que a lei é deficiente na regulamentação do tema e, por isso, pode violar o princípio da proporcionalidade não como proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).

Como é sabido, os direitos fundamentais se caracterizam não apenas por seu aspecto subjetivo, mas também por uma feição objetiva que os tornam verdadeiros mandatos normativos direcionados ao Estado.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*)[13].

---

[13] HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 16. ed. Heidelberg, 1988. p. 155-156.

A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de conformação[14]. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros[15].

Essa interpretação da Corte Constitucional empresta sem dúvida uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de "adversário" para uma função de guardião desses direitos[16].

É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica[17].

Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais[18].

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*)[19].

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção[20]:

a) dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;

---

[14] HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 156.

[15] Cf., a propósito, *BverfGE*, 39, 1 et seq; 46, 160 (164); 49, 89 (140 et seq.); 53, 50 (57 et seq.); 56, 54 (78); 66; 39 (61); 77 170 (229 et seq.); 77, 381 (402 et seq.); ver, também, DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin, 1991, p. 18.

[16] Cf., a propósito, DIETELEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, cit., p. 17 et seq.

[17] MÜNCH, Ingo von. *Grundgesetz-Kommentar, Kommentar zu Vorbemerkung*, Art 1-19, n. 22.

[18] MÜNCH, Ingo von. *Grundgesetz-Kommentar*, cit.

[19] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts*. *JuS*, 1989, p. 161 (163).

[20] RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Casebook Verfassungsrecht.* 3. ed. München, 1996, p. 35-36.

b) dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas;

c) dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental[21].

Assim, na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como *proibição de excesso* (*Ubermassverbot)* e como *proibição de proteção deficiente* (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como *proibições de intervenção*. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada[22]. O ato não será *adequado* quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção[23].

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente pode ser encontrada na segunda decisão sobre o aborto (*BverfGE 88, 203, 1993*). O *Bundesverfassungsgericht* assim se pronunciou:

> O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência).
> (...)

---

[21] Cf. *BVerfGE* 77, 170 (214); ver também RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Casebook Verfassungsrecht*, p. 36-37.

[22] "Uma transposição, sem modificações, do estrito princípio da proporcionalidade, como foi desenvolvido no contexto da proibição de excesso, para a concretização da proibição de insuficiência, não é, pois, aceitável, ainda que, evidentemente, também aqui considerações de proporcionalidade desempenhem um papel, tal como em todas as soluções de ponderação." CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

[23] Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 798 et seq.

> É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis.

Uma análise comparativa do art. 5º da Lei 11.105/2005 com a legislação de outros países sobre o mesmo assunto pode demonstrar que, de fato, não se trata apenas de uma impressão inicial; a lei brasileira é deficiente no tratamento normativo das pesquisas com células-tronco e, portanto, não está em consonância com o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

Alemanha

Na Alemanha, editou-se lei específica, a denominada *Stammzellgesetz* (StZG), sobre a importação e a utilização das células-tronco embrionárias em pesquisas científicas.

A regulação da atividade científica com células-tronco é restritiva e inclui (1) limitações importantes quanto às células-tronco embrionárias passíveis de importação e utilização em pesquisa (§ 4º); (2) restrições às pesquisas que podem utilizar células-tronco embrionárias (§ 5º); (iii) a necessidade de aprovação prévia de cada pesquisa (§ 6º); (iv) a instituição de agência competente (§ 7º) e comissão de ética de especialistas (§ 8º) para apreciar e conceder as autorizações prévias; (3) infrações penais (§ 13) e administrativas (§ 14) pertinentes; e (4) a exigência de relatório periódico com os resultados das experiências envolvendo células-tronco tanto embrionárias quanto adultas (§ 15).

Destaque-se que a legislação alemã permite apenas as pesquisas com **linhas de células-tronco consolidadas do exterior**. Portanto, é expressamente proibida a produção de linhas de células-tronco na própria Alemanha, tornando-se imprescindível a importação de embriões para fins de pesquisa.

A lei permite **a importação apenas de embriões formados antes de 1º de janeiro de 2002, desde que na conformidade da legislação do país exportador**. Esse marco temporal foi recentemente alterado pelo *Bundestag* (em 11-4-2008), fixando-se novo marco em **1º de maio de 2007**.

Além disso, somente podem ser utilizados embriões em pesquisa (1) fecundados *in vitro* (2) com o objetivo de assistir a gravidez; e (3) descartados por razões não fundadas em características inerentes aos embriões.

Mais importante, a lei alemã exige que as pesquisas com células-tronco embrionárias sejam motivadas por elevados objetivos (*hochrangigen Forschungszielen*) ou sejam destinadas ao desenvolvimento de procedimentos terapêuticos, de diagnóstico ou de prevenção aplicados a seres humanos, com

cláusula de subsidiariedade. Isto é, só podem ser realizadas pesquisas quando todas as hipóteses foram exaustivamente testadas com células de animais ou em experiências com animais; e somente podem ser realizadas com células-tronco embrionárias (§ 5, Abs. 2 StZG):

> Trabalhos de pesquisas com células-tronco embrionárias somente podem ser realizadas se cientificamente demonstrado que
>
> (...)
>
> 2. Segundo o estado da Ciência e da Técnica:
>
> a) as hipóteses previstas no projeto de pesquisa foram testadas tanto quanto possível com modelos *in vitro* com células de animais ou em experimentos com animais e
>
> b) o conhecimento científico a ser obtido pelo projeto de pesquisa em apreço não tenha expectativa de ser alcançado utilizando outras células, além das células-tronco embrionárias. (*Forschungsarbeiten an embryonalen Stammzellen dürfen nur durchgeführt werden, wenn wissenschaftlich begründet darlegt ist, dass*
>
> *2. nach dem anerkannten Stand von Wissenschaft und Technik*
>
> *a) die im Forschungsvorhaben vorgesehen Fragestellungen so weit wie möglich bereits in In-vitro-Modellen mit tierischen Zellen oder in Tierversuchung vorgeklärt worden sind und*
>
> *b) der mit dem Forschungsvorhaben angestrebte wissenschaftliche Erkenntnisgewinn sich voraussichtlich nur mit embryonalen Stammzellen erreichen lässt.*

Ressalte-se que a legislação alemã institui não só um órgão administrativo competente (*Zuständige Behörde*), ligado ao Ministério da Saúde, para conceder as licenças prévias, como cria Comissão de Ética Central para Pesquisa com células-tronco (*Zentrale Ethik-kommission für Stammzellenforschung)*, formada por expertos em medicina, biologia, ética e teologia.

Em suma, a legislação alemã é extremamente restritiva da atividade científica que tenha por objeto embriões humanos. Os constantes debates entre cientistas, religiosos e entes da sociedade civil, a respeito da necessidade de relativização dos rigores da lei, ainda não levaram a qualquer solução legislativa mais significativa no sentido da mudança das regras estabelecidas.

Apesar das reivindicações de cientistas quanto a mudanças na legislação sobre as pesquisas com células-tronco, há consenso sobre a necessidade de se regular rigidamente essas pesquisas, afastando-se qualquer possibilidade de abusos e transgressões cujas consequências não é possível prever.

Austrália

Na Austrália, a questão é regulada pelo *Research Involving Human Embryos Act 2002*, alterado pelo *Prohibition of Human Cloning for Reproduction and the Regulation of Human Embryo Research Amendment Act 2006*.

Segundo a regulação australiana, **permite-se apenas a utilização de células-tronco embrionárias inviáveis** (*not suitable)*. Define-se expressamente que a viabilidade do embrião seja determinada com base na sua aptidão biológica para implantação (*biological fitness for implantation – Section 10 (2) "d" i*)

Nesse caso, institui-se também órgão que emite licenças prévias para as pesquisas envolvendo células-tronco embrionárias (*Embryo Research Licensing Committee of the National Health and Medical Research Council*).

Outrossim, dispõe-se especificamente sobre as formas válidas de obtenção de consentimento dos responsáveis pelos embriões do quais serão derivadas as células-tronco (Section 21 (3) *a*).

Além disso, há preocupação específica com as pesquisas que podem danificar ou destruir embriões, nas quais somente podem ser utilizados embriões criados até 5-4-2002 (Sections 21 (3) *b* e 24 (3)).

Por outro lado, a lei australiana determina que a licença seja limitada a um número específico de embriões que serão utilizados para alcançar os objetivos da pesquisa (Section 21 (4) *a*), além de prever, assim com na legislação alemã, **cláusula de subsidiariedade**, nos seguintes termos:

> (4) Na decisão sobre a emissão de licença, o Órgão de Licença NHMRC precisa considerar o seguinte:
>
> (...)
>
> (b) a possibilidade de significativo avanço no conhecimento ou melhoria nas tecnologias para tratamento propostos no requerimento como resultado no uso do excesso de embriões para reprodução assistida, outros embriões ou óvulos humanos, que não poderiam razoavelmente ser alcançados por outros meios. [*In deciding whether to issue the licence, the NHMRC Licensing Committee must have regard to the following:*
>
> (...)
>
> *(b) the likelihood of significant advance in knowledge or improvement in technologies for treatment as a result of the use of excess ART embryos, other embryos or human eggs proposed in the application, which could not reasonably be achieved by other means].*

Como se vê, também a legislação australiana estabelece uma cláusula de subsidiariedade como condição para a permissão de pesquisas com células-tronco. Em outros termos, a utilização de células-tronco apenas é permitida para fins de pesquisa se, e somente se, não existirem ou não sejam suficientes ou adequados outros meios científicos para o alcance dos objetivos da pesquisa.

Essa cláusula de subsidiariedade atende ao postulado da proporcionalidade e da precaução na utilização de novas tecnologias cujo conhecimento humano ainda não é exaustivo. Trata-se, enfim, de um corolário do princípio da responsabilidade.

França

Na França, a *Agence de la Biomédicine* passou a expedir autorizações para pesquisas com células embrionárias humanas (*recherches sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires humaines*) desde 2007, com base no Decreto 2006-121, de 6 de fevereiro de 2006, que modificou o Código de Saúde Pública (*Décret n. 2006-121 du 6 février 2006 relatif à la recherche sur l'embryon et sur les cellules embryonnaires et modifiant le code de la santé publique*).

Naquele país, portanto, as pesquisas com células embrionárias humanas são permitidas, tendo em vista razões de progresso terapêutico (*pour des progrès thérapeutiques majeurs*), porém são objeto de ampla e rigorosa regulamentação.

Em primeiro lugar, as pesquisas com células embrionárias são permitidas apenas com vistas ao tratamento de doenças particularmente graves ou incuráveis, e apenas são autorizadas, pela agência de biomedicina, por um período máximo de 5 anos (***Art. R. 2151-1***. *Sont notamment susceptibles de permettre des progrès thérapeutiques majeurs, au sens de l'article L. 2151-5, les recherches sur l'embryon et les cellules embryonnaires poursuivant une visée thérapeutique pour le traitement de maladies particulièrement graves ou incurables, ainsi que le traitement des affections de l'embryon ou du foetus.* ***Art. R. 2151-2***. *– Le directeur général de l'agence de la biomédecine peut autoriser un protocole de recherche sur l'embryon ou sur les cellules embryonnaires, après avis du conseil d'orientation, pour une durée déterminée qui ne peut excéder cinq ans*).

Ademais, as pesquisas somente são autorizadas após o consentimento prévio do casal genitor ou de membro sobrevivente do casal. (*Art. R 2151-19 – Le directeur général de l´agence de la biomedecine autorise la conservation de cellules souches embryonnaires, après avis du conseil d´orientation, pour une durée déterminée, qui ne peut exceder cinq ans* (...))

A Lei de Bioética, de 6 de agosto de 2004, já autorizava as referidas pesquisas, mas em caráter subsidiário. Ou seja, também a lei francesa dispõe de uma **cláusula de subsidiariedade**, segundo a qual **serão permitidas as pesquisas com células embrionárias tão somente nos casos em que os progressos terapêuticos almejados não puderem ser alcançados por um método alternativo de eficácia comparável no meio científico**. (*Art. L. 2151-5. – (...)Par dérogation au premier alinéa, et pour une période limitée à cinq ans à compter de la publication du décret en Conseil d'Etat prévu à l'article L. 2151-8, les recherches peuvent être autorisées sur l'embryon et les cellules embryonnaires lorsqu'elles sont susceptibles de permettre des progrès thérapeutiques majeurs et à la condition de ne pouvoir être poursuivies par une méthode alternative d'efficacité comparable, en l'état des connaissances scientifiques.*)

Espanha

A Lei 14, de 3 de julho de 2007, que regula a pesquisa biomédica, já em seu preâmbulo ressalta que os "*avanços científicos e os procedimentos e ferramentas utilizados para alcançá-los geram importantes incertezas éticas e jurídicas, que devem ser convenientemente reguladas, com o equilíbrio e a prudência que exige um tema tão complexo que afeta de maneira tão direta a identidade do ser humano.*"

A referida lei, que veio complementar as previsões da Lei 14, de 26 de maio de 2006, sobre técnicas de reprodução humana assistida, é bastante abrangente e está estruturada em **noventa artigos**, quinze capítulos, oito títulos, ademais das disposições adicionais, transitórias, derrogatórias e finais.

Já em seu título I, estabelece um catálogo de princípios e garantias para a proteção dos direitos da pessoa humana e dos bens jurídicos implicados na investigação biomédica, recorrendo a uma relação precisa para estabelecer os limites do princípio da liberdade de pesquisa na defesa da dignidade e da identidade do ser humano.

Assim, em conformidade com a concepção de proteção da vida humana já assentada na jurisprudência espanhola (Sentenças 53/1985, 212/1996 e 116/1999), a lei **proíbe expressamente a constituição de pré-embriões e embriões humanos exclusivamente com a finalidade de experimentação**, mas permite a utilização de qualquer técnica de obtenção de células-tronco embrionárias humanas com fins terapêuticos ou de pesquisa, que não comporte a criação de um pré-embrião ou embrião exclusivamente com esse fim.

Estabelece o art. 28 da referida lei que os embriões humanos que tenham perdido sua capacidade de desenvolvimento biológico, bem como os embriões ou fetos humanos mortos, poderão ser doados para fins de pesquisa biomédica ou outros fins diagnósticos, terapêuticos, farmacológicos, clínicos ou cirúrgicos.

A promoção da pesquisa biomédica atenderá a critérios de qualidade, eficácia e igualdade de oportunidades, e qualquer pesquisa deverá ser cientificamente justificada, além de cumprir critérios de qualidade científica (art. 10).

A realização de pesquisa sobre uma pessoa requererá seu consentimento expresso, e por escrito, ou de seu representante legal, e prévia informação sobre as consequências e riscos que poderão acarretar a sua saúde (art. 58).

Ademais, a pesquisa em seres humanos somente poderá realizar-se quando inexistente alternativa de eficácia comparável (**cláusula de subsidiariedade**), e não deverá implicar para o ser humano riscos e moléstias desproporcionais aos potenciais benefícios que poderão ser obtidos. (*Artículo 14. Principios generales.1. La investigación en seres humanos sólo podrá llevarse a cabo en ausencia de una alternativa de eficácia comparable. 2. La investigación no deberá implicar para el ser humano riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios potenciales que se puedan obtener.*)

México

A Lei Geral de Saúde do México, de 7 de fevereiro de 1984 (última alteração publicada em 18-12-2007) prevê, em seu art. 100, que a pesquisa em seres humanos deverá adaptar-se a princípios científicos e éticos a justificar a pesquisa, especialmente no que se refere à sua possível contribuição para a solução de problemas de saúde e do desenvolvimento de novos campos da ciência médica.

Também se requer, para a realização de pesquisa, o consentimento expresso, e por escrito, do sujeito fonte, além de prévia informação sobre as consequências e riscos que poderão advir à sua saúde.

E o México igualmente adota, a exemplo dos demais países referidos acima (Alemanha, Austrália, França e Espanha), **cláusula de subsidiariedade**, ao

deixar expresso que tais pesquisas somente poderão efetuar-se quando o conhecimento que se pretende produzir não possa ser obtido por outro método idôneo. (*Art. 100, II – II. Podrá realizarse sólo cuando el conocimiento que se pretenda producir no pueda obtenerse por otro método idoneo*.)

A interpretação do art. 5º da Lei 11.105/2005 com efeitos aditivos

Como se pode constatar, a legislação de outros países é extremamente rigorosa e, portanto, responsável na regulamentação do tema das pesquisas científicas com embriões humanos.

Efetuada a comparação, é impossível negar a deficiência da lei brasileira na regulamentação desse tema.

É importante ressaltar que a legislação brasileira sequer prevê qualquer norma para regular as atividades desenvolvidas pelas clínicas de fertilização *in vitro*. Daí a origem dos bancos de embriões congelados sem qualquer destinação específica.

Inserido, no curso do processo legislativo, numa lei que trata de tema distinto, o dos Organismos Geneticamente Modificados (OGM), denominados "transgênicos", o art. 5º da Lei 11.105/2005 visa preencher essa lacuna, destinando à pesquisa e à terapia os embriões humanos congelados há mais de três anos, na data da publicação da lei.

Assim, é possível perceber, em primeiro lugar, que, enquanto no direito comparado a regulamentação do tema é realizada por leis específicas, destinadas a regular, em sua inteireza, esse assunto tão complexo, no Brasil inseriu-se um único artigo numa lei destinada a tratar de tema distinto. Um artigo que deixa de abordar aspectos essenciais ao tratamento responsável do tema.

Ressalto a estrutura da lei espanhola, com **noventa artigos**, quinze capítulos, oito títulos, ademais das disposições adicionais, transitórias, derrogatórias e finais. Em seu preâmbulo, a lei espanhola é enfática ao afirmar que os "*avanços científicos e os procedimentos e ferramentas utilizados para alcançá-los geram importantes incertezas éticas e jurídicas, que devem ser convenientemente reguladas, com o equilíbrio e a prudência que exige um tema tão complexo que afeta de maneira tão direta a identidade do ser humano.*"

A lei brasileira, numa lacuna contundente, estabelece apenas que as instituições de pesquisa e serviços de saúde, que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas, deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação *dos respectivos comitês de ética em pesquisa.*

Deixa a lei, nesse aspecto, de instituir um imprescindível Comitê Central de Ética, devidamente regulamentado. A legislação germânica, por exemplo, institui não só um órgão administrativo competente (*Zuständige Behörde*), ligado ao Ministério da Saúde, para conceder as licenças prévias, como cria Comissão de Ética Central para Pesquisa com células-tronco (*Zentrale Ethik-kommission für Stammzellenforschung)*, formada por expertos em medicina, biologia, ética e teologia.

Além disso, é importante observar que a legislação no direito comparado, sem exceção, estabelece, de forma expressa, uma *cláusula de subsidiariedade*, no sentido de permitir as pesquisas com embriões humanos apenas nas hipóteses em que outros meios científicos não se demonstrarem adequados para os mesmos fins.

A lei brasileira deveria conter dispositivo explícito nesse sentido, como forma de um tratamento responsável sobre o tema. Os avanços da biotecnologia já indicam a possibilidade de que células-tronco totipotentes sejam originadas de células do tecido epitelial e do cordão umbilical. As pesquisas com células-tronco adultas têm demonstrado grandes avanços. O desenvolvimento desses meios alternativos pode tornar desnecessária a utilização de embriões humanos e, portanto, afastar, pelo menos em parte, o debate sobre as questões éticas e morais que envolvem tais pesquisas.

Assim, a existência de outros métodos científicos igualmente adequados e menos gravosos torna a utilização de embriões humanos em pesquisas uma alternativa científica contrária ao princípio da proporcionalidade.

O art. 5º da Lei 11.105/2005 é, portanto, deficiente, em diversos aspectos, na regulamentação do tema das pesquisas com células-tronco.

A declaração de sua inconstitucionalidade, com a consequente pronúncia de sua nulidade total, por outro lado, pode causar um indesejado vácuo normativo mais danoso à ordem jurídica e social do que a manutenção de sua vigência.

Não seria o caso de declaração total de inconstitucionalidade, ademais, pois é possível preservar o texto do dispositivo, desde que seja interpretado em conformidade com a Constituição, ainda que isso implique numa típica sentença de perfil aditivo.

Nesse sentido, a técnica da interpretação conforme a Constituição pode oferecer uma alternativa viável.

Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição[24]. Consoante a prática vigente, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição[25]. O resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão[26].

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada *vontade do legislador*. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador[27].

---

[24] Rp 948, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ*, *82*:55-6; Rp 1.100, *RTJ*, *115*:993 et seq.

[25] Cf., a propósito, Rp 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, *RTJ*, *125*:997.

[26] Cf., a propósito, Rp 1.389, Rel. Min. Oscar Corrêa, *RTJ*, 126:514; Rp 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, *RTJ*, *125*:997; Rp 1.399, Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJ* de 9-9-1988.

[27] ADI 2.405/RS, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 17-2-2006; ADI 1.344/ES, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 19-4-2006; Rp 1.417/DF, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 15-4-1988; ADI 3.046/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 28-5-2004.

Assim, a prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada *intenção do legislador*, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto[28].

Muitas vezes, porém, esses limites não se apresentam claros e são difíceis de definir. Como todo tipo de linguagem, os textos normativos normalmente padecem de certa indeterminação semântica, sendo passíveis de múltiplas interpretações. Assim, é possível entender, como o faz Rui Medeiros, que "a problemática dos limites da interpretação conforme à Constituição está indissociavelmente ligada ao tema dos limites da interpretação em geral"[29].

A eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto, quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto.

A experiência das Cortes Constitucionais europeias – destacando-se, nesse sentido, a *Corte Costituzionale* italiana[30] – bem demonstra que, em certos casos, o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e soluções simplistas como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não conhecimento da ação.

Sobre o tema, é digno de nota o estudo de Joaquín Brage Camazano[31], do qual cito a seguir alguns trechos:

> *La raíz esencialmente pragmática de estas modalidades atípicas de sentencias de la constitucionalidad hace suponer que su uso es prácticamente inevitable, con una u otra denominación y con unas u otras particularidades, por cualquier órgano de la constitucionalidad consolidado que goce de una amplia jurisdicción, en especial si no seguimos condicionados inercialmente por la majestuosa, pero hoy ampliamente superada, concepción de Kelsen del TC como una suerte de "legislador negativo". Si alguna vez los tribunales constitucionales fueron legisladores negativos, sea como sea, hoy es obvio que ya no lo son; y justamente el rico "arsenal" sentenciador de que disponen para fiscalizar la constitucionalidad de la Ley, más allá del planteamiento demasiado simple "constitucionalidad/inconstitucionali-*

---

[28] Rp 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, *RTJ*, 125:997; Rp 1.389, Rel. Min. Oscar Corrêa, *RTJ*, 126:514; Rp 1.399, Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJ* de 9-9-1988.

[29] MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 301.

[30] Cf. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

[31] CAMAZANO, Joaquín Brage. *Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias "atípicas")*. En Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), *La interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, en prensa.

dad", es un elemento más, y de importancia, que viene a poner de relieve hasta qué punto es así. Y es que, como Fernández Segado destaca, "la praxis de los tribunales constitucionales no ha hecho sino avanzar en esta dirección" de la superación de la idea de los mismos como legisladores negativos, certificando [así] la quiebra del modelo kelseniano del legislador negativo.

Certas modalidades atípicas de decisão no controle de constitucionalidade decorrem, portanto, de uma necessidade prática comum a qualquer jurisdição constitucional.

Assim, o recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a consequente declaração de constitucionalidade.

Além das muito conhecidas técnicas de interpretação conforme à Constituição, declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, aferição da "lei ainda constitucional" e do apelo ao legislador, são também muito utilizadas as técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão, o que possibilita a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro* a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo tribunal.

Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente nos últimos anos, sobretudo a partir do advento da Lei 9.868/1999, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A prática tem demonstrado que essas novas técnicas de decisão têm guarida também no âmbito do controle difuso de constitucionalidade[32].

Uma breve análise retrospectiva da prática dos Tribunais Constitucionais e de nosso Supremo Tribunal Federal bem demonstra que a ampla utilização dessas decisões, comumente denominadas "atípicas", as converteram em modalidades "típicas" de decisão no controle de constitucionalidade, de forma que o debate atual não deve mais estar centrado na admissibilidade de tais decisões, mas nos limites que elas devem respeitar.

O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de *self-restraint* ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei[33].

Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos

---

[32] RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 7-5-2004.

[33] ADI 2.405/RS, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 17-2-2006; ADI 1.344/ES, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 19-4-1996; Rp 1.417/DF, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 15-4-1988.

sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador[34].

No recente julgamento conjunto das ADI 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme a Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei[35].

Em outros vários casos mais antigos[36], também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de *decisões manipulativas de efeitos aditivos*[37].

Tais sentenças de perfil aditivo foram proferidas por esta Corte nos recentes julgamentos dos MS 26.602, Rel. Min. Eros Grau, MS 26.603, Rel. Min. Celso de Mello, e MS 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, em que afirmamos o valor da fidelidade partidária; assim como no também recente julgamento a respeito do direito fundamental de greve dos servidores públicos (MI 708, de minha relatoria; MI 607 e MI 712, Rel. Min. Eros Grau). Outra não foi a fórmula encontrada pelo Tribunal para solver a questão da inconstitucionalidade da denominada cláusula de barreira instituída pelo art. 13 da Lei 9.096, no julgamento das ADI 1.351 e ADI 1.354, Rel. Min. Marco Aurélio.

Sobre a evolução da Jurisdição Constitucional brasileira em tema de decisões manipulativas, o constitucionalista português Blanco de Morais fez a seguinte análise:

> (...) o fato é que a Justiça Constitucional brasileira deu, onze anos volvidos sobre a aprovação da Constituição de 1988, um importante passo no plano da suavização do regime típico da nulidade com efeitos absolutos, através do alargamento dos efeitos manipulativos das decisões de inconstitucionalidade.
>
> Sensivelmente, desde 2004 parecem também ter começado a emergir com maior pragnância decisões jurisdicionais com efeitos aditivos.
>
> Tal parece ter sido o caso de uma acção directa de inconstitucionalidade, a ADIn 3105, a qual se afigura como uma sentença demolitória com efeitos aditivos.

---

[34] ADI 3.324, ADI 3.046, ADI 2.652, ADI 1.946, ADI 2.209, ADI 2.596, ADI 2.332, ADI 2.084, ADI 1.797, ADI 2.087, ADI 1.668, ADI 1.344, ADI 2.405, ADI 1.105, ADI 1.127.

[35] ADI 1.105/DF e ADI 1.127/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski.

[36] ADI 3.324, ADI 3.046, ADI 2.652, ADI 1.946, ADI 2.209, ADI 2.596, ADI 2.332, ADI 2.084, ADI 1.797, ADI 2.087, ADI 1.668, ADI 1.344, ADI 2.405, ADI 1.105, ADI 1.127.

[37] Sobre a difusa terminologia utilizada, vide: MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional. Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 238 et seq. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001. LÓPEZ BOFILL, Héctor. *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

> Esta eliminou, com fundamento na violação do princípio da igualdade, uma norma restritiva que, de acordo com o entendimento do Relator, reduziria arbitrariamente para algumas pessoas pertencentes à classe dos servidores públicos, o alcance de um regime de imunidade tributária que a todos aproveitaria. Dessa eliminação resultou automaticamente a aplicação, aos referidos trabalhadores inactivos, de um regime de imunidade contributiva que abrangia as demais categorias de servidores públicos.

Em futuro próximo, o Tribunal voltará a se deparar com o problema no julgamento da ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, que discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos. Caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva.

Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso do feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto.

Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

O presente caso oferece uma oportunidade para que o Tribunal avance nesse sentido. O vazio jurídico a ser produzido por uma decisão simples de declaração de inconstitucionalidade/nulidade dos dispositivos normativos impugnados torna necessária uma solução diferenciada, uma decisão que exerça uma "função reparadora" ou, como esclarece Blanco de Morais, "de restauração corretiva da ordem jurídica afetada pela decisão de inconstitucionalidade"[38].

Seguindo a linha de raciocínio até aqui delineada, deve-se conferir ao art. 5º uma interpretação em conformidade com o *princípio responsabilidade*, tendo como parâmetro de aferição o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).

Conforme analisado, a lei viola o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) ao deixar de instituir um

---

[38] Segundo Blanco de Morais, "às clássicas funções de valoração (declaração do valor negativo do acto inconstitucional), pacificação (força de caso julgado da decisão de inconstitucionalidade) e ordenação (força *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade) juntar-se-ia, também, a *função de reparação*, ou de restauração corretiva da ordem jurídica afectada pela decisão de inconstitucionalidade". MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional. Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 262-263.

órgão central para análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapia com células-tronco originadas do embrião humano.

O art. 5º da Lei 11.105/2005 deve ser interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia aprovação e autorização por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.

Entendo, portanto, que essa interpretação com conteúdo aditivo pode atender ao princípio da proporcionalidade e, dessa forma, ao princípio responsabilidade.

Assim, **julgo improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei 11.105/2005, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde**.

PROPOSTA

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite?

Antes de Vossa Excelência anunciar o resultado do julgamento, no penúltimo item do meu voto, cuja leitura, na noite de ontem, ocasionou, na mídia, alguns equívocos de interpretação, havia eu advertido, logo na introdução daquele tópico, que tinha de escapar à alternativa de reconhecer insuficiência à lei, em termos de proteção da dignidade devida aos embriões como matriz da espécie humana, ou de, suprindo a insuficiência mediante interpretação, declarar a constitucionalidade da norma e a necessidade de algumas providências que entendi – e continuo a entender – imanentes ao alcance do art. 5º.

Não vou insistir agora, até porque Vossa Excelência já o fez brilhante e exaustivamente, em relação à deficiência da lei, justificando *interpretação conforme* ou eficácia aditiva, para que seja preservada, na execução da mesma lei, a tutela constitucional devida aos embriões. O problema não está em que à Corte – nem a mim em particular – seja agradável criar entraves burocráticos, como se as hipóteses e soluções que o Tribunal avente tivessem tão indigna finalidade.

Eu duvido que, trate-se dos cientistas, trate-se da própria estrutura orgânica do Governo, mantenham alguma incerteza sobre a necessidade de um sistema de operacionalização para cumprimento da lei. Tanto não o têm, que o Conselho Nacional de Saúde baixou inúmeras resoluções sobre o assunto, e provavelmente baixará outras tantas quanto, no curso dos trabalhos, se mostrarem necessárias, segundo as exigências do rigoroso controle ético das pesquisas.

Eu já havia acenado, Senhor Presidente, para a necessidade de se reconhecer a um órgão de cúpula a responsabilidade final pelo funcionamento do sistema e pela preservação dessas exigências éticas, advertindo que não caberia, à luz da

função jurisdicional estrita, ao Tribunal criar órgão congênere. E, confesso: entre ontem e hoje, fui alertado pelos próprios cientistas que têm acompanhado de perto este julgamento, de existirem já normas capazes de solucionar o problema daquela deficiência legislativa, sem a criação de qualquer outro órgão.

De modo que – pelo menos do meu ponto de vista, com o devido respeito e acompanhando Vossa Excelência em relação a isso –, pressuposta a necessidade absoluta da existência de órgão central independente e responsável por todo o sistema de pesquisas, verifiquei, em disposição expressa do Decreto 5.591/2005, designadamente o parágrafo 2º do art. 63, que regulamenta o art. 5º, o seguinte texto:

> Art. 63
> (...)
> § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa, na forma de resolução do Conselho Nacional de Saúde.

Foi, aí, portanto, atribuído ao Conselho Nacional de Saúde o poder regulamentar sobre o controle dos projetos de pesquisa.

E, no exercício dessa competência regulamentar, o Conselho baixou duas resoluções que, a meu ver, resolvem todos os problemas correlacionados com aquela deficiência da lei, pois a Resolução 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde já criou, ao lado da institucionalização – se assim se pode dizer – dos Comitês de Ética, a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP), atribuindo-lhe, entre outras, as seguintes gravíssimas competências: poder deliberativo, normativo e educativo sobre todo o sistema de controle das pesquisas. Vou ser explícito, lendo-lhe aqui o item VIII:

> *VIII – Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP/MS)*
> A Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – CONEP/MS é uma instância colegiada, de natureza consultiva, deliberativa, normativa, educativa, independente, vinculada ao Conselho Nacional de Saúde.

Entre as atribuições específicas que lhe deu a resolução, está o seguinte, no item VIII.4:

> **VIII.4 – Atribuições da Conep –** Compete à Conep/MS o exame dos aspectos éticos da pesquisa envolvendo seres humanos, bem como a adequação e atualização das normas atinentes. A Conep/MS consultará a sociedade sempre que julgar necessário, cabendo-lhe, entre outras, as seguintes atribuições:

E, aí, discrimina outras atribuições, das quais relevo duas, pertinentes à matéria de que estamos tratando:

> VIII.4. (...)
> d) prover normas específicas no campo da ética em pesquisa, inclusive nas áreas temáticas especiais, bem como recomendações para aplicação das mesmas;
> (...)

f) rever responsabilidades, proibir ou interromper pesquisas, definitiva ou temporariamente, podendo requisitar protocolos para revisão ética inclusive, os já aprovados pelo CEP;

Ora, daí se tiraria, desde logo, que a Conep tem, por força dessa regulamentação legal, todos os poderes que de certo modo a mim me parecem suficientes para autuação como órgão central independente, responsável pela supervisão e operacionalidade de todo sistema de pesquisas.

E aqui é que aventei a necessidade de esse órgão suprir a deficiência, não tanto da lei imediatamente, mas da sua regulamentação, quanto aos Comitês de Ética. Por quê? Porque a Resolução 196 atribui às instituições – e instituições aí normalmente são universidades, não apenas universidades públicas, mas também particulares –, e aos serviços de saúde, tanto públicos, como privados, a realização das pesquisas e a criação dos Comitês de Ética, aos quais os protocolos devem ser necessariamente submetidos. E proclama a independência e a autonomia desses comitês, como não poderia deixar de ser, mas, como ficou consignado em meu voto, permite, em tese, o chamado "problema de agência", isto é, abre possibilidade de conflito de interesses. É que, sendo a própria instituição interessada na realização dos projetos que tem poder de nomear os membros dos comitês sem nenhum controle externo, pode acontecer – e evidentemente não estou fazendo a respeito nenhuma profecia e, até, duvido de que venha isso a acontecer – que a nomeação desses membros fraude os limites decorrentes das exigências constitucionais do controle ético das pesquisas. Noutras palavras, é possível, em tese, nomear-se comissão de membros antecipadamente comprometidos com pesquisas que se desviem dos limites éticos reclamados pelo ordenamento. O que é preciso, portanto, para garantir a autonomia e a independência dos comitês? É preciso que haja – e, nesse caso, deve tê-lo a Conep, a meu ver – poder jurídico de um órgão superior central do sistema para aprovar ou rejeitar os nomes indicados pelas instituições para comporem os Comitês de Ética.

Nesse caso, recorro à Resolução 340/2004 do Conselho Nacional de Saúde, que estatui:

IV.1 – As pesquisas da área genética humana devem ser submetidas à apreciação do CEP e, quando for o caso, da Conep como protocolos completos, de acordo com o capítulo VI da Resolução CNS n. 196/96, não sendo aceitos como emenda, adendo ou subestudo de protocolo de outra área, devendo ainda incluir:

Em seguida, no item VI.1, prescreve:

VI.1 – Cabe ao CEP, conforme disposto no capítulo VII da Resolução CNS n. 196/96, a análise dos projetos de pesquisa, assumindo co-responsabilidade – que eu já havia enunciado no meu voto – no que diz respeito aos aspectos éticos.

(...)

VI.3 – Cabe à Conep a aprovação final das pesquisas em genética humana que incluam:

a) envio para o exterior de material genético ou qualquer material biológico humano para obtenção de material genético;

b) armazenamento de material biológico ou dados genéticos humanos no exterior e no País, quando de forma conveniada com instituições estrangeiras ou em instituições comerciais;

c) alterações da estrutura genética de células humanas para utilização in vivo;

d) pesquisas na área da genética da reprodução humana (reprogenética);

e) pesquisas em genética do comportamento; e

f) pesquisas em que esteja prevista a dissociação irreversível dos dados dos sujeitos de pesquisa.

E, mais, no item VI.4:

VI.4 – Nos casos previstos no item VI.3 acima, o CEP deverá examinar o protocolo, elaborar o parecer consubstanciado e enviar ambos à Conep com a documentação completa conforme a Resolução CNS n. 196/96, itens VII.13.a e b e VIII.4.c.1. O pesquisador deve ser informado que deverá aguardar o parecer da Conep para início da execução do projeto.

Em suma, é a própria resolução que atribui à Conep poder decisório último sobre todo o sistema.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Na verdade, Ministro Cezar Peluso, estou acompanhando, nesse aspecto, a manifestação dos Ministros Carlos Alberto Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, e a de Vossa Excelência que também já havia pontuado a respeito desse órgão central.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Eu simplesmente queria ressaltar, porque Vossa Excelência, como foi o último a manifestar-se sobre o assunto, lhe deu certo relevo, sem demérito algum às valiosas opiniões dos eminentes Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski.

Senhor Presidente, estou propondo, enfim, que a Corte enuncie como *interpretação conforme* que a Conep é o órgão último responsável pelo sistema e que, entre suas atribuições, está também a de aprovar ou rejeitar os nomes indicados para composição dos Comitês de Ética.

Para que não fique dúvida nenhuma nos registros, proponho, de modo bem claro, que se reconheça à Conep a posição de órgão central responsável, do ponto de vista ético, pelas pesquisas, com todas as competências a que já me referi, e com a que me parece implícita, a de poder aprovar ou rejeitar os nomes indicados para composição dos Comitês de Ética. E, com isso, não erguemos nenhum entrave à pronta execução da lei, porque não se sugere criação de nenhum órgão, que este já existe. E não vai nisto transtorno burocrático; a burocracia orgânica, aliás necessária, já existe. Estamos apenas declarando a necessidade de cumprimento de certas cautelas indispensáveis à prevenção dos riscos da tecnologia em si, imitando, nesse ponto, todos os países civilizados que aprovaram e disciplinaram as pesquisas.

O voto de Vossa Excelência – que foi o último – bem fez recapitulação de todos os argumentos da necessidade da existência desse órgão central.

Senhor Presidente, estou submetendo à Corte, pedindo vênia, mais uma vez, aos eminentes Ministros e a Vossa Excelência, todas essas considerações porque integrem o sentido da nossa decisão.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Celso de Mello: Senhor Presidente, pela ordem, no julgamento da presente ação direta formou-se uma maioria absoluta; há seis votos que julgam improcedente a ação e dos quais resulta um julgamento meramente declaratório, porque rejeita a pretensão de inconstitucionalidade, deduzida pelo Senhor Procurador-Geral da República.

Os seis votos proferidos **não estabelecem** qualquer tipo de restrição às pesquisas em torno das células-tronco embrionárias.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, por que seis votos?

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Seis votos**, considerados, nesse cômputo, os votos do Ministro *Ayres Britto*, **Relator**, da Ministra *Cármen Lúcia*, do Ministro *Joaquim Barbosa*, da Ministra *Ellen Gracie*, do Ministro *Marco Aurélio* e do meu próprio voto.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, por que Vossa Excelência me está excluindo? Julguei a ação improcedente.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Não, Vossa Excelência, na verdade, julgou parcialmente procedente esta ação direta, porque dá, à regra legal impugnada, interpretação conforme. **É da técnica** do Supremo Tribunal Federal que a interpretação conforme resulte em declaração de inconstitucionalidade parcial.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, pura discussão léxica sobre assunto secundário; não há, em meu voto, nenhuma restrição à constitucionalidade da lei, nem às pesquisas.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Há, sim, Ministro. Vossa Excelência, na verdade, aceita, em parte, a impugnação, pois admite a imposição de restrição às pesquisas científicas sobre células-tronco embrionárias, **o que é rejeitada**, expressamente, pelos seis (6) votos **que compõem** a maioria.

Na realidade, Sr. Ministro Cezar Peluso, há seis votos que simplesmente rejeitam, **sem** quaisquer adições, **sem** quaisquer restrições, **sem** quaisquer condicionamentos, **sem** qualquer exortação, **sem** qualquer apelo as limitações às pesquisas científicas admitidas pelos cinco (5) eminentes Ministros que compõem a minoria. O fato é que a utilização – plenamente legítima – da técnica da interpretação conforme pode levar, sim, ao exercício concreto das três possíveis funções propiciadas por essa técnica de decisão: (**1**) **função de escolha** entre várias soluções, (**2**) **função de correção** dos sentidos literais possíveis da regra legal **e** (**3**) **função de revisão** da lei. No caso, com a declaração de improcedência – **e há** seis votos que compõem a maioria absoluta declarando a improcedência da presente ação direta –, **não há** que se cogitar de exortação ou de apelo, ao legislador, de correção, de revisão do texto legal ora em exame.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Nem de insuficiência normativa. Nada.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não há necessidade nenhuma de regulamentação adicional, Ministro. Nenhuma. Não precisa sobrevir nada.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Então não há necessidade de proclamação alguma, mesmo porque a maioria não propõe. Ela dispõe...

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Por que Vossa Excelência não acha inerente ao sistema a necessidade de controle?

O Sr. Ministro Celso de Mello: Os seis votos proferidos entendem **que não há** déficit de regulamentação na norma do art. 5º do diploma legislativo em questão.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Vossa Excelência está achando que isso é questão de conveniência. Não é; trata-se de coisa própria do sistema.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Entendemos que o art. 5º da Lei de Biossegurança, em sua integralidade, **está em plena conformidade** com a Constituição, não precisando sofrer qualquer tipo de interpretação conforme, ou de interpretação corretiva, reducionista, expansiva **ou** aditiva.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, Vossa Excelência gastou uma hora para falar isso, que a lei perante a Constituição não precisa de nada? Juntando todas as horas, tudo que falamos foi inútil?

O Sr. Ministro Celso de Mello: Não. A responsabilidade de cada juiz, no desempenho da função de controle de constitucionalidade, a gravidade do problema e a alta responsabilidade de que se acham investidos os magistrados desta Suprema Corte, tudo isso impunha ampla reflexão, sim, e a prolação de votos muito bem fundamentados, como o de Vossa Excelência. Ocorre, no entanto, que o entendimento de Vossa Excelência não prevaleceu. Vossa Excelência está em posição minoritária. A verdade é esta: ainda que declarando improcedente a ação, no fundo Vossa Excelência está julgando-a parcialmente procedente, em face da interpretação conforme que propõe.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Sem meias palavras, é isso mesmo Excelência.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A esta altura, eu estava achando que eram inúteis.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Não são inúteis. O Advogado-Geral da União está aqui presente. Os membros do Congresso Nacional estão ouvindo e assistindo a este julgamento. Certamente adotarão, na esfera de competência de cada um dos Poderes, as providências que julgarem pertinentes.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, não queremos que eles adotem nada!

O Sr. Ministro Celso de Mello: E isso **não é** realmente necessário, segundo os seis que compõem a maioria, pois esses seis votos, ao julgarem improcedente esta ação direta, liberaram, sem qualquer restrição, a pesquisa científica em torno das células-tronco embrionárias.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): E com isso se respeita o princípio da majoritariedade, que é incito à democracia.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, não terminou o julgamento. Se houvesse já coisa julgada, não estava aqui a falar inutilmente.

O Sr. Ministro Celso de Mello: O julgamento está sendo concluído e, a não ser que algum Ministro que componha a maioria reconsidere a sua anterior posição, há de prevalecer, por evidente, a decisão que julga improcedente, **sem** qualquer restrição ou limitação, a **presente** ação direta de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, já disse outro dia ao Ministro Marco Aurélio e agora vou repetir a Vossa Excelência: estou fazendo uma ponderação. Se Vossa Excelência não a aceita, diga que não aceita, e acabou.

O Sr. Ministro Celso de Mello: É respeitabilíssima a ponderação de Vossa Excelência. **Não** questiono o seu direito de fazê-lo. Tecnicamente, contudo, a proclamação, neste caso, só pode ser uma: o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente, por maioria de seis votos, esta ação direta.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, é distinção formal, léxica.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Já está regulada!

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Há um projeto de lei do Deputado Pinotti exatamente sobre a Conep.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, se Vossa Excelência e também os Ministros **Celso de Mello** e **Cezar Peluso** me permitirem, vou falar, porque sou voto vencido na parte relativa ao mérito da ação, fiz questão de explicitar em longa fundamentação, diante da relevância da matéria, e também secundei a opinião manifestada pelo Ministro **Cezar Peluso**, desde o seu voto, com relação a essa preocupação. Mas, realmente, se nenhum dos Colegas que votaram nesse sentido reformular o voto, é evidente que o resultado é pela improcedência integral da ação, com os votos vencidos daqueles que, de uma maneira ou de outra, acrescentam esta ou aquela restrição.

De todos os modos, se Vossa Excelência ainda me permitir, gostaria de acrescentar, e o Ministro **Cezar Peluso** foi bastante preciso, que esta Comissão Nacional de Ética, tecnicamente, tem de alcançar também essas pesquisas, independentemente de qualquer manifestação que possa ser feita pela Suprema Corte, porque, conforme mostrou o Ministro **Peluso**, quer seja a ação, como agora nós estamos julgando, totalmente improcedente pela maioria dos Membros desta Suprema Corte, quer ela seja procedente, em parte, quer ela seja pela interpretação conforme, quer ela seja pela interpretação sem redução de texto, em qualquer circunstância que seja a técnica que se adote, a manifestação majoritária foi no sentido de que prevalece a integralidade do art. 5º. Agora, essa integralidade do art. 5º que há de permanecer, mantidos os votos que já foram proferidos, não significa que essas pesquisas escapem, necessariamente, a esse controle da Comissão Nacional de Ética. A meu sentir, seja qual for o resultado da Suprema Corte, hoje, essas pesquisas devem restar submetidas a este controle, porque explicitado na própria resolução.

Por outro lado, como disse o eminente Ministro **Celso de Mello**, desde o voto que proferi, chamei a atenção de que havia diversos projetos de lei, na Câmara e no Senado, com esse objetivo, e certamente esses projetos poderão mudar, acrescentar ou retirar qualquer um desses aspectos.

Concluo dizendo que acompanho, às completas, o voto de Vossa Excelência, igualmente o voto proferido pelo Ministro **Peluso**, nesta parte, mas saliento que, na minha concepção, independentemente do resultado, mantidos os votos pela improcedência da ação, esse Comitê Nacional de Ética terá eficácia também para essas pesquisas.

O Sr. Ministro Menezes Direito: O do Deputado Pinotti, é só o último que foi apresentado e foi apenso.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Eu apenas queria, se Vossa Excelência me permitisse, completar. Na minha perspectiva, estou dando essa interpretação, e me parece consentânea com a realidade do julgamento, porque, quando votei, eu já a inclui necessariamente, na mesma linha dos votos posteriores dos Ministros **Peluso** e **Gilmar Mendes**. Apenas estou entendendo que seria preferível que nós explicitássemos, mas esse não é o entendimento da maioria.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Folgo muito em ouvir, e sempre o faço com grande prazer e aprendo sempre, o que disse o Ministro Celso de Mello, porque Sua Excelência me deu, agora, um fundamento mais imediato para sustentar minha posição, que é apenas a de **de + clarar**, isto é, deixar claro. Por quê? Porque, se há um sistema óbvio, o que custa ao Tribunal tornar claro que o sistema existe? E por que torná-lo claro? Porque há, teoricamente, possibilidade de revogação das resoluções em pontos que atinjam a necessidade da existência desse órgão central.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Para nós, a lei é suficiente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Excelência, se a lei fosse suficiente, não existiria tribunal!

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não, mas nós já decidimos por seis a cinco. A lei é suficiente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: E nós não teríamos passado aqui bons dois dias a discutir-lhe a matéria, se a lei fosse suficiente.

O Sr. Ministro Carlos Britto: E a resolução é excelente. É de excelente qualidade.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Pois é. É apenas isso o que eu quero que se declare, Excelência.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas não precisamos declarar. Não faz parte da inicial. Não faz parte do pedido.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Excelência, quero só deixar claro. **De + clarar**.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: E sabe por que mais? Eu quero evitar é que a Corte assuma, eventual e implicitamente – e, aí, sim, gerando dificuldades de interpretação – a postura formal de que o sistema pode ser irresponsável.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não? Ótimo. É isso o que eu quero que se declare, Excelência. É ótimo.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Há um sistema institucionalizado de monitoramento, de vigilância, de fiscalização.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Pois é isso o que eu quero que se declare.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Mas isso não depende de qualquer declaração desta Suprema Corte, pois, conforme diz o eminente Ministro *Menezes Direito*, tal sistema já existe.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Excelência, tudo o que existe, pode ser declarado. O que não se pode declarar é só o que não existe.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Ministro *Peluso*, há seis votos, no entanto, que entendem sem sentido a declaração, que Vossa Excelência pretende ver proclamada, porque esses seis Juízes deste Supremo Tribunal, que compõem a maioria, julgam totalmente improcedente esta ação direta.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Seis, oito, dez votos...

O Sr. Ministro Celso de Mello: Seis votos – que constituem a maioria absoluta – que se revelam decisivos na definição do presente julgamento.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Excelência, estamos discutindo palavras, diante de uma realidade que exige clareza, sobretudo.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Parece-me **que não há** *déficit* de clareza, **não há** *déficit* de regulamentação. Ao contrário, efetuado o julgamento, seis votos julgam pura e simplesmente improcedente a ação direta e nada mais propõem. É isso que se aguarda que o eminente Presidente proclame: a prevalência do voto majoritário. Apenas isso!

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim. Excelência, que mal há em deixá-lo claro?

O Sr. Ministro Celso de Mello: Os seis votos que julgam improcedente esta ação direta são extremamente claros. Nada há, portanto, a esclarecer...

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Excelência, ontem eu declarei várias coisas, os jornais publicaram outras, hoje. Ontem deixei claras várias coisas.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas, então, *quid*? Eu estou julgando improcedente a ação.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Sem explicitação?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, declarando.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É evidente que, neste caso, quando nós, que formamos a minoria, estamos a dizer claramente que deve haver

um Comitê Central de Ética, o fazemos dizendo que isso deve integrar o próprio conceito no plano legal. Agora, há – e o Ministro Peluso trouxe, inclusive, essa resolução, a qual não havia sido objeto de discussão anteriormente – providências nesse sentido. Porém, o Ministro Peluso está propondo que essa ideia da resolução integre o próprio conceito, o próprio elemento central da decisão.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Claro!

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sua Excelência reconhece.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Todos compreendemos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Isso está devidamente esclarecido, mas, é claro que já há decisão do Tribunal no sentido da improcedência.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, peço-lhe que encerre e proclame a decisão. Este Tribunal hoje deu lições de serenidade. Aqui ninguém perde, ninguém ganha. Faço parte da minoria que está preocupada com aspectos que parecem extremamente sérios.

O Sr. Ministro Celso de Mello: A maioria **também** revela igual preocupação...

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu creio que sim. Quero deixar bem claro que os Colegas, sobretudo os mais antigos, devem ensinar-me a ter serenidade, a não me exaltar. Nós demos uma lição de reflexão hoje. Aqui não há individualidade nenhuma. Eu me considero integrado nesse todo e não preciso provar nada a ninguém.

No dia em que cheguei a esta Corte venci toda e qualquer individualidade, todo e qualquer impulso no sentido de tomar a minha singularidade como motivo determinante de qualquer ação minha.

Queria pedir a Vossa Excelência que encerre. Já sabemos o resultado que, para mim, não foi 6 a 5. Houve uma decisão do Tribunal do qual eu faço parte; e não sou senão um pedaço deste Tribunal.

De modo que é inútil, é descabido. Não precisamos ficar discutindo quem ganhou, quem perdeu. Quem ganhou foi o Tribunal todo. Este deve ser um momento de serenidade, e, se Vossa Excelência me permitir, vou me arrogar a circunstância de ser o mais velho, porque sou o mais velho dos onze. Rogo, em nome da celeridade, que Vossa Excelência encerre a sessão.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Em seguida, infelizmente, sou eu.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Ministro **Celso de Mello**, Vossa Excelência me perdoe, só para acentuar, como Vossa Excelência sabe, que muitas vezes o voto vencido de hoje é o voto vencedor de amanhã.

O Sr. Ministro Celso de Mello: E disso há, eminente Ministro *Menezes Direito*, exemplos históricos ocorridos nesta própria Suprema Corte.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, eu não sou célula-tronco, mas estou me congelando aqui.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não sei se eu vou ser aproveitada ou jogada fora, mas, por via das dúvidas, aumente a temperatura.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, tivemos a oportunidade de fazer debates extremamentes profícuos, intensos, sobre várias questões. Tivemos algumas perplexidades, inclusive, já na proclamação ontem, por conta dessa dificuldade, agora apontada pelo Ministro Celso de Mello, quanto ao próprio conceito de declaração parcial sem redução de texto ou interpretação conforme. Eu tenho procurado fazer um *distinguishing* entre as duas categorias, dizendo que, quando há declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, nós eliminamos um sentido normativo ou uma aplicação. Em geral, nesses casos, nós também nos filiamos à corrente daqueles que julgam improcedente com um dado sentido, mas isso não está claro. Se formos pesquisar na jurisprudência do Tribunal, encontraremos manifestações de toda índole, de toda ordem. O que interessa é que o Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator, Ministro Carlos Britto, julgou improcedente a Ação 3.510.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.510/DF — Relator: Ministro Carlos Britto. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União) e Congresso Nacional. Interessados: Conectas Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos – CDH (Advogados: Eloisa Machado de Almeida e outros), Movimento em Prol da Vida – MOVITAE (Advogados: Luís Roberto Barroso e outro), Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS (Advogados: Donne Pisco e outros e Joelson Dias), Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB (Advogados: Ives Granda da Silva Martins e outros).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente a ação direta, vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente, 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, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 29 de maio de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.105 — DF

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Requerente: Governador do Distrito Federal — Requerido: Ministro de Estado da Saúde

Processo objetivo – Arguição de descumprimento de preceito fundamental – Tomada como ação direta de inconstitucionalidade. Surgindo parâmetros próprios a ação direta de inconstitucionalidade, incumbe, considerado o gênero processo objetivo, tomar a arguição de descumprimento de preceito fundamental como a revelá-la.

Licitação – Regência – Ação direta de inconstitucionalidade – Relevância do pedido formulado – Deferimento de medida acauteladora. Mostra-se relevante pedido formulado quando portaria do Ministério da Saúde haja implicado verdadeiro aditamento à Lei 8.666/1993, que prevê requisitos próprios para ter-se a licitação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em deferir a medida cautelar, nos termos do voto do Relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 17 de março de 2010 — Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Valho-me das informações do Gabinete:

> O Governador do Distrito Federal argui, na inicial, o descumprimento de preceito fundamental em face do § 3º do art. 5º da Portaria 2.814, de 29 de maio de 1998, do Ministério da Saúde (fl. 57).
>
> Eis a redação do dispositivo impugnado:
>
> Art. 5º Nas compras e licitações públicas de medicamentos, realizadas pelos serviços próprios, e conveniados pelo SUS, devem ser observadas as seguintes exigências:
>
> (...)
>
> § 3º Às empresas distribuidoras, além dos documentos previstos no *caput* deste artigo, será exigida a apresentação de declaração do seu credenciamento como distribuidora junto à empresa detentora do registro dos produtos, bem como Termo de Responsabilidade emitido pela distribuidora, garantindo a entrega dos mesmos no(s) prazo(s) e quantidades estabelecidos na licitação.
>
> Discorre o requerente acerca dos requisitos para o cabimento da via processual, apontando a legitimação ativa do Governador, os preceitos fundamentais ditos

lesados pelo ato do poder público e a inexistência de outro meio eficaz, com efeito vinculante e *erga omnes*, para sanar o vício, tendo em conta a ausência deste caráter no controle difuso e o não cabimento de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade contra norma secundária – portaria.

Motiva a necessidade dos efeitos do controle objetivo ante as decisões discrepantes sobre o tema, o que vem, segundo alegado, causando perplexidade pelos enfoques diversificados na análise jurídica da norma quanto a fatos idênticos. Assevera a insegurança jurídica buscando demonstrar o descompasso de entendimento a partir de pronunciamentos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, evocando, como exemplo, os seguintes acórdãos favoráveis ao pleito do Distrito Federal – no sentido de afastar a aplicação do dispositivo ora questionado: Agravos de Instrumento 2006.00.2.001291-8, relatado pela desembargadora Vera Andrighi; 2006.00.2.002950-8, da relatoria da desembargadora Leila Cristina Arlanch; 2006.00.2.001532-4, da relatoria do desembargador Luciano Vasconcelos; 2005.00.2.006516-5, relatado pelo desembargador Cruz Macedo; 2005.00.2.006758-1 e 2006.00.2.002970-0, ambos relatados pelo desembargador Hermenegildo Gonçalves.

Menciona como contrárias ao Ente Distrital, aplicando o dispositivo suscitado, as decisões prolatadas no Agravo de Instrumento 2006.00.2.006612-6, relatado pelo desembargador Fernando Habibe, do mesmo Tribunal, e a Decisão 4661/2005, proferida no Processo 26.006/2005, da Corte de Contas do Distrito Federal.

No mérito, alega que o preceito suscitado inova o ordenamento, criando novo requisito para a participação nas licitações públicas que envolvam compra de medicamentos, porquanto não previsto no art. 40 da Lei 8.666/1993 ou no art. 4º da Lei 10.520/2004, considerada a figura do credenciamento prévio da empresa concorrente no laboratório detentor do registro do produto.

Sustenta o descumprimento aos seguintes princípios fundamentais:

a) ao princípio republicano, contido no art. 1ª da Constituição de 1988, tendo em conta o preceito deixar ao arbítrio de particulares, privilegiados pelo comando, a escolha de quem poderá participar das licitações públicas para a compra de medicamentos, passando a submeter as esferas de Governo.

b) aos princípios da impessoalidade, da razoabilidade, da eficiência e da economicidade, previstos no art. 37 da Constituição da República, ante a possibilidade de formação de reserva de mercado pelos laboratórios que detêm o registro dos medicamentos, impedindo o poder público dos demais entes federados de adquirir produtos pelo menor preço.

c) aos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da liberdade de exercício ao trabalho, expressos no inciso V do art. 1º, no inciso XIII do art. 5º, e, na cabeça, inciso IV e parágrafo único do art. 170 da Carta Federal, à medida que restringe a participação nas licitações públicas, diminuindo a disputa e propiciando o superfaturamento nos preços das mercadorias.

d) aos princípios da legalidade, da liberdade e da ampla acessibilidade nas licitações públicas, previstos no inciso II do art. 5º e no inciso XXI do art. 37 do Diploma Maior, porquanto cria requisito que restringe, sem lei formal, o direito de o poder público contratar e a liberdade de o particular concorrer em licitações.

e) ao direito à saúde, disposto nos arts. 6º e 196 do texto constitucional, pois o dispositivo suscitado vem inviabilizando a compra de remédios, considerados os preços exigidos, superiores aos ofertados em licitação ampla, e a capacidade do orçamento distrital.

Menciona como precedentes da Corte, entre outros, as ADPF 17/AP, Rel. Min. Celso de Mello, publicada no *DJ* de 28 de setembro de 2001; 33/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, publicada no *DJ* de 30 de agosto de 2004, 46/DF, da relatoria de Vossa Excelência, publicada no *DJ* de 20 de junho de 2005.

Pleiteia a concessão de medida acauteladora para suspender o andamento ou os efeitos de decisões judiciais nos processos relativos ao preceito ora suscitado, autorizando aos entes federados adquirir medicamentos, mediante licitação, sem necessidade de exigir dos participantes o termo de credenciamento prévio junto aos laboratórios detentores de registro, e, alfim, pede a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, do dispositivo questionado. Postula, na eventualidade de não ser reconhecida a adequação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o recebimento da inicial como a consubstanciar ação direta de inconstitucionalidade, considerado o princípio da fungibilidade.

Acompanham a inicial os documentos de fls. 29 a 144.

O processo veio à conclusão para o exame do pedido de medida acauteladora.

Em 19 de fevereiro de 2008, lancei visto no processo, determinando a expedição de papeleta para a submissão ao Plenário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Observem a via estreita da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Indispensável é ter-se como configurada, de início, a espécie e não se contar na ordem jurídica com meio eficaz de sanar a lesividade. Em síntese, pela própria natureza da ação constitucional, os casos a retratarem a adequação respectiva surgem no campo da excepcionalidade.

Pois bem, o que há no caso? Articula-se com a ofensa aos princípios constitucionais republicanos da livre iniciativa, da legalidade, da liberdade do exercício de qualquer trabalho e do relativo ao direito à saúde. Alude-se também aos princípios da impessoalidade, da razoabilidade, da eficiência e da economicidade, bem como ao do livre acesso às licitações públicas. Eis o que prevê o § 3º do art. 5º da Portaria 2.814/1998 do Ministério da Saúde:

Art. 5º Nas compras e licitações públicas de medicamentos, realizadas pelos serviços próprios, e conveniados pelo SUS, devem ser observadas as seguintes exigências:

(...)

§ 3º Às empresas distribuidoras, além dos documentos previstos no *caput* deste artigo, será exigida a apresentação de declaração do seu credenciamento como distribuidora junto à empresa detentora do registro dos produtos, bem como Termo de Responsabilidade emitido pela distribuidora, garantindo a entrega dos mesmos no(s) prazo(s) e quantidades estabelecidos na licitação.

Neste exame, não cabe discorrer sobre a harmonia com a ordem natural das coisas, no âmbito da administração pública, do que explicitado no preceito. Apenas incumbe considerar que possível extravasamento do campo próprio às

portarias pode ser resolvido em outra seara, notando-se mesmo, como aventado na inicial deste processo, a ação direta de inconstitucionalidade.

Em síntese, não se está diante de quadro excepcional a ditar a sequência do pedido na nomenclatura a princípio cogitada, ou seja, sob a roupagem de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Voto no sentido de recebê-lo como a estampar, em processo objetivo, o pleito de declaração de inconstitucionalidade do citado § 3º do art. 5º da Portaria 2.814/1998.

DEBATE

O Sr. Ministro Celso de Mello: Vossa Excelência entende que, no ponto, esse ato normativo tem caráter de um ato autônomo?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Seria o caráter de um ato normativo abstrato autônomo, aditando aqueles requisitos próprios previstos na Lei 8.666/1993.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Mais um esclarecimento de Vossa Excelência, se possível: leio, no memorial apresentado pelo eminente Advogado-Geral da União, que essa norma teria sido derrogada há nove anos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não tenho esse dado.

O Sr. Ministro Celso de Mello: O Governador do Distrito Federal ajuizou esta ação direta e, ao fazê-lo, registrou, na petição inicial, o que se segue:

> Confira-se com o inteiro teor da portaria mencionada, especificando-se que apenas o art. 5º, § 3º, é objeto da presente impugnação.

O Advogado-Geral da União, em referido memorial, sustenta, em caráter preliminar, que não mais subsistiria o objeto de impugnação. Eis o que Sua Excelência afirma:

> Não obstante a presente ação tenha sido ajuizada em 13 de setembro de 2007, o dispositivo impugnado, art. 5º, § 3º, foi suprimido da redação da Portaria n. 2.814, desde 9 de outubro de 1998, por meio da Portaria Ministerial n. 3.716, de 8 de outubro de 1998.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Tenho o texto aqui. Dá nova redação ao art. 5º e cancela os parágrafos, conservando parágrafo único.

PROPOSTA DE DILIGÊNCIA

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): A manifestação do Advogado-Geral da União não está no processo, talvez seja o caso de implementar-se diligência para ouvi-lo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), no processo, não houve pleito de juntada, por isso não fiz referência no relatório e no voto.

Agora, se surge esse memorial na bancada, preconizo a diligência para que o autor da ação se pronuncie. Antes, ouvindo-se o Advogado-Geral da União, para que peticione sobre a revogação da lei conforme retratado no memorial.

EXTRATO DA ATA

ADPF 121-MC/DF — Relator: Ministro Marco Aurélio. Arguente: Governador do Distrito Federal (Advogada: PGDF – Roberta Fragoso Menezes Kaufmann). Arguido: Ministro de Estado da Saúde.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, converteu o julgamento em diligência. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausentes, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, os Ministros Gilmar Mendes e Carlos Britto.

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, 13 de março de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO
(Sobre diligência)

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Na assentada em que teve início o julgamento, veio à balha notícia sobre a revogação do ato normativo envolvido na espécie – certidão de fl. 149. A União insistiu no que veiculado, asseverando a revogação do preceito. O Governador do Distrito Federal afirmou a prevalência do dispositivo envolvido.

Observem a sequência de portarias havida. A primeira, de número 2.814, de 29 de maio de 1998, na versão primitiva, não conteve preceito como o que se diz a conflitar com a Constituição Federal. Seguiu-se a Portaria 3.716, de 8 de outubro de 1998, publicada no *Diário Oficial* de 9 de outubro de 1998, alterando a redação originária do art. 5º da Portaria 2.814/1998, sem dispor sobre a matéria envolvida neste processo. No mesmo mês de outubro, foi editada a Portaria 3.765, de 20 de outubro de 1998, e, mais uma vez, não surgiu a regência apontada como desarmônica com preceito fundamental da Carta de 1988.

Pois bem, houvesse parado aí, não teria dúvida quanto à inexistência da disciplina que se entende incompatível com os ditames maiores. Ocorre que, em 18 de novembro de 1998, ou seja, após a última das portarias referidas – a de número 3.765 –, a Portaria 2.814 foi novamente publicada. Então, procedeu-se ao aditamento do preceito tido como extravagante. Em síntese, não houve a revogação, mas o aparecimento de uma nova disciplina, e é justamente esta que se aponta na inicial como a discrepar do texto da Constituição. Rejeito a questão aventada. Retorno ao voto.

DEBATE

O Sr. Ministro Celso de Mello: Vossa Excelência, Senhor Relator, observa que o § 3º do art. 5º da Portaria 2.814/1998 teria sido restaurado?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): É justamente esta parte última.

Ocorre que, em 18 de novembro de 1998, ou seja, após a última das portarias referidas – a de número 3.765/1998 –, a Portaria 2.814/1998 foi novamente publicada. Então, procedeu-se ao aditamento, nessa última publicação, do preceito atacado.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Na última publicação, portanto, em novembro de 1998.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Foi quando surgiu a disciplina que, segundo se articula, extravasa as exigências da Lei de Licitação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): A regra do § 3º do art. 5º.

Na verdade, aqui, o que o eminente Relator está a identificar é que seria cabível a ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que o preceito é autônomo, não é regulamentar, é aparentemente autônomo em relação ao sistema jurídico ordinário.

Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência propõe que a arguição de descumprimento de preceito fundamental seja conhecida como ação direta de inconstitucionalidade?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Sim.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Creio que já temos até precedentes nesse sentido.

VOTO
(Sobre diligência)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, eu concordo. Nem sempre isso seria possível, mas neste caso é possível porque o Governador do Distrito Federal teria legitimidade também para ingressar com uma ação direta de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Tem legitimidade, trata-se de direito pós-constitucional também. Não resta dúvida quanto ao cabimento.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Exato. Não há problema nesse aspecto.

DEBATE

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, só um pedido de esclarecimento ao Relator, diante da dúvida suscitada pelo Ministro Celso de Mello – e que já era minha inicialmente.

Esse artigo foi revogado expressamente por outra portaria. Depois disso, ela só foi republicada?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Foi.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), foi republicada, e tivemos a veiculação de contornos próprios a uma nova portaria, muito embora com o mesmo número.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Pois é. Isso é que me pareceu estranho: republicar a mesma portaria, com o mesmo número e com a mesma data anterior?

O Sr. Ministro Ayres Britto: A data não é a mesma.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Que passou a regulamentar essa matéria.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A mesma portaria já estava revogada, com o mesmo número e com a mesma data?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Com o mesmo número, mas mudou a data.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É, porque a primeira, a de número 2.814, era de 29 de maio de 1998.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Talvez, quem sabe, numa economia quanto aos números.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Uma boa justificativa.

É uma nova portaria; deveria ter outro número, evidentemente. Como é que se republica uma portaria? É como republicar-se uma lei antiga.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: O documento trazido pelo Advogado-Geral para o Ministro Relator foi, inclusive, protocolizado aqui no Supremo em 22 de abril deste ano.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Perdão.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: O documento dando notícia da alteração normativa foi protocolizado para o Ministro Relator, pelo Advogado-Geral da União, em 22-4-2008, quando então já tinham ocorrido aquelas mudanças e ele não teria dado notícia. Isso me parece, Ministro Cezar Peluso, na linha do que disse Vossa Excelência, mais estranho.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Exatamente. Ele confirma que está revogada.

O Sr. Ministro Ayres Britto: E o teor é o mesmo. O § 3º do art. 5º da portaria foi republicado com o mesmo teor.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Acho que republicaram por engano, pensando que estava em vigor.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não há nenhum acréscimo em *consideranda*?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Nada.

O Sr. Ministro Ayres Britto: De acordo com o que estou lendo, é *ipsis verbis*, é uma reprodução literal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): O que temos, e isso é mais do veículo que noticiou a portaria:

> **título**: Portaria n. 2.814, de 29 de maio de 1998 (**Versão Republicada – 18-11-1998**)

Essa versão é que contém o dispositivo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Que contém o dispositivo impugnado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: E não foi nem assinada depois; ela foi só republicada.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Exato.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas estou lendo o § 3º das duas versões e ele é idêntico.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O Distrito Federal se manifesta sobre isso e diz o seguinte:

> **Assim, diferente do que alegado pelo Advogado-Geral da União, não houve**, nesta Portaria n. 3.716/1998, nem a revogação do artigo 5º, § 3º, da Portaria n. 2.814/1998 **(porque o referido § 3º nem sequer existia, como visto)**, nem mesmo a inserção do requisito do credenciamento prévio das empresas distribuidoras (...)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Existia, sim. O documento está aqui.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Fico com o voto que confeccionei após examinar o processo, no qual busquei revelar aos Colegas que o preceito, até novembro, não existia – o § 3º do art. 5º. Portanto, não pode ter sido revogado por um diploma anterior.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A Portaria 3.716 diz o seguinte:

> Art. 1º O artigo 5º da Portaria Ministerial n. 2.814, de 29 de maio de 1998, publicada no *Diário Oficial da União* de 1º de junho de 1998, passa a vigorar com a seguinte redação:

Aí dá nova redação e apresenta apenas o parágrafo único; ou seja, acabou com todos os parágrafos anteriores. Portanto, revogou expressamente o § 3º.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): E, posteriormente, veiculou-se, para conhecimento geral, o teor da Portaria 2.814/1998 com uma novidade: a exigência à qual me referi e que – penso – extravasa a Lei de Licitações.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Na versão anterior da Portaria 2.814 havia o art. 5º e o parágrafo único.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Art. 5º, § 3º.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não, na primeira versão.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É, na primeira versão. Essa que era objeto da ação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por sua Excelência), não, Ministro, perdoe-me, pois talvez esteja a lidar com elementos diversos, que são os contidos no processo.

Procedi ao exame desses elementos e revelei ao microfone que só se passou a ter a disciplina atacada na inicial desta ação em novembro de 1998. Houve modificação substancial do art. 5º, que passou a ter quatro incisos e três parágrafos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Na versão original publicada neste documento há tão somente o art. 5º com o parágrafo único.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Imagino que se tenha tomado de empréstimo o número da portaria e realmente formalizado, com as assinaturas devidas, esse novo teor.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Na primeira versão tem a Portaria 2.814 com o art. 5º e um parágrafo único. Na verdade, é uma nova portaria, por todos os tipos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): É uma nova portaria. Surgiu o art. 5º com quatro incisos e três parágrafos.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Quando eu disse que os textos eram idênticos, estava me louvando no próprio relatório. O relatório de Sua Excelência o Ministro Marco Aurélio disse:

> Eis a redação do dispositivo impugnado:
> Art. 5º (...)

E vem o § 3º, ambos referidos à Portaria 2.814, de 29 de maio de 1998. Quando comparei com a redação do § 3º, já com a data de 18-11-1998, verifiquei que a redação é igual.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É igual. E, mais, o memorial do Distrito Federal, distribuído agora, transcreve a portaria com data de 13 de abril de 1998 e com a redação, exatamente, do art. 5º, § 3º. E grifa ainda por cima.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O documento do Distrito Federal afirma assim:

> Em 1 de junho de 1998, foi publicada originalmente a Portaria n. 2.814/1998, de 29 de maio de 1998 (...). Por meio do artigo 5º, a portaria original definiu as exigências para participação em licitações públicas para aquisição de medicamentos nos seguintes termos:

Aí, em relação ao art. 5º, há a regra do *caput* e um parágrafo único.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Sem o § 3º.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Exatamente. Só há o parágrafo único.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Na última versão, antes da republicação a que me referi, tivemos o seguinte teor, introduzido pela Portaria 3.765/1998:

> Art. 5º Nas compras e licitações públicas de medicamentos, realizadas pelos serviços próprios, e conveniados e contratados pelo SUS, devem ser observadas as seguintes exigências:

Então, tem-se os quatro incisos e o parágrafo único. Quer dizer, não havia, como disse, quanto ao incidente, esse regramento, essas exigências outras, que, a meu ver, extravasam de início – é o meu convencimento – a Lei de Licitações.

E quando se republicou – não sei se a pretexto de republicar ou se realmente se formalizou com o mesmo número uma outra portaria –, inseriu-se, para conhecimento público, o § 3º, que passou a ser acionado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Se concedermos liminar agora e verificarmos, no curso do processo, que não está em vigor, também não prejudicará em nada.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Até essa colocação de suspender é harmônica com o que articulado sobre a revogação.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, *data venia*, superada essa preliminar, no mérito, tenho as minhas dúvidas quanto à suspensão, com todo respeito pelo eminente Relator.

Estou examinando aqui que, nos *consideranda* constantes no início da portaria, o móvel que presidiu a sua edição foi justamente evitar que o sistema público de saúde pudesse adquirir produtos suspeitos de alteração, adulteração, fraude ou falsificação, com risco comprovado à saúde. E, em seguida, vem uma série de dispositivos.

O art. 5º estabelece algumas regras concernentes a compras e licitações públicas de medicamentos para o Sistema Único de Saúde (SUS).

E o que temos no art. 3º? Temos uma exigência de que o licitante tenha, de um lado, condições técnicas para entregar o produto licitado, ou seja, ele tem de ser um distribuidor registrado daquele fornecedor que tem a autorização, a patente, a licença para comercializar esse produto. Exige-se, também, um termo de responsabilidade emitido pela distribuidora de que esses remédios serão entregues nos prazos e nas quantidades especificadas. Por quê? Porque o sistema público de saúde não pode se sujeitar a fazer uma licitação e, de repente, ver seus hospitais e ambulatórios desguarnecidos daqueles remédios essenciais para o atendimento dos seus pacientes, especialmente dos emergenciais.

Estou consultando a Lei 8.666, Lei de Licitações, que estabelece uma série de requisitos quanto à qualificação técnica, jurídica e fiscal dos licitantes. É preciso apresentar uma série de documentos. O art. 30 da Lei 8.666 estabelece que, quanto à documentação relativa à qualificação técnica, o licitante deverá exibir:

> Art. 30.
> (...)
> II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

Então, Senhor Presidente, com todo respeito, à primeira vista, entendo tratar-se de uma portaria que está regulamentando a forma como os licitantes participarão desses certames públicos que dizem respeito ao fornecimento de medicamentos para a rede pública de saúde.

Num primeiro momento, não me parece que isso seja inconstitucional ou confronte frontalmente com a Lei de Licitações. Isso num exame de mera delibação. Essa é a ponderação que faço.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O problema é que restringe o universo dos concorrentes possíveis. Empresas não credenciadas pelo fabricante podem ter o produto e oferecê-lo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Não, pelo distribuidor. Mas acontece que, no mercado de medicamentos, há certos produtos que têm patentes, são distribuídos por determinadas empresas. Se alguém ganha uma licitação sem estar credenciado pelo distribuidor que tem a patente ou sem demonstrar que tem condições de oferecer, mesmo em quantidade suficiente, os produtos licitados, o que acontece? Ele ganha a licitação e, depois, vai ao mercado comprar esses produtos para fornecer para a rede pública. A preocupação inicial da exposição de motivos da portaria é até com o risco de fornecimento de medicamentos falsificados, adulterados.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, porque o art. 6º é expresso.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: O que diz o art. 6º?

O Sr. Ministro Cezar Peluso:

> Art. 6º As distribuidoras devem apresentar, no caso de vencerem a licitação, certificado de procedência dos produtos lote a lote (...)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Tudo bem, é um dos problemas que está sendo obviado, mas e a quantidade? E a garantia?

Imagino a situação de o Hospital das Clínicas de São Paulo comprar um imenso lote de medicamentos, anestésicos, antibióticos etc. e, de repente, o fornecedor não consegue fornecer essas mercadorias. E como fica? Para o Hospital das Clínicas?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas isso pode acontecer até com uma empresa credenciada.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Isso é uma especificação que deve constar de um futuro edital e, com todo respeito, não vejo uma inconstitucio-

nalidade flagrante nisso. É uma regulamentação do Ministério da Saúde com relação às compras. É um cuidado que ele está tendo, devidamente justificado na exposição de motivos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Ministro, não assentei meu voto no convencimento quanto à inconstitucionalidade flagrante. Contentei-me, porque estou no campo da medida acauteladora, com a relevância do pedido.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: De fato, a inconstitucionalidade teria de ser *ictu oculi*.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas a petição inicial traz uma série de outras ponderações, inclusive a questão de as empresas credenciadas ficarem com o monopólio, até do preço.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim, é o problema da concorrência.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Exatamente, limita a concorrência. Isso, de certo modo, pode agravar o sistema, porque dá preferência a quem está credenciado. E as empresas produtoras credenciam quem elas querem.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: No campo da saúde, eu agiria com cuidado, não posso imaginar que o Ministério da Saúde, nessa portaria, explicitando esses cuidados, queira limitar a concorrência. Na verdade, ele deseja garantir que o Sistema receba os produtos a tempo, a hora e com a qualidade adequada.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Aliás, o fato de essa norma ter sido revogada por outra portaria demonstra que, pelo menos, havia dúvida quanto ao acerto dela. Ninguém revogaria uma norma, se entendesse ser muito salutar ou tão obviamente salutar.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Foi reformulada, na verdade.

Mas, se Vossa Excelência me permite, remanesce a questão da quantidade dos remédios, se é que se mostra possível, a tempo e a hora, fornecer a quantidade exigida.

Sei que é muito comum – todos que já trabalharam na administração pública sabem disso – que, quando se contrata uma obra, a empreiteira precisa comprovar o número de caminhões, de basculantes, de tratores, enfim, de equipamentos que possui; ela precisa comprovar, previamente, que tem condições de entregar a obra ao seu cabo, ao seu termo. Ou isso está no edital ou em outro ato regulatório da licitação.

Não vejo nada de extraordinário nessa portaria no tocante à exigência de que o fornecedor comprove, antecipadamente, que tem condições de cumprir com o licitado. Como, por exemplo, o capital mínimo.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Preocupo-me com a advertência procedente do Ministro Cezar Peluso de estarmos, aqui, a estreitar o âmbito de competição dos interessados nessa licitação. Porém, quando leio o art. 30 da Lei 8.666, citado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, no inciso II, encontro algo que me parece consentâneo com a Constituição Federal, em matéria de saúde, especificamente:

> Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
> I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

O art. 30, inciso II, citado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, diz:

> Art. 30.
> (...)
> II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal (...)

Ou seja, há um cuidado. A lei prevê esse cuidado com a capacidade técnica do licitante para fornecer certos produtos. E, de fato, em matéria de saúde, estou agora a entender que o § 3º do art. 5º da Portaria – agora adversado – não é irrazoável; ele prima pela razoabilidade.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, deixe-me fazer uma ponderação a Vossa Excelência. Se prestarmos bem atenção ao que está escrito no § 3º, veremos que é coisa inútil. O termo de responsabilidade é assinado pela própria distribuidora. Não é termo de responsabilidade do produtor.

Em outras palavras, todo o mundo que entra numa licitação se compromete a cumprir-lhe – eventualmente em caso de vencer a licitação – as obrigações correspondentes. De outro modo, o termo de responsabilidade, como garantia de entrega, significaria o quê? Nada.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mais uma razão pela qual não se está cerceando o universo dos licitantes**,** pois se é tão fácil assinar um termo de licitação, qualquer licitante o faz. Ou isto é um documento que implica efetiva responsabilidade, ou não.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não. O problema não está aí; está na exigência do credenciamento. Assinar um termo de responsabilidade dizendo que vai cumprir o objeto da licitação é coisa que qualquer vencedor de licitação tem de fazer. Aí, a meu ver, não há inconstitucionalidade, não há ofensa nenhuma.

O problema não é aí. O problema é só permitir a participação de quem tenha, por parte do produtor, o certificado de credenciamento e de exclusividade.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sim, porque é um mercado muito especial. Temos dois valores a ponderar: de um lado, a saúde pública e, do outro, a livre iniciativa, a livre concorrência.

O Sr. Ministro Ayres Britto: A saúde é direito fundamental, também, desde o art. 6º.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Nesse ponto, penso que a balança pende para o lado da saúde pública, sobretudo em não sendo tão evidente a inconstitucionalidade, a meu ver, porque me parece que a portaria está se

limitando a regulamentar o art. 30 da Lei 8.666. Essa é a verdade. Quer dizer, está trazendo para o campo específico da saúde pública as exigências da licitação que lá se cuida.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Com todo respeito, parece-me que não permite que outras empresas, eventualmente tão idôneas quanto as credenciadas e que tenham o mesmo produto, possam apresentar as mesmas garantias e o preço menor.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mas é porque – permita-me uma expressão até um pouco mais contundente – há vários aventureiros que se lançam nessas licitações; há verdadeiros bucaneiros na área da saúde pública.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas há outro aspecto também que Vossa Excelência conhece melhor do que eu. Aliás, o Brasil já interveio eficazmente, e agora a Organização Mundial da Saúde reconheceu a correção do procedimento do Ministério da Saúde do Brasil contra as empresas produtoras e detentoras de patentes de produtos médicos, que é um setor fechado.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Veja, Vossa Excelência, uma questão interessante. Hoje existem patentes internacionais. Recentemente o País, num ato criticado mundialmente por alguns, mas aplaudido por outros, quebrou a patente dos remédios que combatem a aids, o famoso coquetel antiaids. Se for o caso de se quebrar, eventualmente, alguma patente, e permitir que o mercado se amplie no que tange ao fornecimento de determinados remédios, isso em tese é possível, mas acontece, pela leitura que faço do § 3º, art. 5º, que se trata de um mercado restrito, em que existem medicamentos distribuídos em função dessas patentes internacionais, ou pela *expertise,* ou pelas fórmulas muito específicas, dominadas por alguns laboratórios apenas.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, *data venia*, se isso fosse verdade, a norma seria inútil, porque só quem tem credenciamento poderia apresentar o produto. Se a norma veio, é porque havia possibilidade de entrega dos mesmos medicamentos por quem não tem credenciamento. Isso, sem ilegalidade alguma.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Na verdade, o produtor passa a ter o poder.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Claro. Se só o credenciado pudesse, legalmente ou por contratos com o produtor, ser o único revendedor do produto, a norma seria inútil. A norma veio exatamente porque havia mercado onde os produtos eram oferecidos também por empresas não credenciadas.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Se esse dispositivo consubstancia uma política pública no setor sensível da saúde, penso que ele repousa, também, descansa no regaço do art. 196 da Constituição que é muito interessante:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ou seja, é um setor específico esse da saúde que merece cuidados especiais, sobretudo quando os medicamentos são fornecidos ao Poder Público, à rede de saúde pública para repasse a consumidores finais. A responsabilidade, aí, do setor público é muito grande. Estou achando razoável a exigência do § 3º.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O que deu, então, no Ministério que, logo em seguida, alguns meses depois, revogou, Ministro?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Está aperfeiçoando a legislação. Ocorre que o vencedor da licitação, se se eliminar esse § 3º, buscará o produto – quem sabe – num país vizinho sabe-se lá como, ou providenciará uma importação regular.

Encaminho meu voto, com todo respeito, no sentido do indeferimento da cautelar.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, peço vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio, pois entendo perfeitamente pertinentes, e sustentadas no melhor da Constituição e da Lei 8.666/1993, as preocupações de caráter jurídico e social do Ministro Ricardo Lewandowski que, é claro, são de todos.

De toda a sorte, creio que, em primeiro lugar, há amparo, pelo menos à primeira vista, a ser verificado no exame de mérito e pode-se chegar a outro resultado. Porém, a manutenção dessa norma não agrava em nada e não coloca em risco nenhum dos valores que são tutelados pelo sistema. Em segundo lugar porque, de toda a minha experiência, tanto de membro de comissão de licitação como de advogada na área, sei muito bem não serem poucas as vezes em que comparecem empresas que, depois, não podem oferecer de imediato o objeto da licitação – essa é uma das preocupações contidas nos *consideranda* dessa portaria. Isso pode levar, sim, ao comprometimento, uma vez que, lá, o posto de saúde fica a esperar quando o paciente, doente, nem sempre pode aguardar.

Acredito que foram essas as preocupações, tal como expressas tanto pelo Advogado-Geral da União quanto nos *consideranda* – de que havia adulteração de remédios e tudo o mais –, que, de alguma forma essa norma tentou coarctar. Razão pela qual, reitero, peço vênia ao eminente Ministro Relator para acompanhar a divergência iniciada pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, estamos ponderando, aqui, valores de estatura constitucional. E as considerações são bem feitas pelo Ministro Ricardo Lewandowski, de um lado, e pelos Ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio de outro. Mas aprendemos, cada vez mais, com a doutrina e com a jurisprudência, que, em matéria de saúde e de meio ambiente, o princípio da precaução termina sendo o divisor de águas, o critério definidor ou superador do impasse, ou seja, na dúvida entre valores igualmente prezáveis pela Constituição,

há de se prestigiar o comportamento que signifique evitar um dano que pode se tornar irreversível, e até letal, em matéria de saúde pública.

Então, ainda com base nesse princípio da precaução, também acompanharei o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, *data venia* de entendimento contrário.

PROPOSTA DE DILIGÊNCIA

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, peço vênia aos eminentes Ministros para voltar ao termo inicial. Leio aqui, na legislação, a Portaria 2.814, de 29 de maio de 1998, versão consolidada, republicada no *DO* em 18-11-1998, sem o § 3º. É exatamente a redação da Portaria 3.716/1998.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Então a ação direta de inconstitucionalidade perdeu o objeto.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Quer dizer, nessa versão consolidada, foi suprimido o § 3º.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não. Ficou a redação da portaria que alterou a redação do artigo.

O Sr. Ministro Celso de Mello: De outubro.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Da Portaria 3.716/1998.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Então, há uma questão prejudicial a ser apreciada.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Já havíamos baixado em diligência exatamente como era.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Creio que a melhor solução é baixarmos em diligência para apurar essa questão. Se o Ministério reconsiderou, é porque realmente encontrou algum motivo, mas, se manteve a redação sem o parágrafo, isso reforça a nossa preocupação. Na verdade, a portaria foi republicada com a mesma data.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, houve a diligência. De certa forma, fui surpreendido com a aventada revogação. Examinei as sucessivas portarias, as sucessivas versões do ato apontado como normativo abstrato, e cheguei à conclusão de que continua figurando no ordenamento jurídico o § 3º. Não sei o que mais faria para encontrar um dado qualquer que viesse a conduzir a mim próprio e ao Tribunal a assentar o prejuízo do pedido. Por isso, entendo que não cabe mais diligência. Já fizemos uma.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O Ministério da Saúde já informou se essa portaria está em vigor?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Entendo que não cabe ouvir o Ministério da Saúde, já que se tem balizas próprias subjetivas no processo, na ação direta de inconstitucionalidade. Mas esse é um ponto de vista.

EXTRATO DA ATA

ADPF 121-MC/DF — Relator: Ministro Marco Aurélio. Arguente: Governador do Distrito Federal (Advogado: PGDF – Roberta Fragoso Menezes Kaufmann). Arguido: Ministro de Estado da Saúde.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade, recebeu a ação de descumprimento de preceito fundamental como ação direta de inconstitucionalidade. Em seguida, após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferindo a cautelar, o Tribunal, por maioria, determinou novo pedido de diligência, no sentido de que se oficie ao Ministro de Estado da Saúde a fim de que este informe de modo preciso sobre a vigência da portaria impugnada, vencido o Relator. Ausentes, justificadamente, os Ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau e Menezes Direito.

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

Brasília, 26 de junho de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Inicialmente, esta ação direta de inconstitucionalidade foi autuada como ADPF 121-8/DF. Na assentada de 26 de junho de 2008, em continuação a julgamento, o Tribunal recebeu a referida ação como ação direta de inconstitucionalidade e, em seguida, após o meu voto deferindo a medida acauteladora, determinou nova diligência "no sentido de que se oficie ao Ministro de Estado da Saúde a fim de que este informe de modo preciso sobre a vigência da portaria impugnada, vencido o Relator. Ausentes, justificadamente, os Ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau e Menezes Direito. Presidência do Ministro Gilmar Mendes" (fl. 263).

Com a peça de fl. 272, o Ministro de Estado da Saúde encaminhou à Corte manifestação do Consultor Jurídico daquele Ministério, que pode assim ser resumida:

a) o art. 5º da Portaria GM/MS 2.814, de 29 de maio de 1998, possui quatro versões publicadas;

b) a primeira foi veiculada no *Diário Oficial da União* de 1º de junho de 1998, sem o preceito impugnado (fl. 278);

c) a segunda redação do art. 5º decorreu da alteração implementada por meio da Portaria 3.716, publicada no *Diário Oficial* de 9 de outubro de 1998 (fl. 281);

d) a terceira versão veio à balha mediante a Portaria 3.765, veiculada no *Diário Oficial* de 22 de outubro de 1998 (fl. 280);

e) a Portaria 2.814, de 29 de maio de 1998, foi republicada com o texto consolidado no *Diário Oficial* de 18 de novembro de 1998.

A impressão inicial sobre a espécie se confirma. Consoante exemplar do *Diário Oficial* anexado à fl. 32, a última publicação verificada, de 18 de novembro de 1998, fez-se ao mundo jurídico com o preceito do § 3º atacado nesta ação direta de inconstitucionalidade, segundo o qual:

> § 3º Às empresas distribuidoras, além dos documentos previstos no *caput* deste artigo, será exigida a apresentação de declaração de seu credenciamento como distribuidora junto à empresa detentora do registro dos produtos, bem como Termo de Responsabilidade emitido pela distribuidora, garantindo a entrega dos mesmos nos prazos e quantidades estabelecidos na licitação.

Vale dizer que se tem, com a indispensável publicidade, ato normativo versando as citadas exigências, ou seja, declaração de credenciamento e termo de responsabilidade emitido pela distribuidora quanto à entrega dos produtos. Reitero o que já consignei sobre o caso:

> A pretexto de regular fornecimento de remédios, disciplinou-se licitação. Isso ocorreu no que o mencionado § 3º exige das empresas que dela participem a apresentação de declaração do credenciamento como distribuidora e a subscrição de termo de responsabilidade quanto à entrega dos produtos nas quantidades estabelecidas na licitação. Trata-se de verdadeiro aditamento à Lei de Licitações – Lei 8.666/1993.
>
> Defiro a medida acauteladora para suspender, até o julgamento final da ação direta de inconstitucionalidade, a eficácia do § 3º do art. 5º da Portaria 2.814, de 29 de maio de 1998, editada pelo Ministério da Saúde.

É como voto.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Senhor Presidente, o Tribunal suspendeu o julgamento apenas para implementar diligência, para saber se estava em vigor o ato, e está.

Devemos prosseguir quanto ao deferimento, ou não, do pedido de suspensão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O Ministro Toffoli está impedido.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Informo ao Tribunal que houve a confirmação da vigência do ato atacado.

Reafirmo o voto proferido, no sentido de deferir a medida acauteladora para suspender a eficácia do ato.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Então, estamos votando um referendo?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não, não é referendo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Houve uma diligência.

O Sr. Ministro Ayres Britto: A diligência foi cumprida e confirmou.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Nesse caso, não atuei nas férias, trouxe-o à apreciação do Colegiado. Penso que chegamos até a contar com sustentação da tribuna, por parte da Procuradora do Distrito Federal Roberta Kaufmann.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Portanto, esse era o caso em que houve a conversão da arguição de descumprimento de preceito fundamental em ação direta.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): É suspensão para se aguardar o julgamento de fundo.

O que houve na espécie? Mediante portaria aditou-se, na minha dicção, a Lei de Licitações.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Estreitando o âmbito de competição dos interessados.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Com outras diligências substanciais, que não são aquelas comuns aos editais de licitação.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.105-MC/DF — Relator: Ministro Marco Aurélio. Requerente: Governador do Distrito Federal (Procurador: Procurador-Geral do Distrito Federal). Requerido: Ministro de Estado da Saúde.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, deferiu a medida cautelar. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Impedido o Ministro Dias Toffoli.

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

Brasília, 17 de março de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

INTERVENÇÃO FEDERAL 5.179 — DF

Relator: Ministro Presidente

Requerente: Procurador-Geral da República — Requerido: Distrito Federal

Intervenção federal. Representação do Procurador-Geral da República. Distrito Federal. Alegação da existência de largo esquema de corrupção. Envolvimento do ex-governador, deputados distritais e suplentes. Comprometimento das funções governamentais no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo. Fatos graves objeto de inquérito em curso no Superior Tribunal de Justiça. Ofensa aos princípios inscritos no art. 34, inciso VII, *a*, da CF. Adoção, porém, pelas autoridades competentes, de providências legais eficazes para debelar a crise institucional. Situação histórica consequentemente superada à data do julgamento. Desnecessidade reconhecida à intervenção, enquanto medida extrema e excepcional. Pedido julgado improcedente. Precedentes. Enquanto medida extrema e excepcional, tendente a repor estado de coisas desestruturado por atos atentatórios à ordem definida por princípios constitucionais de extrema relevância, não se decreta intervenção federal quando tal ordem já tenha sido restabelecida por providências eficazes das autoridades competentes.

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, preliminarmente, por maioria, em rejeitar requerimento do Procurador-Geral da República no sentido de adiar o julgamento da causa, contra os votos dos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Em seguida, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, em julgar improcedente o pedido, contra o voto do Ministro Ayres Britto. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos; pelo requerido, o Dr. Marcelo Lavocat Galvão, Procurador-Geral do Distrito Federal; e, pela Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Dr. Fernando Augusto Miranda Nazaré, Procurador Legislativo. Ausentes, em representação do Tribunal no exterior, a Ministra Ellen Gracie, licenciado o Ministro Joaquim Barbosa e, justificadamente, o Ministro Eros Grau.

Brasília, 30 de junho de 2010 — Cezar Peluso, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): 1. Trata-se de pedido de intervenção federal, formulado pelo Procurador-Geral da República, com fundamento

na Lei 8.038/1990 e no art. 350, IV, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, por alegada violação aos princípios republicano e democrático, bem como ao sistema representativo, nos termos do art. 34, inciso VII, alínea *a*, da Constituição da República.

2. Segundo narra o requerente, deflagrada a operação *Caixa de Pandora* pela Polícia Federal, acompanhada pelo Ministério Público, com finalidade de investigar crimes – tais como fraude a procedimentos licitatórios, formação de quadrilha e desvio de verbas públicas – supostamente cometidos pelo então governador do Distrito Federal, José Roberto Arruda, e por parlamentares da base aliada do governo, evidenciou-se "indisfarçada corrupção, com a previsível desmoralização das instituições públicas e de seus gestores" (fl. 4).

Em razão dos fatos apurados, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) requereu, na Câmara Legislativa, o *impeachment* do governador e do vice-governador, assim como o impedimento dos deputados distritais investigados para participarem do processo político.

Por causa do afastamento do presidente da Casa, Leonardo Prudente, a requisição da OAB foi recebida pelo vice-presidente, "Cabo Patrício", que, "sem a adoção de qualquer medida concreta" (fl. 5), decretou recesso parlamentar.

Após o recesso, o presidente afastado renunciou ao cargo, para o qual foi eleito o deputado Wilson Lima, que, segundo a Procuradoria-Geral da República, promoveu medidas judiciais com intuito de reverter decisão proferida nos autos da **Ação Civil Pública 1.832-3**, ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, e que afastou do processo político os deputados distritais investigados.

O autor juntou elementos colhidos no **Inquérito 650**, instaurado perante o Superior Tribunal de Justiça, para alegar que o então governador do DF liderava um grupo de autoridades que se valiam de suas funções para desviar dinheiro público, relevando, até, sua prisão por tentativa de coação de testemunhas.

Apesar de reconhecer o caráter excepcional da intervenção federal, o autor alega que estão esgotadas as tentativas de recomposição da ordem e questiona a legitimidade das decisões da Câmara Legislativa para apurar as responsabilidades.

Afirma que, passados meses da deflagração da *Operação Caixa de Pandora*, não foi adotada nenhuma medida concreta pela Câmara Legislativa – que sequer concluiu a formação das comissões de inquérito –, fato que ensejaria o decreto de intervenção federal para restabelecer a normalidade institucional.

3. À fl. 192, o então Presidente desta Corte, Ministro **Gilmar Mendes**, solicitou informações ao Governo do Distrito Federal. O Procurador-Geral da República aditou a inicial, para explicitar que o pedido de intervenção também alcançaria o Poder Legislativo do Distrito Federal (fl. 213).

4. O Governo do Distrito Federal prestou informações (fls. 217/269). Preliminarmente, alegou inépcia da inicial, porque fundamentada em notícias da imprensa e em inquérito policial inconcluso.

Ressaltou a necessidade de especificação das medidas que o autor entende necessárias ao restabelecimento dos princípios constitucionais, para viabilizar o exercício do contraditório e da ampla defesa pela entidade federada, com a indicação do "poder e/ou órgãos a serem submetidos ao processo interventivo, qual o modelo a ser adotado, os atos a serem perpetrados, tampouco o prazo estabelecido para o encerramento de todo o procedimento" (fl. 230).

Alega que a pretensão contida na inicial apresenta conteúdo declaratório, o que inviabiliza a solução da controvérsia, dada a ausência de requerimento de natureza mandamental. Aduz que, se a ofensa ao princípio democrático se resumisse à omissão da Câmara Legislativa para apuração de responsabilidades, ou à participação de parlamentares suspeitos no julgamento dos processos de *impeachment*, bastaria emissão de ordem judicial nesse sentido, tornando-se desnecessária a figura de um interventor.

Sustenta, ainda preliminarmente, a perda de objeto da representação. Afirma que a prisão preventiva e o afastamento do governador do DF elidiram sua interferência sobre os trabalhos desenvolvidos naquela Casa, e que a decisão judicial limitadora do exercício de mandatos dos deputados investigados garantiu julgamento imparcial e equidistante dos processos políticos de *impeachment* do governador e vice-governador. Informa a ocorrência de eleição dos integrantes da Comissão Especial destinada a apurar os fatos e que os processos por quebra de decoro parlamentar se encontram em fase avançada na Comissão de Ética e Decoro Parlamentar.

No mérito, argumenta que a intervenção é medida extrema e excepcional, incabível, no caso, pois "não tomou lugar qualquer sorte de convulsão administrativa ou comprometimento da prestação dos serviços públicos essenciais ao bem-estar da população, tampouco foram afetados quaisquer serviços prestados aos Poderes Federais sediados em Brasília" (fl. 251).

Conclui que "a intervenção federal não é um instrumento de responsabilização de agentes públicos, seja penal, seja civil ou mesmo administrativa. Também não é uma medida para corrigir uma eventual insatisfação popular. Tampouco tem o condão de fazer as vezes de processo de *impeachment*. Ela é um instrumento de proteção contra eventual violação ao regime democrático" (fl. 258).

5. Em atenção à petição de fl. 213, a Presidência desta Corte solicitou informações à Câmara Legislativa do Distrito Federal (fl. 405).

6. A OAB manifestou-se às fls. 411-423 pela total improcedência do pedido. Entende que, "estando dissociados os fatos do enquadramento normativo perfilhado no permissivo constitucional, ou restando sua aplicação à hipótese desalinhada com a finalidade precípua do instituto, a medida de intervenção, antes de atender à preservação da unidade da Federação, servirá como elemento catalisador de desequilíbrio e violação do próprio pacto federativo" (fl. 415).

7. A Câmara Legislativa do Distrito Federal apresentou informações às fls. 434-470. Alega, preliminarmente, a inépcia da petição inicial. No mérito, menciona que foram adotadas medidas, pela Câmara Legislativa, para apurar as responsabilidades das autoridades investigadas no **Inquérito 650** do STJ.

Sustenta que a 7ª Vara de Fazenda do Distrito Federal deferiu antecipação dos efeitos da tutela pretendida na ação civil pública promovida pelo MPDFT (**Ação Civil Pública 1.832-3**), para reconhecer o impedimento de determinados deputados distritais no julgamento do processo de *impeachment*. Relata que o presidente da Câmara Legislativa cumpriu a decisão e convocou os respectivos suplentes, em respeito à ordem republicana e ao princípio democrático.

Aduz que a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) emitiu parecer de aprovação do pedido de *impeachment* contra o então governador em exercício do Distrito Federal, Paulo Octávio, que perdeu o objeto em razão de sua renúncia ao cargo. Quanto ao pedido de *impeachment* do governador, José Roberto Arruda, informa a adoção do rito previsto na Lei 1.079/1950.

Afirma que a Câmara Legislativa vem investigando os fatos mencionados no **Inquérito 650** do STJ e instaurando processos por quebra de decoro parlamentar contra alguns deputados envolvidos.

Alega que eventual intervenção da União no Distrito Federal violará o princípio da separação de poderes, uma vez que cabe privativamente à Câmara Legislativa autorizar processo contra o governador do Distrito Federal, e, por desdobramento, toca aos deputados exercerem seus direitos políticos, como representantes populares soberanamente eleitos, pois o crime de responsabilidade possui natureza eminentemente política.

Com fundamento nos arts. 80 e 81 da Constituição de 1988, esclarece o Legislativo distrital que, estando impedido o governador e tendo o governador em exercício renunciado ao cargo, assumiu o Governo do Distrito Federal o deputado Wilson Lima, presidente da Casa Legislativa, o que demonstra continuidade na Administração distrital (fl. 468).

Sustenta que o então governador interino determinou a suspensão do pagamento dos contratos firmados entre o GDF e as empresas envolvidas nas investigações e condicionou a retomada dos pagamentos aos resultados de auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, o que demonstra a tomada de decisões com vistas a sanear a situação.

8. A Procuradoria-Geral da República emitiu parecer (fls. 908-941) pela procedência do pedido. Entende não prosperarem os argumentos expendidos pelo GDF e pela Câmara Legislativa, pois: i) o pedido é fundamentado em fatos públicos e notórios (art. 334, I, do CPC); ii) a extensão da medida interventiva é delimitada pelo Presidente da República; e iii) pode o Congresso, se entender necessário, estabelecer limites à intervenção (art. 49, IV, CF).

Afasta, ainda, a alegação de perda de objeto, porquanto as medidas adotadas ao processamento do pedido de *impeachment* decorrem de atos judiciais e da pressão política exercida por este pedido de intervenção (fl. 916). Ressalta que "a força motriz de todos os atos restauradores da normalidade foi externa" (fl. 919).

Aduz que a decretação da intervenção não viola a autonomia dos Poderes, pois o processo interventivo não busca substituir processo legislativo de

impeachment, ou de responsabilização dos agentes, mas, sim, "a conformação dos Poderes Públicos à disciplina constitucional determinante da correta, efetiva e legítima apuração" (fl. 929).

9. O Ministro **Gilmar Mendes**, na condição de Presidente da Corte, reconheceu a competência do Presidente do Supremo Tribunal Federal para relatar os processos de intervenção federal (fls. 973/1004), conforme arts. 350, 351 e 352 do RISTF. Determinou, na ocasião, a especificação do pedido quanto à amplitude, ao prazo e às condições nas quais a decretação se processaria, pois a especificação dos termos da intervenção "não cabe apenas ao Presidente da República, mas a todos os participantes do processo" (fl. 1003).

10. A Procuradoria-Geral da República, antes de definir os limites do pedido, discorreu sobre o grau de comprometimento da independência e imparcialidade do Poder Legislativo local. Mencionou que as investigações apontam o envolvimento de mais de vinte e seis deputados – entre titulares e suplentes.

No que toca à delimitação do pedido interventivo, propõe, quanto ao critério temporal, que a intervenção se dê até a posse dos novos deputados eleitos, em 1º de janeiro de 2011. Sugere a restrição da pauta, para excluir questões orçamentárias, aumento de gastos públicos, transferência de recursos, assuntos relativos a servidores públicos, prerrogativas e vantagens dos membros do Legislativo, com exceção de matéria tida por urgente e relevante, a critério discricionário do interventor, que deverá fiscalizar criteriosamente as limitações impostas (fl. 1055).

Requer a manutenção dos processos de apuração da responsabilidade dos parlamentares envolvidos nas investigações e a fiscalização dos atos do Executivo.

Ressalta, outrossim, que eventuais pedidos de arquivamento deverão ser submetidos à homologação do interventor, que poderá determinar a realização de atos e diligências que entender necessários para formar seu convencimento. Pleiteia a manutenção das prerrogativas parlamentares e o funcionamento regular das comissões.

11. Em razão do aditamento da inicial, solicitei, à fl. 1065, informações complementares à Câmara Legislativa e ao Poder Executivo distrital.

12. A Câmara Legislativa manifestou-se às fls. 1074/1098. Repisou o argumento relacionado às medidas que vem adotando para apurar a responsabilidade das autoridades investigadas no **Inquérito 650** do STJ.

Sustenta que eventual impedimento dos deputados envolvidos para julgar o pedido de *impeachment* já não subsiste em razão da procedência da ação por infidelidade partidária do ex-governador, José Roberto Arruda, e que o levou à perda do mandato. Preliminarmente, pugna pelo arquivamento do processo.

Relata que a Câmara Legislativa promoveu a alteração dos arts. 93, 94 e 103 da Lei Orgânica do Distrito Federal, para conformá-los ao disposto nos arts. 80 e 81 da Constituição. Informa que, com a eleição indireta do governador e vice-governadora, em 17 de abril de 2010, se manteve a continuidade na gestão pública e administrativa do Distrito Federal.

Ressalva que o Tribunal de Contas do Distrito Federal procedeu a auditorias e recomendou a rejeição das contas do ex-governador, o que expõe a "absoluta independência da instituição ligada à Câmara Legislativa do Distrito Federal na sua função de fiscalizar os atos do Poder Executivo" (fl. 1088).

Aduz que a decretação da intervenção federal viola o princípio da separação de poderes e que tão importante quanto o funcionamento da Casa Parlamentar é o respeito aos mandatos conferidos nas urnas, pela expressão direta da soberania popular (fl. 1091). Alega já não subsistir motivo para fundamentar a intervenção, que se daria de forma desproporcional, em razão da normalidade institucional dos Poderes ameaçados.

Quanto às limitações de pauta, informa que a legislação eleitoral e a Lei de Responsabilidade Fiscal já restringem o processo legislativo, em razão do ano eleitoral.

13. O Distrito Federal prestou informações às fls. 1125/1153, nas quais sustenta que o pedido inicial se encontra prejudicado frente à drástica modificação da realidade fática observada na política distrital.

Afirma que o fio condutor da inicial se fundamenta na inércia da Câmara Legislativa para responsabilizar politicamente o governador Arruda e seu vice, Paulo Octávio, e que, com a perda do mandato daquele e a renúncia deste, bem assim com a eleição indireta do novo governador e vice-governadora, se esvaziou o objeto da ação. Pleiteia, desse modo, o arquivamento liminar do pedido interventivo.

Aduz, ainda, que os fatos denunciados pela *Operação Caixa de Pandora* têm sido objeto de criteriosas auditorias de controle interno e externo da administração distrital. Procura demonstrar, assim, a desnecessidade de se proceder à intervenção, notadamente porque se aproximam novas eleições gerais, que apontarão os novos dirigentes do Distrito Federal.

Conclui que, mediante "uma atuação séria e incisiva dos diversos Poderes e instituições, os agentes supostamente envolvidos passaram a ser processados e, seja por decisão judicial ou por pressões políticas, deixaram os seus cargos. Os que permanecem estão tendo suas responsabilidades apuradas, tudo em conformidade com o devido processo legal e com os direitos e garantias fundamentais" (fl. 1146), o que esvaziaria o objeto da ação.

Requer, ao final, caso não seja reconhecida a perda de objeto da ação, a realização de audiência pública para conferir à sociedade distrital direito de participação no processo. Pugna pelo reconhecimento da perda de objeto ou pela negativa de seguimento da ação por ausência de pressupostos processuais. No mérito, pleiteia a improcedência do pedido.

14. À fl. 1165, abri vistas ao Procurador-Geral da República, nos termos do art. 21 da Lei 8.038/1990 e art. 352 do RISTF.

A Procuradoria-Geral da República combateu o argumento relativo à perda de objeto da ação. Ressalta que o pedido pretende evitar novos desvios ou favorecimentos na aplicação de recursos públicos, não sendo restrito apenas à prática

dos crimes denunciados no **Inquérito 650** do STJ, mas também e, principalmente, na própria conjuntura política delineada, violadora dos princípios constitucionais sensíveis.

Aduz que o intuito da propositura é "refrear abusos, instituir criteriosa fiscalização e rigoroso saneamento, afastando em definitivo qualquer nódoa que venha conferir descrédito aos Poderes Legislativo e Executivo distritais" (fl. 1169).

Reforça o argumento de enfraquecimento dos Poderes Legislativo e Executivo, do comprometimento da isenção dos julgamentos levados a cabo pela Câmara Legislativa, bem como da força-motriz externa que resultou em ações saneadoras pelo órgão legislativo.

Afirma não ser legítima a eleição indireta do novo governador do Distrito Federal, pois, dos treze votos que garantiram sua vitória, oito foram de deputados envolvidos no "Escândalo do Mensalão" (fl. 1170).

Argumenta que "entender restaurada a normalidade das instituições não apenas implica desconhecer o quadro fático instaurado na capital do País, como abstrair tudo o quanto impõe a Constituição em relação aos deveres de legalidade, probidade, moralidade, indisponibilidade do interesse público, além – é claro – dos princípios constitucionais sensíveis aqui defendidos" (fl. 1171).

Menciona que o fato de a Câmara Legislativa *aguardar* a conclusão do **Inquérito 650** do STJ para a adoção das medidas cabíveis, demonstra o que vem afirmando desde a inicial, de que nenhuma medida concreta foi adotada. Apesar de as instâncias punitivas serem independentes, alega que os deputados esperam a atuação do Poder Judiciário para fazer aquilo que não levaram a efeito dentro de suas próprias atribuições.

Ressalta que a Casa Legislativa distrital se encontra sem corregedor desde o ano passado, porquanto "a Câmara sequer conseguiu exumar entre seus integrantes alguém para cuidar das questões disciplinares da Casa" (fl. 1173), o que torna evidente a instabilidade da instituição.

No que toca à suposta necessidade de audiência pública para legitimar a medida, aduz que o processo interventivo é procedimento técnico privativo do Supremo Tribunal Federal e que não possui como pressuposto realização desta consulta, porquanto "a intervenção é tema constitucional próprio ao Supremo, que prescinde da invocação de um recurso que, aqui – considerando a origem da ideia –, tem todos os contornos de um estratagema diversionista, cujo único propósito é ver o tempo escoar em favor da manutenção deste vergonhoso estado de coisas" (fl. 1175).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): 1. O pedido de intervenção federal tem, em síntese, como *causa petendi* a alegação da existência de *esquema de*

corrupção que envolveria o ex-governador do Distrito Federal, José Roberto Arruda, alguns deputados distritais e suplentes, investigados todos pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Inquérito 650/DF, e cujo concerto estaria não só promovendo a desmoralização das instituições públicas, como, ainda, comprometendo a higidez do Estado Federal, sob forma de ofensa direta a princípios constitucionais relevantes, objeto do art. 34, VII, alínea *a*, da Constituição de 1988.

Nesse sentido, os fatos narrados na inicial revelariam conspícua crise institucional capaz de por em grave risco as atribuições político-constitucionais dos Poderes Executivo e Legislativo e provocar, como consequência direta, instabilidade da ordem constitucional.

Das preliminares

2. O Distrito Federal alega que a petição inicial da representação interventiva é *inepta* por não conter *pedido certo* e *determinado*, pois a Procuradoria-Geral da República não se teria desincumbido do ônus de especificar, de forma circunstanciada, o *modus operandi* da intervenção no Poder Legislativo.

Do despacho saneador de fls. 973-1004, vê-se que o Ministro **Gilmar Mendes** enfrentou desde logo a questão, nestes termos:

> A especificação dos termos da intervenção, como ressalta Fávila Ribeiro, não cabe apenas ao Presidente da República, mas a todos os participantes do processo.
>
> O Ministro Celso de Mello, em decisão de 5 de abril de 1999, realçou a necessidade de que o pedido de intervenção formulado pelo Presidente do Tribunal de Justiça seja fundamentado, nos seguintes termos:
>
> > "Uma última observação se impõe: o encaminhamento do pedido de intervenção federal, a esta Suprema Corte, pelo Presidente do Tribunal de Justiça, deve ser por ele adequadamente fundamentado (IF 231/DF, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*), com a justificação da necessidade de adoção da medida excepcional postulada pelo credor do Estado-membro (IF 232/DF, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*):
> >
> > > 'O pedido de requisição de intervenção dirigido pelo Presidente do Tribunal de execução ao STF há de ter motivação quanto à procedência e também com a necessidade de intervenção.'
> > >
> > > (IF 230/DF, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*.)
> >
> > Constata-se, desse modo, que há um *iter* procedimental a ser observado no Tribunal de execução (o Tribunal de Justiça local, no caso), cujo momento culminante reside na formulação, por essa Corte, do juízo positivo de admissibilidade do pedido de intervenção federal, pois, sem essa prévia e necessária delibação, torna-se inviável a instauração, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, do pertinente processo de intervenção, consoante adverte a jurisprudência desta Suprema Corte (*RTJ* 144/443, Rel. Min. *Moreira Alves*)."
> >
> > (Rcl 1.043, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 15-4-1999.)
>
> Da mesma forma, é imprescindível, para a análise do pedido formulado na inicial, que o Procurador-Geral da República fundamente a necessidade de intervenção federal nos Poderes Executivo e Legislativo distritais, apontando como ela se daria.
>
> A petição inicial é clara e circunstanciada no que diz respeito ao pedido de intervenção no Poder Executivo distrital, mas não em relação ao Poder Legislativo.

> Assim, é necessário que o Procurador-Geral explicite o pedido formulado na inicial para apontar como se daria a intervenção federal na Câmara Legislativa do Distrito Federal.

Atendendo à decisão, o Procurador-Geral da República, pautando-se pelo suposto "grau de comprometimento da independência e imparcialidade do legislativo distrital", postulou a execução da intervenção federal na Câmara Legislativa, nos termos seguintes:

I – uma vez decretada, a intervenção vigoraria até a posse dos novos deputados, em 1º de janeiro de 2011;

II – restrição da pauta da Câmara Legislativa, para excluir deliberações acerca de questões orçamentárias, aumento de gastos públicos, transferências de recursos e quaisquer assuntos relativos a servidores públicos, salvo quando, a critério fundamentado do interventor, se tratar de matéria urgente e relevante;

III – o interventor e o Legislativo deverão elaborar pauta conjunta, observadas as limitações impostas à Câmara Legislativa;

IV – permissão ao Legislativo para instaurar e desenvolver apurações de irregularidades relativas a seus próprios membros e o exercício de fiscalização dos atos do Executivo, devendo eventuais pedidos de arquivamento ser submetidos a homologação do interventor;

V – garantia de funcionamento regular das Comissões e preservação das imunidades parlamentares, na forma constitucional.

Nesse contexto, a decisão sobre a questão da inépcia da petição inicial há de fundar-se em critérios objetivos. Daí a necessidade de algumas considerações acerca da qualificação da representação interventiva sob o atual sistema de controle concentrado de constitucionalidade, no âmbito federal, bem como do procedimento a que deve ajustar-se.

A respeito, professa o Ministro **Gilmar Mendes**:

> A clara separação entre a ação direta de inconstitucionalidade, agora, sob a Constituição de 1988, submetida a um regime de iniciativa múltipla (inclusive do Procurador-Geral da República), e a representação interventiva, que continua a ser de iniciativa do Procurador-Geral da República, está a exigir uma revisão completa do rito processual desta ação peculiar inserida no contexto complexo da intervenção federal.
>
> É certo, ademais, que a nítida separação entre o controle abstrato de normas e a representação interventiva – fruto do desenvolvimento dos estudos sobre controle de constitucionalidade – reclama também uma revisão da disciplina processual do tema.[1]

No quadro jurídico vigente, a *ação direta de inconstitucionalidade e a representação interventiva* apresentam-se como ações autônomas e distintas, porque dotadas de objeto e finalidade diversos.

---

[1] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1238.

"O Regimento Interno do STF (RISTF), que passou a disciplinar a matéria por força do disposto no art. 119, § 3º, da CF de 1967/69, fixou procedimento único para a representação interventiva e para a representação de inconstitucionalidade *in abstracto* (arts. 169 a 175)".[2]

Ocorre que, com o advento da Constituição de 1988 e a edição da Lei 9.868/1999, a ação direta de inconstitucionalidade passou a contar com procedimento próprio, ficando à disciplina do processo da representação interventiva os obsoletos dispositivos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal,[3] que nada dizem sobre os requisitos de aptidão da petição vestibular.

Ora, o processo da representação interventiva é tipicamente subjetivo, porque resulta, em tese, de conflito federativo "relacionado aos direitos e deveres da União e dos Estados-membros, e, por isso, há de assumir perfil inequivocamente contraditório, assegurando-se às partes plena igualdade de oportunidade de demonstrar a correção dos entendimentos perfilhados".[4]

Daí que, com o aditamento promovido pelo Procurador-Geral da República, estão agora descritos, na petição, todos os elementos necessários à observância e ao pleno exercício do contraditório, quais sejam, a *indicação dos princípios constitucionais* ditos *sensíveis*, que compõem o objeto da representação, a *comprovação dos fatos* que substanciam a alegação de sua violação e a *formulação dos pedidos*, com as especificações.

As demais questões suscitadas como preliminares, inclusive a referente à perda do objeto da representação, essas confundem-se com o mérito da causa, razão por que serão analisadas *congruo tempore*.

Do cabimento da representação interventiva

3. Dispondo sobre a intervenção federal, a Constituição de 1988, no art. 34, inciso VII, alínea *a*, prevê como uma de suas causas:

> VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
> a) a forma republicana, sistema representativo e regime democrático.

Ao lado desses princípios constitucionais, reputados de sensíveis, outros foram prescritos pela Constituição:

> b) direitos da pessoa humana;
> c) autonomia municipal;
> d) prestação de contas de administração pública direta e indireta.

---

[2] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1236.

[3] Acerca da ausência de lei específica que discipline o processo da representação interventiva, consigna-se que está em tramitação no Congresso Nacional o PLS 51/2006, tendente a regulamentar o art. 36, III, da Constituição de 1988.

[4] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1239.

A Constituição da República estatui, ainda, que, hipótese de ofensa ao inciso VII do art. 34, a decretação da intervenção federal dependerá de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação interventiva proposta pelo Procurador-Geral da República, nos termos do art. 36, inciso III, primeira parte:

> III – de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.

O RISTF, por sua vez, dispõe:

> Art. 350. A requisição de intervenção federal, prevista no art. 11[5], § 1º, *a*, *b* e *c*, da Constituição, será promovida:
> (...)
> IV – mediante representação do Procurador-Geral, no caso do inciso VII do art. 10[6] da Constituição, assim como no do *inciso* VI[7], quando se tratar de prover a execução de lei federal.

Recordo que, no julgamento da **IF 114/MT** (Rel. Min. **Néri da Silveira**, *DJ* de 27-9-1996, *RTJ* 160 (1/3), esta Corte, por maioria de votos, conheceu da ação com apoio no voto do Ministro **Sepúlveda Pertence** o qual admitia o remédio da representação interventiva não apenas em caso de violação de princípios constitucionais, ditos *sensíveis*, mas também por "atos formais, normativos ou não, quanto por ação material, ou omissão de autoridade estadual". São estes os termos do voto acolhido:

> O que me parece decisivo é que a Constituição de 1967, o teor da Constituição já não restringe a representação interventiva ao mecanismo de controle de constitucionalidade de atos jurídicos do Estado. Dizia-se em 1934 que "a intervenção só se efetivará depois de o Supremo Tribunal declarar a constitucionalidade da lei que a decretar".
> Ou, como se prescrevia no texto de 46, "depois que o Supremo Tribunal, mediante representação do Procurador-Geral da República, julgar inconstitucional o ato impugnado".
> Nos textos constitucionais seguintes, porém, desde 1967, o que se dispõe é que, em tais casos, a intervenção dependerá de provimento, pelo Supremo Tribunal, da representação do Procurador-Geral da República: se for o caso, representação fundada na violação dos princípios constitucionais sensíveis, violação que, a meu ver, tanto pode dar-se por atos formais, normativos ou não, quanto por ação material, ou omissão de autoridade estadual, que leve a uma situação *de fato* de anormalidade, ofensiva, contrária à salvaguarda, à vigência social e à efetividade daqueles princípios.

---

[5] Atual dispositivo da CF/1988: art. 34, IV (requisição pelo STF: coação ao Poder Judiciário) – art. 34, VI, *in fine* (prover execução de decisão judicial) – art. 34, VII (assegurar princípios constitucionais).

[6] Atual dispositivo da CF/1988: art. 34, VII (assegurar observância de princípios constitucionais), c/c art. 36, III, primeira parte.

[7] Atual dispositivo da CF/1988: art. 34, VI, primeira parte, c/c art. 36, III, segunda parte.

> Portanto, a meu ver, já não agora o obstáculo, que a literalidade das Constituições de 1934 e de 1946 representam, para que a representação interventiva, que, no passado, era exclusivamente uma representação por inconstitucionalidade de atos sirva, hoje, à verificação de situações de fato. É claro que isso imporá adequações, se for o caso, do procedimento desta representação à necessidade da verificação, não da constitucionalidade de um ato formal, mas da existência de uma grave situação de fato atentatória à efetividade dos princípios constitucionais, particularmente, aos direitos humanos fundamentais.

À luz desses requisitos formais e materiais da intervenção federal, os fatos narrados pelo Procurador-Geral da República, com fundamento na Lei 8.038/1990 e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, denunciam, aqui, ofensa à *forma republicana*, ao *sistema representativo* e ao *regime democrático*.

Como já relatado, as investigações realizadas pela Polícia Federal para apuração de suposto cometimento de diversos crimes no Distrito Federal – como, por exemplo, fraude a procedimentos licitatórios, formação de quadrilha e desvio de verbas públicas – indicam envolvimento de ocupantes de altos cargos políticos no Governo do Distrito Federal, entre os quais o ex-Governador, parlamentares e suplentes da Câmara Legislativa (fls. 2-29).

O dinheiro, produto dos ilícitos, teria origem em desvio de pagamentos feitos pelo Distrito Federal a empresas prestadoras de serviços públicos, vencedoras de licitações fraudadas. Em troca das fraudes, as empresas – entre elas, *Infoeducacional, Vertax, Adler* e *Linknet* – repassariam parte dos recursos arrecadados a integrantes do Governo do Distrito Federal e a parlamentares da base aliada ao Governo na Câmara Legislativa.

Com a deflagração da operação *Caixa de Pandora* e a divulgação de imagens de vídeo obtidas pela Polícia Federal, pedidos de *impeachment* do governador e de afastamento dos deputados foram formulados à Câmara Legislativa, dentre os quais o subscrito pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Brasília, junto com o Conselho Federal.

Não obstante tais iniciativas e vivo interesse de alguns parlamentares na apuração das irregularidades (fl. 5), o Procurador-Geral da República alega que, "até aqui praticamente nada se fez para instaurar o processo relativo à apuração das responsabilidades dos agentes envolvidos". É que o atual Presidente da Câmara Legislativa, deputado Wilson Lima, estaria confundindo o papel de gestor e suas relações com a base governista do Distrito Federal, mostrando-se renitente em dar continuidade à apuração dos fatos e alardeando intenção de recorrer às últimas instâncias para manter a participação dos deputados envolvidos, nas Comissões que iriam apreciar-lhes os pedidos de *impeachment*.

Ainda nos termos da representação, a Procuradoria-Geral da República noticia que, além da prática dos crimes investigados, o grupo comandado pelo ex-governador tem buscado "apagar os vestígios de sua ação criminosa", mediante coação de testemunha e controle ilícito dos parlamentares da Câmara Legislativa, encarregados de processar e julgar o pedido de *impeachment*.

Nessa moldura, a gravidade dos fatos narrados na inicial da representação revelaria "*crise institucional*" sem precedentes no Distrito Federal, caracterizada pelo comprometimento do exercício regular das atribuições político-constitucionais dos Poderes Executivo e Legislativo distritais.

No entender da Procuradoria-Geral da República, a comprovação de tais fatos denotaria insulto dos princípios constitucionais inscritos no art. 34, inciso VII, *a* (forma republicana, sistema representativo e regime democrático), da Constituição de 1988, o que justificaria o pedido de intervenção.

4. É mister, porém, verificar se os fatos, tais como narrados, efetivamente agridem a *forma republicana*, o *sistema representativo* e o *regime democrático*, apresentando-se como causa bastante para justificar decretação da intervenção federal.

Geraldo Ataliba, lembrado em obra monográfica sobre a matéria, notava essa coisa óbvia de que "República é o regime político em que os exercentes das funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com **responsabilidade**, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente".[8]

E o autor, hoje nosso Ministro **Ricardo Lewandowski**, conclui que a "intervenção federal, portanto, sob a rubrica do desrespeito ao **sistema representativo**, pode ser desencadeada se um Estado ou o Distrito Federal impedir ou dificultar, por qualquer modo, a participação do povo na gestão da coisa pública, quer embaraçando o direito de voto, quer obstando o funcionamento dos partidos políticos, quer ainda restringindo as liberdades fundamentais"[9].

De igual modo, **Marcelo Figueiredo** enuncia as características gerais da teoria representativa:

> 1. o governo representativo caracteriza-se pela representação dos cidadãos, que não exercem diretamente os seus direitos políticos, mas por meio de delegados;
> 2. o governo representativo realiza ou deveria realizar e manter uma harmonia constante entre as forças sociais;
> 3. funda-se na distinção jurídica dos poderes e na adaptação desses poderes a órgãos previamente determinados;
> 4. deve exercer com preocupação democrática suas funções, de modo o quanto possível igualitário;
> 5. os atos representados devem ser públicos e submetidos a controle da opinião pública.[10]

E **Jorge Miranda** insiste em que por "democracia entende-se a forma de governo em que o poder é atribuído ao povo, à totalidade dos cidadãos (quer dizer dos membros da comunidade política) e em que é exercido de harmonia com a vontade expressa pelo povo, nos termos constitucionalmente prescritos"[11].

---

[8] Apud LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 107-108. Grifos nossos.

[9] Op. cit., p. 110. Grifos nossos.

[10] FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria geral do Estado.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 126-127.

[11] MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2007. v. III, p. 59.

Eventuais ofensas a esses *princípios constitucionais* deveras comprometem, não só a estabilidade da ordem jurídica do Estado Federal, como também sua consolidação como Estado Democrático de Direito, na forma do art.1º, *caput*, da Constituição de 1988.

Para **Elias Diaz**, um Estado só poderá proclamar-se Democrático de Direito, se atender às características que lhe são fundamentais, designadamente: o império da lei – a lei como expressão da vontade geral; a divisão de poderes; a legalidade da administração – atuação segundo a lei e suficiente controle judicial; os direitos e liberdades fundamentais – como garantia jurídico-formal e a efetiva realização material.[12]

Já **Canotilho** proclama que o Estado de Direito Democrático tem de estruturar-se "como uma ordem de domínio legitimado pelo povo. A articulação do 'direito' e do 'poder' no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do 'poder dos cidadãos'".[13]

Abstraindo-se a ampla abertura semântica que comportaria o enunciado desses *princípios constitucionais* e a diversidade das construções teóricas acerca do tema, é evidente que, ao se conjugarem a objetividade dos fatos narrados com as visões dogmáticas até aqui desenvolvidas, as autoridades acusadas de engendrar esquema de corrupção na gestão da coisa pública macularam a *representatividade* e a *responsabilidade* que os titulares dos Poderes Legislativo e Executivo distritais devem inexoravelmente preservar no exercício de suas atribuições institucionais. Nesses limites, seria de rigor o conhecimento da representação interventiva.

A **excepcionalidade** da medida jurídico-política impõe, todavia, por intuitiva cautela, verificar se as *circunstâncias* concretas que ensejaram a propositura da representação interventiva foram – ainda quando teoricamente graves – eficientemente combatidas por outros Poderes e por instituições que também sustentam o Estado Democrático de Direito, ou se, perdurando, ainda exigem decretação da medida extrema como condição de estabilidade do Estado Federal.

Estado Federal e autonomia dos entes federados

5. A despeito de sua importância ao desenvolvimento de uma Teoria do Estado, escusa empreender aqui digressão histórica acerca da formação da Federação norte-americana e da repercussão do seu ideário na estruturação de vários Estados, cabendo apenas recordar que a *descentralização do poder político-administrativo*, por obra de uma constituição rígida, é que tipifica, na essência, esse fenômeno da forma federativa.

Nesse sentido, **Meirelles Teixeira** advertia:

---

[12] *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1998, p. 44 et seq.

[13] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 94.

> (...) caracteriza-se o Estado Federal, ou a forma federativa de governo, quando *num território, e sobre as mesmas pessoas, simultânea e harmonicamente, existem dois ordenamentos jurídicos e se exercem duas categorias de governos – o central e os regionais –, cujos poderes são distribuídos por uma Constituição rígida.*
>
> A essência do Estado Federal consiste, portanto: a) numa divisão do poder político entre um governo central e governos regionais, divisão que repousa, portanto, numa base geográfica, territorial; b) e que essa divisão resulte de dispositivos de uma Constituição rígida, não podendo, portanto, os direitos e prerrogativas dos governos regionais ser restringidos e muito menos suprimidos por lei ordinária do poder central.[14]

Como é escolar, a base jurídica do Estado Federal está numa Constituição que fixe as atribuições da União e das unidades federadas, mediante distribuição de competências e de rendas.[15] Por representarem ordenações jurídicas parciais, os entes federados são autônomos na exata medida da possibilidade do exercício de suas competências constitucionalmente consagradas.

Ocorre que, para a perseverança dessa repartição de competências e da consequente autonomia político-administrativa das unidades federadas, se faz mister a previsão constitucional de dispositivo de segurança, de índole jurídico-política, que seja idôneo a garantir ou a restabelecer o equilíbrio do Estado Federal, em circunstâncias excepcionais que denotem grave ameaça à inteireza do pacto federativo, suposto ou pressuposto, ou a "elementos considerados, pela Constituição, como essenciais à manutenção de certa 'ordem' e permanência das instituições"[16]. É esta a clara racionalidade normativa do instituto da intervenção.

Intervenção como excepcional medida política de restrição à autonomia dos entes federados

6. A intervenção federal (e estadual) pode ser conceituada como "Medida política (com contornos jurídicos bem definidos) de afastamento limitado (específico e temporário) da autonomia do ente federado que a sofre (Estado, Distrito Federal ou Município), com ingerência do ente que a promove (União ou Estado) na esfera de competências daquele, apenas para corrigir o problema e preservar a existência e o funcionamento da própria Federação"[17].

Com efeito, o objetivo textual da *intervenção* é proteger a estrutura constitucional federativa contra atos destrutivos de unidades federadas. Visa à preservação da soberania e unidade do Estado e, em *ultima ratio*, das próprias autonomias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A legitimidade

---

[14] TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 621-622.

[15] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 259.

[16] TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1169.

[17] ROTHENBURG, Walter Claudius. *Dicionário brasileiro de direito constitucional* (verbete: intervenção federal e estadual). Coordenador-geral: Dimitri Dimoulis. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1996.

jurídico-política da intervenção sustenta-se na ideia de que a *autonomia* se contrapõe ao arbítrio, à *autossuficiência desmedida*. Nesse sentido, a intervenção é também antídoto contra o abuso de poder e a ilegalidade.

Decerto, somente fatos de **indisfarçável gravidade** justificam essa medida extrema. Uma vez decretada, a intervenção funciona, na sua rudeza objetiva, como espécie de *camisa de força*, supressora, por certo lapso de tempo, do exercício incondicionado da autonomia conferida pela Constituição aos entes políticos.[18]

A intervenção, friso, é medida **absolutamente excepcional**: "(...) o normal é a autonomia dos entes componentes da Federação, tanto que os arts. 34 e 35 da CR possuem uma formulação negativa: 'A União (ou o Estado) não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal (nem nos Municípios), exceto para (ou quando)'. A excepcionalidade da medida é demonstrada ainda pela proibição de emendar a Constituição na vigência de intervenção federal (art. 60, § 1º: limitação circunstancial)"[19].

De igual modo, **José Afonso da Silva** pondera que "Intervenção é antítese da autonomia. Por ela afasta-se momentaneamente a atuação autônoma do Estado, Distrito Federal ou Município que a tenha sofrido. Uma vez que a Constituição assegura a essas entidades a autonomia como princípio básico da forma de Estado adotada, decorre daí que a intervenção é medida excepcional, e só há de ocorrer nos casos nela taxativamente estabelecidos e indicados como exceção ao princípio da não intervenção (...)"[20].

Discorrendo com muita propriedade sobre o tema, voto do Ministro **Celso de Mello**, na **IF 600**, assentou:

> (...) O instituto da intervenção federal, consagrado no texto de todas as Constituições republicanas brasileiras, representa um elemento fundamental, tanto na construção da doutrina do Estado Federal, quanto na práxis do federalismo. O mecanismo de intervenção constitui instrumento essencial à viabilização do próprio sistema federativo, e, não obstante o caráter excepcional de sua utilização – necessariamente limitada às hipóteses taxativamente definidas na Carta Política –, mostra-se impregnado de múltiplas funções de ordem político-jurídica, destinadas (a) a tornar efetiva a intangibilidade do vínculo federativo, (b) a fazer respeitar a integridade territorial das unidades federadas, (c) a promover a unidade do Estado Federal e (d) a preservar a incolumidade dos princípios fundamentais proclamados pela Constituição da República. A intervenção federal, na realidade, configura expressivo elemento de estabilização da ordem normativa plasmada na Constituição da República. É-lhe inerente a condição de instrumento de defesa dos postulados sobre os quais se estrutura, em nosso País, a ordem republicano-federativa. "O instituto da intervenção" – adverte *Ernesto Leme* (*A intervenção federal nos Estados*, p. 25, item 20, 2. ed., 1930, RT) – "é (...) da essência do sistema federativo". Sem

---

[18] Cf. nesse sentido: BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 850 e *passim*.

[19] ROTHENBURG, Walter Claudius. Op. cit., p. 196.

[20] *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 487.

esse mecanismo de ordem político-jurídica, que assegura a intangibilidade do pacto federal, "a União seria um nome vão. E as garantias e vantagens, que a Federação deve proporcionar aos Estados e ao povo, se reduziriam a simples miragem" (*João Barbalho*, *Constituição Federal Brasileira*: comentários, p. 31, 2. ed., 1924, Rio de Janeiro, Briguiet e Cia. Editores). **Cabe destacar, neste ponto, o magistério doutrinário, que, fundado na necessidade de respeito ao princípio federativo, adverte sobre a excepcionalidade da intervenção federal, em face do caráter extremamente perturbador que assume qualquer interferência do Governo Federal nos assuntos regionais e na esfera de autonomia dos Estados-membros** (*Carlos Maximiliano*, *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 158, item 128, 3. ed., 1929, Globo; *Themistocles Brandão Cavalcanti*, *A Constituição Federal comentada* vol. I/183, 3. ed., 1956, Konfino; *Fávila Ribeiro*, *A intervenção federal nos Estados*, p. 48, tese de concurso, 1960, Editora Jurídica, Fortaleza). Não se pode perder de perspectiva a circunstância de que a intervenção federal representa, ainda que transitoriamente, a própria negação da autonomia institucional reconhecida aos Estados-membros pela Constituição da República. Essa autonomia, que possui extração constitucional, configura postulado fundamental peculiar à organização político-jurídica de qualquer sistema federativo, inclusive do sistema federativo vigente no Brasil. O poder autônomo – que a ordem jurídico-constitucional atribuiu aos Estados-membros – traduz um dos pressupostos conceituais inerentes à compreensão mesma do federalismo. Daí a estrita disciplina imposta pela Constituição ao instituto da intervenção federal, cujos requisitos de admissibilidade foram por ela taxativamente relacionados em *numerus clausus*, em obséquio ao princípio maior da autonomia das unidades federadas e em consideração ao caráter absolutamente excepcional de que se reveste o ato interventivo. Essa circunstância justifica, plenamente, a advertência constante do magistério doutrinário de *Pontes de Miranda* (*Comentários à Constituição de 1967*, tomo 2/198, 1967, RT), para quem "a intervenção nos Estados-membros constitui, pelo menos, teoricamente, o *punctum dolens* do Estado Federal". Vê-se, portanto, que o tratamento restritivo constitucionalmente dispensado ao mecanismo da intervenção federal impõe que não se ampliem as hipóteses de sua incidência, cabendo ao intérprete identificar, no rol exaustivo do art. 34 da Carta Política, os casos únicos que legitimam, em nosso sistema jurídico, a decretação da intervenção federal nos Estados-membros. (...)"
(**IF 600**, Rel. Min. Presidente **Celso de Mello**, julgamento em 26-5-1999, pub. no *DJ* de 14-6-1999. Grifos nossos.)

Incontroverso o **caráter excepcional** inerente à intervenção, sua decretação apenas estará autorizada se *circunstâncias concretas*, – ressalte-se – acaso não combatidas, nem debeladas, tipificarem uma das causas taxativas definidas no texto constitucional:

Convém deixar bem claro, desde logo, que em função da autonomia dos entes políticos, componentes da Federação, a intervenção é sempre uma exceção. Deve se ater aos casos elencados nos arts. 34 e 35 da CF, que prescrevem, taxativamente, as hipóteses de intervenção federal nos Estados e de intervenção estadual nos Municípios, respectivamente. **Na verdade, afigura-se a intervenção federal como mecanismo de garantir a aplicação de princípios constitucionais e assegurar a solidez do sistema federativo diante da ocorrência de circunstâncias concretas que, se não combatidas, poriam em risco sua estrutura. Tais circunstâncias, repita-se, estão elencadas taxativamente na Carta Política de 1988 e, a adoção**

> **de tal medida, em respeito ao princípio federativo, só se dará em caráter excepcional. E mais, somente nos casos em que o governante comete irregularidade de tal monta, que venha a desnaturar o princípio do Governo próprio, é que a intervenção federal surge como medida saneadora, visando restaurar a regularidade da atuação político-administrativa do Estado-membro**. A regra é, portanto, o princípio da não intervenção.[21]

Convém relevar, ainda, que o remédio da intervenção federal deve conceber-se como medida política de maior *excepcionalidade* e *gravidade*, sobretudo nas Federações que se formaram mediante desagregação artificial de um Estado soberano originariamente unitário.

É perceptível que Estados Federais assim formados, como é o caso indiscutível do Estado brasileiro, objeto de experiência histórica fortemente unitária ao tempo do Império, apresentam nítida predisposição centralizadora do poder político-administrativo, à vista de modelo de repartição de competências e rendas que tende a privilegiar, quantitativa e qualitativamente, os interesses do poder central.[22]

E, nesse contexto, não há como refutar o argumento de que eventual intervenção federal, decretada ao arrepio da Constituição ou de modo desarrazoado, pode, sob pretexto de restabelecer o equilíbrio da federação, produzir efeitos desestabilizadores do próprio Estado Federal e, até, sua desnaturação.

Afinal, como advertiu **Raul Machado Horta**, a autonomia do Estado-membro constitui elemento essencial à confirmação do Estado Federal.[23]

Da efetiva atuação das Instituições e Poderes Constituídos

7. Muito se aduziu, no curso deste processo, sobre a *excepcionalidade* da intervenção. Invocou-se, a respeito, à fl. 242, excerto do voto do Ministro **Gilmar Mendes**, no pedido de **IF 2.915-6/SP**, e que sintetiza a posição do instituto na economia do ordenamento jurídico:

> Em nosso sistema federativo, o regime de intervenção representa excepcional e temporária relativização do princípio baixo da autonomia dos Estados. A regra,

---

[21] HARADA, Kyioshi. Intervenção federal nos estados para pôr termo a grave comprometimento da ordem pública. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, Nova Série, ano 5, n. 10, julho-dezembro/2002, Revista dos Tribunais, p. 95-96.

[22] Ainda quanto à questão: "Denunciou *Gustzétch* que 'o regime presidencial da América Latina contribui para o enfraquecimento do sistema federal', em razão, é óbvio, de seu autoritarismo, inconciliável com a democrática repartição do poder no federalismo, que, entretanto, hodiernamente, se caracteriza 'pelo predomínio da autoridade federal' (*Bernard Schwartz* – O Federalismo Norte-Americano Atual, p. 74, FU)." (apud CUNHA, Fernando Whitaker da. O Superior Tribunal de Justiça e a intervenção federal. In: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 6, janeiro/março de 1991, p. 36.)

[23] Apud VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Intervenção da União nos Estados e Municípios. A autonomia dos entes federados. Inobservância da ordem cronológica dos precatórios. A posição do Supremo Tribunal Federal, In: *Boletim de Direito Administrativo*, ano XIII, n. 5, maio de 1997, São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, p. 310.

> entre nós, é a não intervenção, tal como se extrai com facilidade do disposto no *caput* do art. 34 da Constituição quando diz que "a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...)
>
> Com maior rigor, pode-se afirmar que o princípio da não intervenção representa subprincípio concretizador do princípio da autonomia, e este, por sua vez, constitui subprincípio concretizador do princípio federativo.

Ser a intervenção federal, medida política de caráter *excepcional*, é coisa que se me afigura de todo em todo indiscutível.

O que pesa, em particular, na hipótese, é saber quais circunstâncias ou fatos conformariam *grave anormalidade* que, ofensiva aos princípios constitucionais, justificariam *excepcional* decreto interventivo, quando a Constituição da República sobreleva a autonomia dos entes federados. E, ainda, estabelecer se as circunstâncias ou fatos suscetíveis de determinar a procedência da representação são apenas os que precederam ao ajuizamento do pedido, ou os ainda subsistentes à data do julgamento deste.

É que a decisão de decretação de intervenção federal não opera por só subsunção de fatos a normas, mas demanda complexo juízo lógico-jurídico que, pela natureza mesma da intervenção como remédio jurídico-político, precisa considerar eventual modificação do seu suporte fático no curso do processo, em decorrência de efetiva atuação e diligência dos Poderes e das instituições constitucionalmente estabelecidas, sobre a causa ou motivo original.

Assim, não basta a alegação da ocorrência de circunstâncias graves, capazes de, em tese, por em risco a higidez dos princípios constitucionais, à decretação da representação interventiva, pois a procedência desta tem de estar condicionada à omissão ou à ineficácia permanente de medidas político-jurídicas para saná-las, de modo a persistir, à época do julgamento, a situação histórica primitiva, só reparável por via de intervenção, sob pena de esta já não guardar razão de ser.

A intervenção é remédio processual constitucional destinado a repor estado de coisas desestruturado por atos atentatórios à ordem definida por princípios constitucionais de extrema relevância. Se tal ordem já foi restabelecida doutro modo, a intervenção não faz, aí, senso algum.

Aproximando-se desse entendimento, encontro precedente, de relatoria do então Presidente Ministro **Néri da Silveira**, e cuja ementa transcrevo:

> **Ementa**: Intervenção federal. 2. Representação do Procurador-Geral da República pleiteando intervenção federal no Estado de Mato Grosso, para assegurar a observância dos "direitos da pessoa humana", em face de fato criminoso praticado com extrema crueldade a indicar a inexistência de "condição mínima", no Estado, "para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o direito à vida". Fato ocorrido em Matupá, localidade distante cerca de 700 km de Cuiabá. 3. Constituição, arts. 34, VII, letra *b*, e 36, III. 4. Representação que merece conhecida, por seu fundamento: alegação de inobservância pelo Estado-membro do princípio constitucional sensível previsto no art. 34, VII, alínea *b*, da Constituição de 1988, quanto aos "direitos da pessoa humana". Legitimidade ativa

do Procurador-Geral da República (Constituição, art. 36, III). 5. Hipótese em que estão em causa "direitos da pessoa humana", em sua compreensão mais ampla, revelando-se impotentes as autoridades policiais locais para manter a segurança de três presos que acabaram subtraídos de sua proteção, por populares revoltados pelo crime que lhes era imputado, sendo mortos com requintes de crueldade. 6. **Intervenção federal e restrição à autonomia do Estado-membro. Princípio federativo. Excepcionalidade da medida interventiva.** 7. No caso concreto, o Estado de Mato Grosso, segundo as informações, está procedendo à apuração do crime. Instaurou-se, de imediato, inquérito policial, cujos autos foram encaminhados à autoridade judiciária estadual competente que os devolveu, a pedido do Delegado de Polícia, para o prosseguimento das diligências e averiguações. 8. **Embora a extrema gravidade dos fatos e o repúdio que sempre merecem atos de violência e crueldade, não se trata, porém, de situação concreta que, por si só, possa configurar causa bastante a decretar-se intervenção federal no Estado, tendo em conta, também, as providências já adotadas pelas autoridades locais para a apuração do ilícito.** 9. Hipótese em que não é, por igual, de determinar-se intervenha a Polícia Federal, na apuração dos fatos, em substituição à Polícia Civil de Mato Grosso. Autonomia do Estado-membro na organização dos serviços de justiça e segurança, de sua competência (Constituição, arts. 25, § 1º; 125 e 144, § 4º). 10. Representação conhecida, mas julgada improcedente.
(**IF 114**, Rel. Min. **Néri da Silveira**, Tribunal Pleno, julgamento em 13-3-1991, pub. no *DJ* de 27-9-1996. Grifos nossos.)

Do aresto depreende-se que a representação interventiva foi proposta, naquele caso, sob fundamento da ocorrência de fatos graves, hostis aos direitos da pessoa humana, no Estado de Mato Grosso, razão por que – ante a inexistência de controvérsia fática a respeito – foi conhecida por esta Corte. Mas é decisivo observar que, no mérito, *considerando o fato de as autoridades locais terem, antes do julgamento, adotado providências eficientes para a apuração e remoção do ilícito*, a Corte decidiu pela improcedência da ação. Vejam-se, a respeito, alguns fundamentos do mesmo voto do Ministro **Néri da Silveira**:

> No caso concreto, o Estado de Mato Grosso, segundo as informações, está procedendo à apuração do crime. Instaurou-se inquérito policial. No prazo de trinta dias os autos foram encaminhados à autoridade judiciária, que os devolveu, a pedido da autoridade policial, para que prosseguissem as averiguações.
>
> De outra parte, há expressa manifestação das autoridades judiciárias, com igual preocupação das autoridades do Poder Executivo, no sentido de se apurarem as responsabilidades.
>
> Penso que o assunto – que é da estrita competência do Poder Judiciário estadual, com a colaboração da Polícia Judiciária, não comporta tratamento diferente, à vista do estado em que se encontram a apuração dos eventos e a atuação das autoridades policiais
>
> (...)
>
> Com essas considerações, não vejo, para o caso concreto, seja cabível atender-se a louvável preocupação do eminente Procurador-Geral da República, no sentido de julgar-se procedente a representação ou requisitar-se intervenção federal restrita, o que é matéria que demandaria, sem dúvida, uma altíssima indagação quanto à sua possibilidade. Não tenho como admissível, na espécie, o Supremo

Tribunal Federal requisite ao Poder Executivo federal a Polícia Federal para agir na apuração desses fatos. **O equilíbrio federativo deve ser posto em primeiro plano, no exame de pedidos de intervenção federal.**

Este Tribunal não fica, assim, indiferente à realidade da violência, mas entende, também, que lhe incumbe o dever de determinar o procedimento repressivo, tão só, dentro dos limites de competência que a Constituição estabelece aos Poderes dos Estados e às Unidades da Federação, há o risco de os fatos comandarem as leis e isso não serve nem à integridade nacional e, menos ainda, à pureza da ordem jurídica.

Com essas considerações, meu voto é no sentido, no caso concreto, de julgar improcedente a representação.

8. No presente caso, eventual procedência do pedido de representação interventiva depende da prova da **continuidade** da "crise institucional" tal como descrita e comprovada pelo Procurador-Geral da República no momento de sua propositura.

Ora, consta dos autos que, desde a deflagração da operação *Caixa de Pandora*, em 27 de novembro de 2009, tem havido atuação diligente e efetiva das instituições públicas e dos Poderes constituídos, no sentido de apurar os fatos e responsabilizar os envolvidos no esquema de corrupção, com o intuito de restabelecer a normalidade institucional do ente federado.

São, ao propósito, de conhecimento público e notório as ações promovidas pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público do Distrito Federal para afastar deputados distritais suspeitos no processo de *impeachment* do então governador José Roberto Arruda, bem como para responsabilizá-los criminalmente.

Quanto ao processo de *impeachment* instaurado contra o ex-governador sobreveio perda de objeto da causa, ante a decisão do Tribunal Regional Eleitoral que lhe reconheceu a infidelidade partidária, coisa que já comprova o pleno funcionamento das instituições constituídas do Estado Democrático de direito.

No âmbito do Legislativo distrital, há, como já relatado, informações de que a Câmara vem adotando as medidas necessárias à apuração da responsabilidade das autoridades investigadas no Inquérito 650, em tramitação no Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, verifica-se que o processo político de perda de mandato da deputada Eurides Brito se encontrava "em fase final de apreciação, já tendo sido apresentado e aprovado, perante Comissões parciais internas, o Relatório Final da lavra da Deputada Érica Kokay no sentido da ocorrência de quebra de decoro por parte da acusada" (fl. 1132), até a última semana, quando se ultimou com a cassação, noticiada pela mídia.

Diante da perda do mandato do ex-governador José Roberto Arruda e do fato da renúncia – supostamente em razão da modificação do conjunto das forças políticas – do vice-governador Paulo Octávio, o Legislativo distrital adotou eficazes providências para evitar a "descontinuidade na gestão política e administrativa do Distrito Federal":

a) promoveu alteração na Lei Orgânica do Distrito Federal para conformá-la ao art. 81, § 1º, da Constituição de 1988, uma vez que a redação original previa que o Presidente da Câmara Legislativa concluiria o mandato no Poder Executivo;

b) a Mesa Diretora, considerando a nova previsão da Lei Orgânica, editou o Ato 26/2010, para declarar vagos os cargos de governador e de vice-governador do Distrito Federal e fixar o calendário da eleição indireta; e

c) realizou eleição indireta no dia 17 de abril de 2010, que elegeu, por maioria dos deputados distritais, os candidatos inscritos pelo PMDB.

Comprovando que a fiscalização dos atos do Poder Executivo não se adscreveu à esfera da Câmara Legislativa, senão que alcançou também o funcionamento de outras instituições públicas, há informações, nos autos, de que as auditorias realizadas pelos técnicos do Tribunal de Contas do Distrito Federal recomendam à Câmara Legislativa a rejeição das contas do ex-governador José Roberto Arruda, o que sugere a independência desse órgão no exercício da função de fiscalizar os atos do Poder Executivo.

Ainda no âmbito do Legislativo distrital, há informações, datadas de 25 deste mês, de que a Comissão de Ética decidiu pela instauração de processos para apurar supostas infrações ao decoro parlamentar praticadas por cinco deputados distritais investigados na Operação Caixa de Pandora, quais sejam, Aylton Gomes (PR), Benedito Domingos (PP), Benício Tavares (PMDB), Rôney Nemer (PMDB) e Rogério Ulysses (sem partido), fato que concorre para reforçar juízo de isenção da Câmara Legislativa na apuração dos fatos narrados na inicial, que maculavam a sua função institucional.

Em relação à situação do Governo do Distrito Federal após a eleição indireta do atual chefe do Executivo, consta também dos autos que o novo governador adotou medidas administrativas para corrigir "equívocos na estrutura de governo implantada no Distrito Federal" (fl. 1136).

O atual governador, além de promover a substituição dos titulares das pastas de Governo, Planejamento, Orçamento e Gestão, por servidores públicos de carreira do Governo do Distrito Federal, adotando o critério da formação técnica, editou decretos que determinaram, entre outras providências, realização de auditoria em todos os contratos celebrados pela administração pública do Distrito Federal, e instituiu o Comitê de Acompanhamento, Controle e Monitoramento de Obras Públicas, com atribuições de fiscalização dos processos de licitação (fls. 1136-1139).

9. Ora, posto que todas essas medidas jurídico-administrativas já inculcassem saneamento da "*grave crise*" institucional que motivou a propositura da representação, não deixo, para confirmá-lo, de examinar os demais argumentos da Procuradoria-Geral da República

Nos termos da petição de aditamento de fls. 1010-1056, o Procurador-Geral da República reafirma que as fraudes investigadas pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do **Inquérito 650/DF**, indiciam o envolvimento de mais de vinte e seis deputados – entre titulares e suplentes – da Câmara Legislativa.

Esse fato teria levado o Ministério Público do Distrito Federal a individualizar, na ação civil pública em curso na 7ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, onde arguia suspeição ou impedimento dos deputados para a sessão

em que se votaria o pedido de autorização para processar o então governador José Roberto Arruda, os deputados distritais e os suplentes participantes do esquema de venda de apoio político: os deputados, Aylton Gomes (PR), Benedito Domingos (PP), Benício Tavares (PMDB), Eurides Brito (PMDB), Jaqueline Roriz (PMN), José Matildes Batista (PRP), Milton Barbosa (PSDB), Raimundo Ribeiro (PSDB), Rogério Ulysses (sem partido), Rôney Nemer (PMDB), Geraldo Naves (sem partido), Pedro do Ovo (PRP), Berinaldo da Ponte (PP); e os suplentes, Monica Campos da Nóbrega, João Ricardo Noronha da Silva, Roberto Batista de Lucena, Odilon Aires Cavalcante, Aires Pinheiro Costa, Miguel Ângelo Soster, Valter Eduardo de Sousa, Antonio Alves do Nascimento Neto, Marcelo Toledo Watson, Maria Adélia Sobral, Keila Gonçalves de Vasconcellos, Francisco de Assis Barreiro Crizanto e Eliovaldo José Ferreira.

É que, para a Procuradoria-Geral da República, não deixaria de ser uma "*paradoxal ironia*" a eleição indireta de novo governador por deputados conluiados com o antigo chefe do Executivo na prática de atos de corrupção.

Observo desde logo, ao propósito, que, segundo o sítio eletrônico da Câmara Legislativa,[24] o número de deputados distritais indiciados naquele inquérito não constitui a *maioria* dos membros da atual composição, de modo que, sob essa perspectiva, não vejo risco próximo de distorção ilegítima da vontade do corpo legislativo.

Presumindo-se que as questões mais relevantes são, de regra, em qualquer parlamento, discutidas e deliberadas pelo voto da maioria absoluta dos membros – ou por outro *quorum* qualificado –, suposta existência de aliança espúria entre os investigados, para manipulação de votações ou de outras atribuições parlamentares, seria, nesse aspecto formal, pelo menos em tese, bastante ineficiente. É certo, pois, que, nesse quadro, o livre "jogo" do processo político-parlamentar estaria preservado, sem comprometimento do princípio da representação popular.

Ademais, consta dos autos que o Presidente da Câmara Legislativa, Wilson Lima, foi o principal concorrente do atual governador na eleição indireta ocorrida em 17 de abril de 2010, não se lhe podendo presumir vinculação com o atual chefe do Executivo, nem tampouco encontrar-lhe hegemonia no âmbito do próprio Legislativo.

Ad argumentandum, tampouco seria razoável reputar ilegítima a eleição indireta do atual governador do Distrito Federal, tendo em vista que do processo eleitoral participaram deputados regularmente eleitos, que não integram o grupo dos distritais investigados no procedimento em trâmite no Superior Tribunal de Justiça.

10. Por fim, examino, em razão de sua relação com o mérito da causa, os argumentos desenvolvidos pela Procuradoria-Geral da República em resposta à alegação de perda do objeto da representação. Confira-se:

> Tampouco há cogitar-se em perda do objeto. É certo que a Câmara Legislativa – após a propositura da presente ação – deu algum andamento no

[24] In: http://www.cl.df.gov.br/cldf/parlamentares – visitado em 10-6-2010.

> processo de *impeachment* do Governador do Distrito Federal. Não menos certo é, porém, que todas as medidas adotadas decorreram não da uníssona vontade do Poder Legislativo Distrital de atuar sob o rigoroso cânone republicano e o corolário da responsabilidade dos governantes: todas as medidas minimamente sérias decorreram do ajuizamento da ação direta interventiva bem como de atos judiciais anteriores e realizados concomitantemente ao processamento do pedido de intervenção.
>
> Cabe lembrar somente para exemplificar: o Governador do Distrito Federal não foi afastado pela Câmara Legislativa mas pelo Superior Tribunal de Justiça ao ser preso preventivamente; os deputados suspeitos, porque envolvidos no esquema criminoso, continuariam apreciando o pedido de *impeachment* não fosse ordem judicial decorrente de iniciativa do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.
>
> (...)
>
> O denodo do Legislativo é desenganadamente artificial e compulsório: nada deriva de sua destinação congênita e da voluntária expressão dos seus poderes, atribuições e deveres, mas de medidas judiciais e do temor de que a intervenção se concretize, com o consequente desmantelamento da organização criminosa que se adonou do Distrito Federal.

Dessa exposição vê-se que a Procuradoria-Geral da República ataca, especificamente, a "inércia" do Poder Legislativo distrital para superação da "*grave crise*" que se observava no passado recente. No mesmo passo, todavia, admite que outras medidas, com o propósito de afastá-la, foram adotadas anteriormente à propositura da representação, como também já no curso deste processo, o que revela admissão indisfarçável do estado de pleno funcionamento dos Poderes e instituições no momento da crise.

Em contestação à pecha de inércia do Legislativo, o Distrito Federal, nas informações complementares, ponderou (fl. 1140):

> A eventual demora em um processo político desgastante, como é o processo de *impeachment* ou de perda de mandatos parlamentares, não pode ser considerada anormal, a ponto de violar o sistema republicano. Pelo contrário, qualquer processo instaurado pressupõe um tempo adequado ao seu desenvolvimento, dada a necessidade de respeito aos direitos e garantias individuais.

Tem razão.

O processo político-democrático é *complexo*, pois comporta, senão que supõe debate de pluralidade de ideias, e é, também, *prolongado*, já que objetiva a formação contínua de consenso entre maiorias.

Desse ângulo, eventual morosidade de um processo de *impeachment* ou de perda de mandato parlamentar, ou o mero indeferimento de pedido para sua instauração não denotam, necessariamente, vulneração da *forma representativa*, nem *sistema republicano*, em termos aptos a legitimar o emprego excepcional do remédio interventivo.

A rigor, a Procuradoria-Geral da República, no bojo da representação, manifesta, agora, certo inconformismo – que, frise-se, não seria exclusivamente seu – contra uma espécie de "*crise de representatividade*" generalizada que

impregna o panorama político brasileiro e que é tema constante nas discussões em torno da reforma do sistema político.

Antes, porém, de tecer ponderações acerca dessa "crise política" nacional, relevo, mais uma vez, a sempre exemplar e vigorosa atuação do Ministério Público Federal na guarda da *ordem jurídica* e do *interesse público*. Deveras, como sublinha o Procurador da República, **Rogério Tadeu Romanó**, ao propor representação interventiva,

> (...) Age o Ministério Público Federal, por seu chefe, na garantia do interesse público, promovendo a fiscalização e execução da lei. Correto está o Mestre Dinamarco quando, em Fundamentos do Processo Civil Moderno, ed. RT, 1986, pp. 327-8, alertou que se o Ministério Público propõe ação, como órgão do Estado, em defesa de interesses globais da sociedade, tendo posição formal de parte, nem por isso deixa de velar pela ordem jurídica. A questão é, pois, de garantia do interesse público, que, consoante como afirmou Carnelutti, Sistema de Derecho Procesal Civil, vol II/51-52, tradução de Zamora y Castilho e Sentis Melendo, é dever do Ministério Público.[25]

Não obstante sua louvável iniciativa ao propor esta representação, estou em que o perfil do momento político-administrativo do Distrito Federal já não autoriza a decretação de intervenção federal, a qual se mostra, agora, inexoravelmente inadmissível perante a dissolução do quadro que se preordenaria a remediar.

Dissertando sobre a "crise" da própria Democracia como instituição, leciona **André Ramos Tavares**:

> *Aunque la institución (forma de gobierno) Democracia parezca moneda corriente en los Estados occidentales, su recurrencia y popularidad no son suficientes para eliminar insatisfacciones y cuestionamientos.*
>
> *La propia concepción de democracia ya suscita dudas. Si preguntamos a Schumpeter, Freeman y Gutmann cuál el concepto de democracia, tendremos tres respuestas distintas (problema éste que será aún más acentuado si aumentamos el número de entrevistados 1). Para Schumpeter, por ejemplo, democracia presupone o presenta como elemento primordial el proceso de selección de los representantes (2006: 269) 2. Es una visión procedimental (o mínimamente procedimental, cfr. Gutmann, 1993: 129) de democracia, en la cual prevalece la forma para la elección de un dado líder. Gutmann, a su vez, destacaría que democracia presupone participación popular efectiva, de forma que el electorado no sea apenas un elector, sino un individuo autónomo (1993: 144 y 151). Ya Freeman condicionaría la democracia a la forma de gobierno que posibilite la efectividad de ciertos derechos (1994: 186), aproximándose, en ese sentido, a lo que Schumpeter clasifica como teoría clásica de la democracia, por la cual se realiza el bien común (2006: 250).*
>
> *A esta polisemia innata al concepto de democracia pueden adicionarse aún, innúmeros paradojos, tal como la incapacidad – técnica – de la población a autogobernarse y la posibilidad de que la democracia siga por caminos totalitarios (cf. Tavares, 2004: 365 y ss).*[26]

---

[25] A representação interventiva federal no direito brasileiro. In: *Revista da Procuradoria-Geral da República*, n. 4, Revista dos Tribunais, p. 137-138.

[26] La crisis de la legitimación electoral. In: *Revista General de Derecho Público Comparado* 6 (2010), p. 1.

Marcos Antônio Striquer Soares completa:

> Em que pese a quase ausência do plebiscito e do referendo em nossa prática institucional, uma análise exaustiva sobre eles tem por objetivo mostrar a viabilidade de seu uso, a dimensão que possuem no direito positivo, a importância de que desfrutam, em face das limitações da representação popular, e o papel que assume na dinâmica da democracia. Atualmente, a prática institucional se restringe quase que às limitações da representação popular, onde somente uma elite participa do jogo político, e o povo, titular do poder, é mantido distante. Contudo, a Constituição deve ter um grau maior de eficácia, do que se verifica. A participação da sociedade já pode ser notada com o pluralismo político e a influência de grupos organizados no processo político, o que é um grande avanço; **o povo, no entanto, ainda continua como mero destinatário da lei e não como seu autor; aquele que exerce o poder não assume a dignidade que o direito lhe dá, e ao povo não é dado o respeito que merece**.[27]

Se ainda há, efetivamente, alguma "omissão" do Poder Legislativo distrital na apuração dos fatos ilícitos narrados, como faz crer a Procuradoria-Geral da República, trata-se de subalterna questão de deficiência que não transpõe os contornos do atual estágio da própria *democracia representativa* no País, e já não, um problema singularmente anômalo ou atípico, capaz de ser apenas solucionado mediante intervenção na autonomia do Distrito Federal.

É certo que "A corrupção é sempre uma violação do respeito à ordem ética instituída", pois sempre "viola o respeito devido à comunidade. Ora, a convivência exige respeito: respeito mútuo, respeito pelo próximo, isto é, respeito de cada um pelo próximo, e do próximo por cada um".[28]

Mas, como se demonstrou, desde a revelação dos fatos, os diversos Poderes e instituições públicas competentes desencadearam, no desempenho de suas atribuições constitucionais, ações adequadas para por cobro à crise oriunda de um esquema sorrateiro de corrupção no Distrito Federal.

E, aqui, também o Supremo Tribunal Federal se desincumbe do honroso mister de guardião da Constituição da República, abrindo-se, na via deste instrumento processual, a fatos políticos intrínsecos à vida da comunidade, sem, contudo, desrespeitar as limitações que lhe impõem o ordenamento e, em particular, o princípio da separação dos poderes.

É artífice do Direito consoante os preceitos constitucionais e, ainda que envolto na dinâmica da vida social e política, não se lhe sobrepõe às contingências e distorções históricas da experiência democrática, como se fora portador de miraculoso remédio para todos os males que as envolvam. Deparando com os limites formais e materiais que a intervenção encontra na Carta da República, não pode decretá-la para realizar propósitos práticos, objeto, quem sabe, de anseios

---

[27] *O plebiscito, o referendo e o exercício do poder*. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 13-14. Grifos nossos.

[28] TELLES JUNIOR, Goffredo. *Palavras do amigo aos estudantes de direito*: bosquejos extra-curriculares, proferidos no escritório do professor em 2002. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 6.

coletivos, mas de natureza diversa daqueles relacionados ao resguardo do pacto federativo em si.

Os fatos recentes não deixam dúvida de que a metástase da corrupção anunciada nesta representação interventiva foi controlada por outros mecanismos institucionais, menos agressivos ao organismo distrital, revelando a desnecessidade de se recorrer, hoje, ao antídoto extremo da intervenção, debaixo do pretexto de salvar o ente político.

E é de toda a oportunidade e atualidade não esquecer que, já não digo, a cura radical, mas o controle democrático dessa praga que grassa no mundo político não é produto da prática de nenhum excepcional ato cirúrgico alheio, que alcance as entranhas da estrutura dos Poderes contaminados, mas é obra do aprimoramento da cultura cívica e da ação consciente e específica do próprio povo, no exercício da gravíssima responsabilidade última de, pelo voto, como autor de sua história, desfazer amanhã as más escolhas de ontem. É um aprendizado custoso, mas não há caminhos mágicos no regime democrático representativo.

As eleições diretas avizinham-se. Está, pois, nas mãos dos mesmos eleitores do Distrito Federal a decisão de fazer-se representar condignamente, na condução das esferas políticas do governo, sem os riscos do insólito retrocesso institucional que ditou a propositura desta representação.

11. Ante o exposto, julgo **improcedente** a representação interventiva.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Concedo a palavra ao Senhor Procurador-Geral da República.

O Sr. Procurador-Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos: Senhor Presidente, permita-me? O Procurador-Geral da República, como requerente desta intervenção federal, tem, evidentemente, o máximo interesse em que ela seja apreciada com a máxima urgência, diante da situação extremamente grave em que vive o Distrito Federal. Entretanto, sente-se no dever de ponderar que, dada a importância, a magnitude do tema, seria de todo conveniente que o Tribunal pudesse deliberar em sua composição completa a respeito do tema, o que poderia ser feito. Estão ausentes justificadamente três Ministros da Corte e, aparentemente, seria possível transferir o julgamento para a primeira data do mês de agosto em que a Corte estivesse a sua composição completa.

É esta a ponderação que gostaria de trazer à consideração da Corte.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Submeterei a questão ao Plenário, mas peço licença a Vossas Excelências para externar, desde logo, o meu ponto de vista, ponderando o seguinte: a população, a sociedade em geral está ansiosa por

uma resposta pronta da Corte ao pedido de intervenção, e estamos em vésperas de início formal do período eleitoral, em que qualquer incidente constitui fator de perturbação do ambiente político. Está *sub iudice* questão jurídico-política importante, que, a meu juízo, deve, pois, ser decidida o mais rapidamente possível. Eventual risco de dificuldade na proclamação do resultado, dependendo do teor do julgamento a que se chegue nesta oportunidade, poderá ser remediado com o adiamento da sessão, para que se colham outros votos no começo do mês de agosto, se necessários.

Estou encaminhando a questão nesse sentido, de que procedamos ao julgamento.

Ouço o Plenário.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, o Colegiado lida, eventualmente, com situações de ausência de colegas por razões de licença médica, de representação do Colegiado em eventos no exterior, enfim, de não estar com a Corte completa. Esta não é a primeira vez e não será a última. O que importa é haver *quorum* para o início do julgamento e para a deliberação. Presente o *quorum* para a análise de tal processo, voto no sentido de rejeitar a questão de ordem.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Também, Presidente, tal como posto por Vossa Excelência, parece-me que a sociedade precisa de uma resposta, qualquer que seja, de acordo com o que vier a ser deliberado, portanto, acho que é importante que, devidamente aparelhado o feito para que seja julgado, seja submetido com os oito que estão aqui presentes. Além do que, acho que virá agora um mês de recesso, em que não haverá sessões, e nós já estamos agora realmente no processo formal de eleições, o que faz com que o cidadão do Distrito Federal tenha o direito de saber qual o regime a que se submete esta entidade.

Portanto, voto no sentido de que continuemos rejeitando a questão de ordem, tal como posto por Vossa Excelência.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Também eu, Senhor Presidente, peço vênia aos que discordam. Entendo que temos *quorum* para votar neste julgamento. Penso, também, que quanto mais se posterga esse julgamento mais traumática poderá ser eventual intervenção, sobretudo em face da proximidade das eleições.

Portanto rejeito, *data venia*, a questão de ordem.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, registro que ninguém mais do que o Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República para propor o adiamento do julgamento, dado que a ação direta interventiva, no caso, foi proposta por Sua Excelência. Aliás, parece-me até que, à luz da Constituição, somente o Procurador-Geral da República tem legitimidade processual para esse tipo de propositura. Mas, na linha do pensamento de Vossa Excelência, Senhor Presidente, e dos Ministros que subscreveram seu douto entendimento, acho que a questão clama por uma decisão rápida, uma decisão urgente. Não é uma decisão comum, não é um processo usual, corriqueiro; muito pelo contrário, intervenção federal, todos sabem, implica para o ente sob a sua ameaça, sob a sua possibilidade de incidência, um trauma institucional. É um remédio amargo aviado pela Constituição Federal e que, no caso, devido a todos esses precedentes que são do nosso conhecimento, está a merecer urgente deliberação desta nossa Corte.

Também rejeito a questão de ordem.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Também, Senhor Presidente, acompanho o juízo emitido por Vossa Excelência. Acho que é uma contingência essa do *quorum* não completo. Se, por acaso, no desfecho da questão, houver a necessidade de complementação, haverá, sem dúvida, a suspensão do julgamento, de modo que rejeito a questão de ordem.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, observo, acima de tudo, a tradição desta Corte. Não temos precedentes de julgamento de processos momentosos em uma das últimas sessões do semestre judiciário, diria que na última sessão do semestre judiciário, quando, por exemplo, sinto-me já exaurido, muito embora esteja preparado para votar a matéria de fundo deste processo. Jamais julgamos, ao término, ao apagar das luzes, quer do Ano Judiciário, quer do Semestre, processo de repercussão maior. E ninguém nega a repercussão ímpar do pedido formulado neste processo, no que revela intervenção.

Não estamos diante de sangria desatada, mesmo porque essa espécie de ação não suscita providência cautelar. Tem-se o julgamento de fundo. E conto hoje uma, duas, três cadeiras vagas, num Colegiado de onze integrantes. Reafirmo: o Supremo é um com onze integrantes presentes à sessão de julgamento; é outro com dez; é outro com nove; é outro com oito.

Em jogo faz-se a própria Federação, em jogo faz-se algo, como ressaltado pelo Ministro Carlos Ayres Britto, de implicação extrema, que é a intervenção em uma Unidade da Federação.

Exige-se – e esse caso é emblemático, confirmando o acerto do que venho sustentando sobre a matéria – o *quorum* de funcionamento de oito integrantes e a maioria absoluta – seis votos – para chegar-se a qualquer deliberação. Tudo recomenda que o enfrentamento de pedido dessa natureza se faça com a presença de todos os Ministros. Este processo de intervenção já vem tramitando há algum tempo, louvo inicialmente o Ministro Gilmar Mendes, e também Vossa Excelência, no que o declarou aparelhado para que possamos exercer o crivo. Mas por que precipitar-se, sem a presença da totalidade dos integrantes do Tribunal, a apreciação desse tema? O processo eleitoral já está em curso e estará em curso também no início de agosto. Não é, assim, argumento preponderante para examinar-se de imediato a matéria. Se fosse um obstáculo, a própria Constituição impediria a apreciação quando estivesse em pleno curso o ano eleitoral.

Recordo, Presidente, os pedidos de intervenção que tivemos em julgamento no Tribunal. A primeira, a Intervenção 114, relativa a Mato Grosso, quando funcionou como Relator o Ministro Néri da Silveira. Estávamos – talvez a época fosse outra, não fosse a atual – todos em Plenário. E, com alguns votos vencidos quanto à admissibilidade, à adequação e ao conhecimento do pedido – aos Ministros Celso de Mello e Moreira Alves –, chegou-se a conclusão a uma só voz, os onze integrantes votando. O mesmo ocorreu, quanto à composição normal do Tribunal – a composição de hoje tenho como anormal –, no julgamento, e fui Relator, do pedido de Intervenção 2.915/SP.

Confesso que o Tribunal pode atuar com oito integrantes, mas não deve fazê-lo, de início, em uma situação que reputo excepcional. Não há – e também fiz uma pesquisa sobre essa matéria, e se exige o *quorum*, por isso que se confirma aquela minha óptica de que precisamos de oito para enfrentar matéria constitucional, e neste caso não se busca declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei – previsão expressa quanto ao *quorum* da deliberação. Mas entendo, Presidente, que o caso não é de excepcionalidade maior a exigir providência imediata da Corte. As instituições no Distrito Federal estão funcionando. Não vejo algo que possa ser enquadrado como a exigir, a toque de caixa – e reputo que este julgamento será a toque de caixa, na última sessão do Tribunal e sem três integrantes –, o crivo imediato do Supremo.

Peço vênia e a compreensão dos colegas – e costumo dizer que a beleza do Colegiado está justamente nisso, no somatório de ópticas diversas – para concluir que devemos acatar a proposta do requerente, do próprio requerente do pedido de intervenção, do Procurador-Geral da República, fiscal maior da lei, no sentido de adiar-se o julgamento deste processo.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Presidente, eu também considero o voto de Vossa Excelência exemplar, estou acompanhando e vou fazer três observações que não serão longas.

A primeira é que o Procurador-Geral começa a sua sustentação afirmando que as imagens mostradas e que deram ensejo, entre outras coisas, a essa representação, assombraram a todos nós, brasileiros. E é fato.

O que, entretanto, não significa que este seja – no caso, o processo interventivo – o único instrumento, ou que, nesta altura, seja o instrumento mais adequado, tal como foi posto, mas apenas acentuando que aqueles fatos mostrados, de uma administração criminosamente patrimonialista, realmente fraudam a Constituição como um todo e poderiam ensejar, como bem afirmado por Vossa Excelência, num outro momento, a adoção das medidas que foram pedidas e que, agora, também mostrado por Vossa Excelência, parece já não ser o instrumento adequado.

Lembraria, Senhor Presidente, que, quando a Federação brasileira foi criada, no processo de criação, o então Ministro da Justiça Campos Sales fez uma referência sobre a autonomia dos Estados e a intervenção, instrumento novíssimo, afirmando que a autonomia dos Estados era o coração da Federação. E que este coração só deveria parar de bater num processo de intervenção, tal como também Vossa Excelência acentuou inúmeras vezes, excepcionalíssimo.

Aqui chamaria a atenção para um dado: a intervenção, exatamente porque toca o coração, não para só esta entidade. O Distrito Federal não seria a única das entidades que sofreria as consequências da intervenção, porque a própria Constituição, quando oferece a intervenção como exceção – já que o art. 34 afirma que "a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...)" –, não afirma que apenas aquela entidade passará por um processo alterado. Por exemplo, o art. 60, em seu § 1º, da Constituição, dispõe que a "Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal", exatamente porque a Federação como um todo está tocada.

Retomando a figura de Campos Sales, diria que, quando se faz uma intervenção no coração, congela-se o corpo todo para que aquela intervenção possa ter sucesso. Então, todos os órgãos, no caso, todas as entidades, estão de alguma forma, naquele momento, alteradas ou limitadas, inclusive nas suas competências, por exemplo, o Congresso Nacional, exatamente por causa da intervenção. Daí a sua adoção não se poder fazer senão em circunstâncias realmente muito fora da normalidade.

Por isso, Senhor Presidente, acho que o uso do instrumento se dá quando não há outra alternativa para se atingir a finalidade. O que Vossa Excelência demonstrou, de maneira muitíssimo brilhante no voto proferido, é que, principalmente no que concerne ao Poder Legislativo, fica difícil se saber exatamente a extensão dessa intervenção e as consequências dela. E aí chamo a atenção para circunstância de que estamos numa quadra eleitoral, portanto, uma intervenção neste momento de alguma forma limita até a conduta do interventor, se ele fosse indicado, porque nem toda intervenção necessita de interventor, já que a Constituição é expressa ao dizer: se houver interventor. Neste caso é pedido realmente figura de interventor, mas, mesmo ele, em razão da legislação eleitoral vigente neste período, teria limites muito diferenciados do que aconteceria num

outro período de regularidade das instituições, sem as restrições, portanto, de uma intervenção, e principalmente sem que se passasse num período como esse. Mas principalmente, como Vossa Excelência demonstrou também no voto, as medidas tomadas e outras que ainda podem ser tomadas realmente podem satisfazer ou pelo menos de alguma forma coibir as práticas, punir as práticas que tenham sido apuradas como contrárias à Constituição e à legislação.

Diria só ainda, Senhor Presidente, que acho esse pedido de intervenção, mesmo que a conclusão seja no sentido do voto de Vossa Excelência, que como disse acompanho, cumpriu um papel. Não um papel jurídico que deste Supremo Tribunal, mas um papel político no sentido de que assim que ele foi apresentado, as instituições viram que há um Supremo Tribunal, que ao guardar a Constituição, tem a atribuição, o dever de fazer valer, inclusive determinando a intervenção se for o caso.

O que Vossa Excelência demonstrou é que não era o caso, neste momento, e por isso é que acompanho às inteiras o voto proferido por Vossa Excelência.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, principio por louvar o voto de Vossa Excelência, que esgotou os aspectos doutrinários e jurisprudenciais da questão.

Trago longo voto escrito, mas me dispenso de lê-lo, gostaria apenas de pontuar alguns aspectos. Em primeiro lugar, como Vossa Excelência mesmo assinalou, a intervenção federal é uma medida extrema, uma medida absolutamente excepcional que visa a resguardar basicamente a unidade da Federação. Ela não se presta a retirar dos cargos governantes ou administradores faltosos. Para isso existem outros instrumentos jurídicos, como, por exemplo, o *impeachment*, as sanções penais ou mesmo aquelas que decorrem de processos por improbidade administrativa.

De outra parte também, em brevíssimo resumo, e Vossa Excelência também já colocou isso, a intervenção se rege basicamente pelos critérios da necessidade e da proporcionalidade. Agora, depois das ações levadas a efeito pelo combativo Procurador-Geral da República, a mim me parece que a intervenção não se mostra mais necessária e também agora seria desproporcional, porque o próprio sistema já reagiu à opinião pública e às ações empreendidas pelo Ministério Público Federal.

Portanto, por essas singelíssimas razões e outras que aduzo em meu voto escrito, acompanho Vossa Excelência para julgar também improcedente este pedido de intervenção.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, começo minha intervenção perfilhando os cumprimentos feitos pelos Ministros que me antecederam diante

do judicioso voto de Vossa Excelência, fundamentado na Constituição, sobretudo, o que me remete para uma dicotomia de que faço uso vez por outra.

Como a nossa Constituição é principiológica, alberga valores que, na prática, nos coloca diante de impasses. Como esse de prestigiar a Federação, ou, então, a República. É sempre assim, a Constituição nos coloca diante de valores que são bens coletivos, mas que, na prática, se antagonizam. Por exemplo, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, aquele bloco de bens de personalidade resumidos nos quatro direitos fundamentais da imagem, honra, intimidade e vida privada; de outra parte, porém, os bens igualmente de personalidade que dão conteúdo à liberdade de imprensa, como a liberdade de manifestação de pensamento, a informação, a liberdade de expressão artística, científica, comunicacional, intelectual, etc.

Aqui, de fato, a opção é entre o certo e o certo, por incrível que pareça. Eu faço uso dessa imagem ou desse recurso de linguagem, porque Vossa Excelência, no seu brilhante voto, prestigiou a Federação, a autonomia desse ente federado que é o Distrito Federal. E nós sabemos que os dois anéis de Saturno da Federação são a indissolubilidade e a autonomia político-administrativa. Enquanto o eminente Procurador-Geral da República, em duas manifestações de bela feitura e com o mesmo brilho intelectual, optou pelo prestígio ao princípio da República. Então, a escolha é entre o certo e o certo, porque a República é um valor constitucionalmente positivado, tanto quanto a Federação. Tudo depende do modo de interpretar, me parece, aquele valor que, se prestigiado, levaria à afirmação de outros valores da Constituição numericamente avultados. Ou, dizendo numa linguagem contrária, se optarmos pela República ou, ao contrário, pela Federação, que opção causaria menos estragos à Constituição? Eu prefiro optar pela República, e por isso vou pedir vênia para dissentir do voto de Vossa Excelência. Aliás, o Procurador-Geral da República invocou como pressuposto de sua representação restaurar a forma republicana de governo, ao lado do sistema representativo e do regime democrático, mas sobretudo a forma republicana, que, segundo Sua Excelência, tem sido sistematicamente conspurcada, desnaturada, corrompida de longa data no Distrito Federal enquanto Unidade da nossa Federação.

Eu lembro que o nosso Estado brasileiro não se chama Federação Republicana. Chama-se República Federativa, porque, se fosse Federação Republicana, a ênfase seria no Estado Federal, mas, como é República Federativa, a ênfase é na forma de governo. Não é na forma de Estado. E, de fato, a República é um valor que se faz muito mais vezes presentes na Constituição. É um valor que se faz muito mais vezes presente em outros valores da Constituição do que a própria Federação. Quando a Constituição, no limite do antagonismo entre autonomia federada e autenticidade do regime republicano, opta pela República, derrui a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em prol da autenticidade da República enquanto forma de governo. Porque me parece que, aqui, ao se colocar forma republicana, sistema representativo e regime democrático como pressupostos da intervenção, se violados, a Constituição não se preocupou tanto em controlar, em sindicar, em identificar desvios administrativos, práticas administrativas

corrompidas, não foi bem isso. Isso é sintoma, não é causa da doença. A causa da corrupção, a causa dos desvios administrativos, a causa de tantos conluios espúrios está numa cultura antirrepublicana. Instalou-se no Distrito Federal, de longa data, uma cultura antirrepublicana de governo. Não é de agora, não é do atual governo somente, ou do imediatamente ao que renunciou, é uma coisa antiga no Distrito Federal. Há uma cultura antirrepublicana. Os dois Poderes, o Executivo e o Legislativo, turbinaram, tonificaram a mais não poder a harmonia entre si, a ponto de transformar essa harmonia em cumplicidade; em enquadrilhamento, segundo demonstrou o eminente Procurador-Geral da República, e acho que os fatos confirmam essa increpação. O que está em jogo é essa mentalidade antirrepublicana que se instalou, que se arraigou, que, numa metáfora feliz do Ministro Gilmar Mendes, se transformou numa metástase institucional. É essa cultura antirrepublicana de governo que está sendo objeto de julgamento aqui.

O hábito é uma segunda natureza, sabemos disso; não se rompe impunemente com o hábito. É como se fosse uma segunda pele de cada um de nós. E cultura é um hábito coletivo, e também não se rompe com facilidade com um hábito coletivo, porque a cultura impregna o imaginário coletivo, a mentalidade dos governantes, e, para haver uma ruptura, uma quebra de paradigma, é preciso mudar a mentalidade. E eu acho que a mentalidade dos governantes nos dois Poderes, Executivo e Legislativo, não mudou, permanece. Claro que me dei ao trabalho de arrolar deficiências graves da máquina administrativa depois do atual governador indireto. Como também procurei saber como anda funcionando o parlamento depois da eleição indireta do atual governador. Encontrei um estado de letargia, de não funcionamento do Poder Legislativo. Mas, conforme estou dizendo, isso não me interessa muito, porque isso é sintoma, o que me interessa é a causa da doença, e acho que o Distrito Federal padece de leucemia ética, democrática e cívica pelas suas cúpulas no âmbito do Legislativo e no âmbito do Executivo. Para mim o caso é de hecatombe institucional. E aí cai como luva encomendada, serve como luva encomendada essa ferramenta chamada de intervenção.

Há um belíssimo estudo do Ministro Lewandowski sobre intervenção federal em que Sua Excelência, com toda procedência, na linha do pensamento de José Afonso da Silva, em especial, qualifica a intervenção como uma medida excepcionalíssima. E, de fato, é. O discurso constitucional é claro, é enfático, e diz que a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, nem os Estados intervirão nos seus Municípios, exceto para, e vêm as hipóteses taxativamente arroladas pela Constituição. E, quando chega ao que nos interessa, que é o inciso VII do art. 34, a Constituição fala de forma republicana, sistema representativo e regime democrático. A Constituição diz que a intervenção se justifica, ainda que excepcionalissimamente, para assegurar a observância desses princípios. E nós podemos notar que as coisas estão imbricadas. Como separar forma republicana de sistema representativo? Como separar sistema representativo de democracia, de regime democrático? A Constituição intencionalmente imbricou os três valores e os três princípios para dizer o seguinte: que, se o caso, se a situação for de ofensa ao espírito desses três princípios, a intervenção se justifica.

No Distrito Federal, algumas pessoas dizem assim: mas vai ser um péssimo exemplo decretar intervenção no Distrito Federal; péssimo para a imagem do Brasil, porque é a Capital da República, e os nossos brios, os nossos sentimentos de brasilidade ficarão extremamente apequenados, diminuídos. Mas eu raciocino inversamente. O Distrito Federal é uma pessoa estatal peculiaríssima, porque ele acumula poderes dos Estados e poderes dos Municípios. É uma superpessoa de direito público pela cumulatividade de competências que são dos Estados-membros e são dos Municípios. E Brasília é capital tanto do Distrito Federal quanto da União. E para alguns autores é a capital do próprio País. Por isso foi que a Constituição usou de uma expressão neutra, de difícil intelecção. Disse: Brasília é a Capital Federal. O que é isto, "Capital Federal"? Capital da União? Capital do Distrito Federal? Capital do Estado do Brasil, ou as três coisas ao mesmo tempo? Seja como for, Brasília tem muito mais importância no cenário jurídico, político, internacional, do que qualquer Estado da federação. Depois, Brasília recebe suporte financeiro-orçamentário da União num percentual que o Procurador-Geral da República demonstrou atingir a casa dos trinta e cinco, trinta e oito por cento. Brasília aplica recursos orçamentários próprios e expressivos recursos orçamentários da União. Então o bom exemplo republicano, representativo, democrático, ético tem de partir de Brasília. O bom exemplo vem de cima, e se Brasília se desnatura, passa a dar as costas ao espírito republicano de que fala a Constituição, a meu sentir justifica com muito mais razão a intervenção federal.

Fiz também aqui, Senhor Presidente, um resumo da operação chamada "Caixa de Pandora", mas também não vou ler. Basta lembrar, entre tantos itens que arrolei aqui, o seguinte: quando foi que um governador foi preso no Brasil? Depois da nossa Constituição, pelo menos, nunca. O governador que antecedeu ao atual, o governador, então, eleito diretamente, foi preso por ordem do Superior Tribunal de Justiça. Impetrou *habeas corpus*, aqui, e foi denegado. Renunciou à filiação partidária para não ser expulso. O seu substituto renunciou ao cargo. Onde já se viu isto na história do Brasil?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O governador não chegou a renunciar, houve o problema da infidelidade partidária, da derrota no Judiciário.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas aí ele não pôde se candidatar; a infidelidade o impediu de se candidatar. Parece-me que ele foi cassado pelo TRE. O Tribunal Regional Eleitoral cassou o mandato dele. Mas o substituto dele, o vice-governador, assumiu e renunciou. O Presidente da Câmara Legislativa, que seria o governador imediato, também renunciou.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas não é um bom sinal quanto ao funcionamento das instituições?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Sim. Mas o segundo na ordem renunciou também. Olha, essas renúncias em cascata sinalizam um estado de putrefação institucional. Na minha opinião, não se renunciou senão para encobrir, dificultar ou embaraçar investigações que pudessem desaguar em fatos ainda mais escandalosos ou desconhecidos dos que já vieram à tona. Partiu-se para uma eleição

indireta, sob as maiores suspeitas: o Procurador-Geral da República nos traz dados impressionantes, entre eles o de que o governador, eleito indiretamente, o foi por treze votos, oito dos quais coletados de correligionários que, segundo um jornal...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas essa questão é política, Excelência!

O Sr. Ministro Ayres Britto: Olhe, o esquema de que fala o Procurador-Geral da República, a meu sentir, existiu e ainda existe, a ponto de funcionar, como todo esquema de corrupção, açambarcando os outros Poderes, ou pelo menos outras instituições, até no âmbito da fiscalização. Há um conselheiro do Tribunal de Contas envolvido nessas investigações, sob fortes suspeitas. Há membros do Ministério Público também envolvidos. Como se fosse pouco o envolvimento, como se fosse pouca essa cumplicidade entre os Poderes Legislativo e Executivo.

Acho, portanto, a despeito de tantos votos aqui proferidos com proficiência, que a oportunidade é excelente para se fazer uma profilaxia; não para cassar a autonomia do Distrito Federal, como foi dito aqui da tribuna. Não se trata disso, até porque há previsão constitucional. Trata-se de suspender, juridicamente, a autonomia do Distrito Federal. Na verdade, trata-se, na perspectiva do princípio republicano, de libertar o Distrito Federal das garras de um perigosíssimo esquema de enquadrilhamento para assaltar, sistematicamente, o erário.

Vimos, pela televisão, as imagens que falam mais do que qualquer discurso que pudéssemos fazer aqui nesta oportunidade. Quantas pessoas envolvidas num esquema de corrupção, que, na verdade, não é causa, é sintoma, porque a verdadeira causa é o espírito antirrepublicano que se instalou na administração do Governo do Distrito Federal, mancomunando o Poder Executivo e Legislativo, por uma forma nem sequer imaginada por pessoas que veem na Constituição brasileira uma nova era de compromisso ético, democrático e cívico em nosso país.

Senhor Presidente, entendo que o Procurador-Geral da República se houve bem na sua proposta de ação interventiva. Ação direta de inconstitucionalidade interventiva, como chama José Afonso da Silva; as provas são robustas: há filmes, depoimentos, documentos, imagens. Sua Excelência se desincumbiu do seu papel de fazer a demonstração cabal dos fatos e da ambiência deletéria que se instalou no campo do Poder distrital.

Peço vênia a Vossa Excelência para julgar procedente a representação, na linha integral da proposta do Procurador-Geral da República.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Inclusive quanto ao Legislativo?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Quanto ao Legislativo, Sua Excelência, num parecer complementar, faz os ajustes que me pareceram adequados. Haveria não uma intervenção pura e simples no Legislativo, mas algumas restrições quanto à produção normativa do Poder Legislativo e também quanto a aspectos da fiscalização. O Legislativo do Distrito Federal renunciou a uma função que para a Constituição não é meio, é fim. A função controladora, fiscalizadora, nós sabemos que, no Brasil, à luz da Constituição, o Poder Legislativo tem duas funções: a função legislativa e a função de controle. O Legislativo renunciou a essa função

de controle, no que toca ao Poder Executivo. Isso é antirrepublicano porque a República tem cinco principais conteúdos: a legalidade (dado que na Monarquia o que prevalece é a vontade do rei, não a vontade da lei), a eletividade, a temporariedade no exercício dos mandatos, a responsabilidade pessoal dos governantes e o controle dos respectivos atos.

Então, esses cinco conteúdos do princípio republicano foram objeto do percuciente, detalhado, minucioso estudo do Procurador-Geral da República e transformado em peça de ingresso desta ação.

O Ministro Gilmar Mendes fala da República, também, já numa perspectiva ética, como a não patrimonialização do poder e sua não colocação a serviço de grupo de pessoas, porque República que é? *Res* pública é coisa do povo; não é coisa de um grupo, não é coisa de uma corporação, não é coisa de fulano, beltrano, eventualmente no exercício do Poder. E o patrimonialismo, que é essa indistinção entre o espaço público e o espaço privado, ofende o princípio republicano porque, até semanticamente, se República é coisa pública, nada pode ser apropriado por um grupo, como se deu no caso presente, e, na minha opinião, como continua a se dar.

Com essas palavras, Senhor Presidente, eu subscrevo a ação do Procurador-Geral da República, no sentido da intervenção. Julgo procedente a reclamação.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, estava pronto a me pronunciar simplesmente de acordo com o voto exauriente de Vossa Excelência, mas fiquei impactado – verdadeiramente impactado – com as tintas fortes do voto divergente do Ministro Carlos Ayres Britto, aumentando ainda mais o estigma que há no tocante a Brasília, como a Ilha da Fantasia, como a terra dos aproveitadores das riquezas deste imenso Brasil.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Vossa Excelência interpretou errado, Excelência. Eu falei de autoridades, não do povo de Brasília, pelo qual eu tenho o maior respeito e admiração.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Creio que o problema é cultural, realmente é cultural, mas que não é apenas do Distrito Federal. Tem-se desvios de conduta em outras unidades da Federação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Se Vossa Excelência me permite, é apenas uma pequena observação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Pois não.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Veja Vossa Excelência, e esse é um indicativo, a Constituição Federal hoje – foi uma mudança importante dos anos 2000 – não mais faz depender o processo e julgamento de parlamentares federais da autorização ou da concessão de licença, e permite que, se Câmara e Senado entenderem cabíveis, poderão fazer, nos casos específicos, a suspensão do processo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Tenho sérias dúvidas quanto à constitucionalidade dessa previsão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: É verdade, mas veja Vossa Excelência que, no plano federal, nós não temos sequer uma iniciativa nesse sentido, e, no plano estadual, nós temos várias; vários parlamentares hoje, no plano estadual, não são processados exatamente por conta da suspensão que as casas respectivas tomam.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, Presidente, quando o Tribunal votou a Intervenção 114 e concluiu, imaginava que também isso ocorreria, nesta assentada, a uma só voz, quanto à improcedência do pedido, ressaltou o Ministro Néri da Silveira a excepcionalidade da medida. E o fez em várias passagens do voto. Em jogo estava não o problema do erário, da administração pública, mas algo de maior valia que se circunscreve aos direitos da pessoa humana. Sua Excelência destacou, na ementa, a excepcionalidade da medida interventiva. Disse que, no caso, o Estado de Mato Grosso, segundo as informações – e, aqui, temos algo notório quanto ao Distrito Federal –, estaria procedendo à apuração do crime, tendo sido instaurado de imediato inquérito policial. Apontou que a crueldade verificada em Matupá, Mato Grosso, a 700 km de Cuiabá, seria estarrecedora.

Realmente é assim, Presidente. O instituto da intervenção exige que se sopesem valores. Para ter-se ideia, a intervenção está no mesmo patamar, quanto ao breque a emendas constitucionais, do estado de defesa, do estado de sítio. Não podemos deixar de julgar o pedido, não considerado o quadro que havia à época em que teve a iniciativa o Procurador-Geral da República – iniciativa louvável, o quadro era realmente assustador, estarrecedor –, mas a situação atual do Distrito Federal. Verificamos que medidas saneadoras foram implementadas com resultados concretos. As instituições, inclusive no campo federal, funcionaram. Tivemos um governador que saiu do Palácio para a Polícia Federal; um governador que, avistando a expulsão do partido, deixou o partido e, depois, foi declarado infiel a esse mesmo partido; um vice-governador que, ante o contexto, considerado certamente processo de *impeachment* que haveria na Câmara Distrital, não encontrando apoio para persistir na governança, deixou essa mesma governança: tivemos o ajuizamento de uma ação civil pública em que o magistrado afastou distritais quanto ao exame de certos processos, sendo convocados os suplentes, mostrando, portanto, o funcionamento das instituições. Verificamos, há pouco, Presidente, a cassação, pouco importando que tenha decorrido da pressão pública, essa pressão é salutar, de uma deputada distrital. O Procurador-Geral do Distrito Federal, Doutor Marcelo Galvão, mencionou da tribuna as inúmeras auditorias em curso, as providências tomadas quanto aos contratos e a observância desses contratos. Se chegássemos à intervenção a esta altura, potencializando não o presente, mas o passado, teríamos a primeira depois da Carta de 1988, com repercussão nefasta, quer interna, quer externa. E uma intervenção – ressaltou o Ministro Gilmar Mendes – às vésperas das eleições, tumultuando-as, com extensão, para mim, inimaginável. E a alcançar o próprio Legislativo no que teria atividade precípua mitigada, cerceada. Continuaria funcionando, mas não poderia – segundo o que preconizado pelo autor da representação interventiva – praticar certos atos.

Repito: continuaria funcionando, mas não poderia – segundo o que preconizado pelo autor da ação – praticar certos atos.

Presidente, como cidadão, poderia questionar: e as providências no campo penal? Onde está o inquérito que foi autuado sob o número 650, não vindo à balha, até aqui, a denúncia? Será que o quadro – não o pretérito, mas o atual – autoriza em si a intervenção, quando sequer os fatos que estariam a respaldar esse pleito ainda não desaguaram na propositura de uma ação penal? Para a propositura da ação penal não é preciso ter-se elementos probatórios robustos; basta que haja a sinalização da materialidade do crime e se tenha indícios da autoria.

Presidente, não podemos também partir para a dação à sociedade de uma esperança vã, impossível de frutificar. O Brasil não estará melhor se este Colegiado, com a responsabilidade que tem em termos institucionais – e a intervenção não é um simples ato político, mas ato político-institucional-técnico –, a partir simplesmente do implemento dessa medida extrema. Teríamos, como já ressaltado, dificuldades em lograr-se interventor, sua equipe técnica, equidistante.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sem apoio, eventualmente, político.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Exato, sem apoio, ou melhor, em descompasso com a própria Câmara Distrital, no que os eleitos o foram em data pretérita.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Vossa Excelência me permite um brevíssimo aparte, Ministro Marco Aurélio? Nessa linha que Vossa Excelência está levantando, um aspecto pouco estudado, mas muito presente e real, são os custos de uma intervenção. São custos elevadíssimos. Normalmente se pensa que é apenas a nomeação de um interventor, mas, como Vossa Excelência muito bem coloca, é todo um *staff* que vem junto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, e a insegurança gerada, a repercussão internacional, depois de um período de estabilidade, de acatamento do país no meio internacional.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Internacionalmente, pode haver muita interpretação. Uma delas é de que o país é sério e resolve cortar na própria carne quando necessário. Há muitas interpretações.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência admite essa óptica também quanto à Câmara Distrital? Esta já "cortou a carne".

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: A representação interventiva era até chamada, lembro-me de que o Professor Themistocles Cavalcanti, nosso antigo Colega, chamava de a representação para evitar a intervenção. Foi pensada inicialmente como um instrumento de judicialização para, tanto quanto possível, evitar a intervenção. E, neste caso, estamos a ver que a iniciativa do Procurador-Geral deflagrou iniciativas, permitiu que houvesse iniciativas institucionais normais que superassem o quadro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E já o louvamos. Foi importantíssimo o instrumental acionado pelo Procurador-Geral da República. Vossa Excelência, Presidente, ressaltou isso em seu voto. Agora não estamos a julgar – reafirmo o

início de meu voto – o passado, mas o presente. Temos que considerar, neste julgamento, o que já foi feito em termos, como disse, de medidas saneadoras, de avanço até mesmo no campo do aprimoramento das instituições do Distrito Federal.

Presidente, já me estendi em demasia sobre a matéria e repito que o problema quanto aos desvios de conduta no campo administrativo não é primazia, não é defeito único do Distrito Federal. É um problema, concordo com o Ministro Carlos Ayres Britto, cultural.

O período é alvissareiro, porque é dado constatar que as instituições pátrias estão funcionando, e toda vez que se surpreende, principalmente, o homem público, em um desvio de conduta, a tendência é que os demais fiquem com seus freios inibitórios mais intensos e observem a ética.

Acompanho Vossa Excelência julgando improcedente o pedido formulado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Vossa Excelência me permite um aparte, Ministro Celso? Eu até percebo que, por razões óbvias, tendo em vista a dinâmica processual hoje da ação direta de inconstitucionalidade, como eu disse no meu voto, a representação interventiva que tenha como objeto lei ou ato normativo quase se tornou obsoleta, porque, claro, a ação direta de inconstitucionalidade permite a impugnação, o pedido de liminar, e, por isso, muitas vezes não se cogita do manejo da representação interventiva, tendo como objeto lei ou ato normativo. Daí se revelar extremamente sábia a decisão do Supremo naquele caso de Matupá, porque deu outro sentido à representação interventiva, abrangendo e, veja, naquele caso era uma situação isolada, mas neste caso nós tínhamos uma crise sistêmica, difícil de ser apreendida nos meandros da intervenção federal, tal como ela está desenhada no texto constitucional. De modo que foi bastante feliz o Procurador-Geral quando conseguiu fazer este enquadramento que possibilitou o processamento e o julgamento da ação.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Vossa Excelência me permite, só para não perder a oportunidade? Vossa Excelência citou o grande Padre Antônio Vieira e ele, num trocadilho muito bem posto, traçou um retrato do Brasil da época que, infelizmente, ainda renitentemente se mantém, em alguma medida, lógico. Ele disse o seguinte: os governadores chegam pobres às Índias ricas (porque a América era chamada de Índias Ocidentais), os governadores chegam pobres às Índias ricas e voltam ricos das Índias pobres.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Tomara que não reeditem esse livro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), e também da parte do Judiciário.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), quanto à atividade precípua.

EXTRATO DA ATA

IF 5.179/DF — Relator: Ministro Presidente. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Distrito Federal (Procurador: Procurador-Geral do Distrito Federal).

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, rejeitou requerimento do Procurador-Geral da República no sentido de adiar o julgamento da causa, contra os votos dos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Em seguida, o Tribunal, por maioria e nos termos dos votos do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgou improcedente o pedido, contra o voto do Ministro Ayres Britto. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos; pelo requerido, o Dr. Marcelo Lavocat Galvão, Procurador-Geral do Distrito Federal; e, pela Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Dr. Fernando Augusto Miranda Nazaré, Procurador Legislativo. Ausentes, em representação do Tribunal no exterior, a Ministra Ellen Gracie, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa e, justificadamente, o Ministro Eros Grau.

Presidência do Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 30 de junho de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

MANDADO DE SEGURANÇA 24.803 — DF

Relator: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Impetrante: Eustáquio Nunes Silveira — Impetrados: Presidente da República e Tribunal Regional Federal da 1ª Região — Litisconsortes passivos: Leomar Barros Amorim de Souza e Neuza Maria Alves da Silva

Mandado de segurança. Magistrado. Aposentadoria compulsória. Processo administrativo disciplinar. Art. 27, § 1º, da Loman. Nulidade do procedimento. Ilicitude da prova e impossibilidade de utilização da prova emprestada. Atipicidade da conduta. Ausência de fundamentação. Não configuração. Segurança denegada.

1. O impetrante tinha ciência da sindicância e dos fatos a ele imputados, ou seja, ele conhecia o teor das acusações que lhe foram feitas. Ao longo de toda a sindicância, exerceu com plenitude o seu direito de defesa, muito embora isso não fosse obrigatório nessa fase da investigação, que é desprovida de caráter punitivo. Dispensada, nesse caso, a observância da regra inscrita no art. 27, § 1º, da Loman. Ademais, restou amplamente demonstrado o efetivo exercício do direito de defesa ao longo do procedimento administrativo disciplinar.

2. Legalidade da decretação, pelo magistrado de primeira instância, da quebra de sigilo telefônico do filho do impetrante, considerado peça-chave no esquema de venda de *habeas corpus* para traficantes de entorpecentes, já que ele não possuía prerrogativa de foro e a quebra de sigilo telefônico ocorreu na fase de inquérito policial, aplicando-se, por conseguinte, o entendimento firmado por esta Corte no julgamento do HC 81.260.

3. A revelação dos fatos relativos ao impetrante deu-se em decorrência de prova licitamente obtida. Inexistente, portanto, qualquer obstáculo jurídico à utilização da prova no procedimento administrativo disciplinar, ainda mais quando cotejada com outras provas, em especial os depoimentos de todos os envolvidos.

4. Remansosa é a jurisprudência desta Corte no sentido de que, "se o ato impugnado em mandado de segurança decorre de fatos apurados em processo administrativo, a competência do Poder Judiciário circunscreve-se ao exame da legalidade do ato coator, dos possíveis vícios de caráter formal ou dos que atentem contra os postulados constitucionais da ampla defesa e do *due process of law*" (RMS 24.347, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 4-4-2003; RMS 24.533, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 15-4-2005; RMS 24.901, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 11-2-2005; RMS 24.256-AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 13-9-2002; RMS 23.988, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 1º-2-2002; e MS 21.294, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 21-9-2001).

5. No voto do relator do processo administrativo disciplinar encontram-se todas as razões pelas quais a Corte Administrativa Especial do TRF da 1ª Região decidiu aplicar ao impetrante a pena de aposentadoria compulsória. Os votos dos demais juízes integrantes daquela Corte corroboram e ratificam o voto do relator, demonstrando a plena concretização da norma inscrita no art. 93, IX, da Constituição Federal.

6. Segurança denegada.

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, preliminarmente, excluir da causa a Juíza Neusa Maria Alves da Silva e, no mérito, por maioria, denegar a ordem, nos termos do voto do Relator, vencido os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio.

Brasília, 29 de outubro de 2008 — Joaquim Barbosa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por Eustáquio Nunes Silveira em face de atos do Presidente da República e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que resultaram em sua aposentadoria compulsória, com proventos proporcionais ao tempo de serviço, cujo decreto foi publicado no *DOU*, Seção II, de 18-12-2003.

Inicialmente, vale ressaltar os fatos que norteiam a impetração. Para tanto, valho-me da exposição do Procurador-Geral da República de fls. 1792-1793:

> Em virtude de notícia veiculada em rede televisiva em meados de dezembro de 2002, foi constituída Comissão de Sindicância (fls. 1118) para apurar denúncia de participação do impetrante e de sua consorte Vera Carla Nelson Cruz Silveira, magistrada da Justiça Federal do Distrito Federal, em suposto esquema de venda de *habeas corpus* a pacientes condenados por crimes relacionados ao tráfico internacional de entorpecentes.
>
> A aludida Comissão, formada pelos Desembargadores Federais Plauto Ribeiro (Presidente), Olindo Menezes e Hilton Queiroz, apresentou relatório (fls. 1121/1136) e voto (fls. 1137/1196) na sessão da Corte Especial Administrativa daquele Sodalício, ocorrida em 20-2-2003 (fls. 1201/1202).
>
> A conclusão da Comissão foi no sentido de arquivar a sindicância no tocante ao Desembargador Federal Tourinho Neto e de instaurar processo administrativo disciplinar em face do impetrante e da Juíza Vera Carla Nelson Cruz Silveira, determinando o afastamento de ambos de suas funções, sem prejuízo de sua remuneração.
>
> Em face de tal decisão, em 28-2-2003 os magistrados afastados impetraram mandado de segurança perante o TRF/1ª Região (fls. 1203/1223), ali autuado sob o n. 2003.01.00.005037-7 e, após inevitáveis redistribuições, remetido ao Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, que indeferiu a liminar.

Em 30-10-2003, houve pedido de desistência de tal *mandamus*, homologado na mesma data pela Corte Especial daquele Pretório.

O Processo Administrativo n. 6619/2002, por seu turno, foi relatado e votado na sessão de 12-11-2003. O relatório do Desembargador Federal Jirair Aram Meguerim encontra-se a fls. 1124/1251. Os votos do relator e dos demais Desembargadores componentes da Corte Especial estão a fls. 1252/1764.

Consoante se verifica da certidão de julgamento (fls. 1765/1766), houve por bem a Corte Especial, à unanimidade de votos, em aplicar a pena de aposentadoria compulsória, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, ao impetrante e à sua cônjuge.

A decisão foi enviada ao Presidente da República, que expediu Decreto, publicado no *Diário Oficial da União* em 18-12-2003, aposentando compulsoriamente o impetrante.

O impetrante baseia sua argumentação em quatro pontos distintos, quais sejam (fls. 2-30): (i) nulidade do processo administrativo disciplinar; (ii) ilicitude da prova que serviu de fundamento para sua condenação; (iii) atipicidade de sua conduta; e (iv) ausência de fundamentação da decisão condenatória.

A fls. 969-970, indeferi o pedido de liminar, antes de virem as informações das autoridades apontadas como coatoras, em razão do surgimento de fato novo, consistente na nomeação de magistrado para preencher a vaga decorrente da aposentadoria do impetrante.

Informações prestadas a fls. 972-1082, pelo Presidente da República, e a fls. 1084-1103, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, acompanhadas de diversos documentos (fls. 1104-1789), entre os quais o inteiro teor dos votos proferidos pelos membros do Tribunal no procedimento administrativo disciplinar.

Sobre as informações, transcrevo trecho do relatório elaborado pelo Procurador-Geral da República (fls. 1794-1795):

O Presidente da República apresentou as informações a fls. 972/1082. Nelas asseverou: (i) que a sindicância que precede o processo administrativo disciplinar seria procedimento informativo que visa ao esclarecimento da autoridade julgadora, evitando-se a instauração de tais processos quando manifestamente improcedentes as denúncias, e, por essa razão, as defesas nessa fase antecedentes são consideradas desnecessárias; (ii) que não poderia haver defesa sem a formulação anterior de acusação objetiva, que somente teria ocorrido quando foi instaurado o processo administrativo disciplinar; (iii) que o impetrante teria aforado outro *mandamus* – já referido na presente manifestação – e que dele desistira; (iv) que teria sido o impetrante a requerer a instauração de sindicância, o que esvazia as alegações de ausência de notificação; (v) que a ilicitude da prova envolveria matéria cuja análise é vedada no mandado de segurança e, mesmo que assim não fosse, não haveria inconveniente em utilizar as provas resultantes de quebra de sigilo telefônico, uma vez que os crimes supostamente cometidos por agentes públicos implicam ilícitos não apenas na esfera penal mas também no âmbito administrativo; (vi) que o aconselhamento de advogados não seria função institucional da magistratura e que tal conduta se revelaria ainda mais perniciosa quando os ajuizamentos se dariam na Corte da qual o impetrante fazia parte; (vii) que não teria havido carência de motivação.

O TRF/1ª Região manifestou-se a fls. 1084/1789 por meio de seu Presidente, Desembargador Federal Catão Alves. Sustentou, em suma: (i) que o processo deveria ser extinto sem julgamento do mérito em decorrência de citação de litisconsorte passivo necessário, o Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa; (ii) que o impetrante desejaria o reexame de provas, incabível em sede mandado de segurança; (iii) que o impetrante estaria ciente do objeto da investigação desde 13.12.2002, tendo inclusive apresentado "justificação de conduta" (fls. 1109/1117) durante a sindicância, por ele mesmo requerida, e que acompanhou todo o processo administrativo disciplinar; (iv) que a quebra de sigilo telefônico havia sido regularmente autorizada pelo Juízo da 5ª Vara Federal de Goiás e que, chegando ao conhecimento da Corte, caberia analisá-las para evitar a omissão e a conivência; (v) que a conduta, a par de clara ilicitude administrativa, configuraria, em tese, conduta penal típica; (vi) que o impetrante teria comparecido à sessão de julgamentos com seu advogado, que sustentou oralmente em sua defesa, não havendo que se falar em ausência de fundamentação da decisão.

No parecer de fls. 1791-1802, o Procurador-Geral da República manifesta-se, preliminarmente, pela intimação do impetrante para proceder à citação do litisconsorte passivo necessário, Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa. No mérito, opina pela denegação da ordem, argumentando que a sindicância realizada era dotada de caráter meramente investigativo, pois visava a apurar os fatos noticiados pela imprensa televisiva e a verificar se seriam eles suficientes para a instauração do procedimento administrativo disciplinar.

Assevera o representante do *Parquet* que o impetrante exerceu o direito de defesa no desenrolar da sindicância, por meio de justificação de conduta que apresentou em 17-12-2002 (fls. 1109-1117), data em que foi constituída a comissão de sindicância. Além disso, relata que o impetrante também compareceu tanto à sessão de instauração da sindicância como à sessão que determinou a conversão desta em processo administrativo disciplinar, e, ainda, à última, que lhe impôs a pena de aposentadoria compulsória, tendo-lhe sido permitido manifestar-se, inclusive com o auxílio de advogado, em todas essas sessões.

Quanto à suposta falta de motivação para a quebra do sigilo telefônico de Igor da Silveira, filho do impetrante, argumenta ter ficado demonstrado que este era peça-chave da denominada "Conexão Brasília", cuja conduta se consubstanciava em ilícito penal.

Rebate as afirmações de ilegalidade no envio da prova colhida pelo Juízo Federal de Goiás para o TRF da 1ª Região, afirmando que, assim que o magistrado constatou indícios de ilícitos administrativos praticados pelo impetrante, enviou os autos para o Presidente do Tribunal Regional Federal, de sorte que são perfeitamente válidas as provas produzidas.

Em seguida, a respeito da possibilidade de uso de prova emprestada em processo administrativo, reporta-se à argumentação do Desembargador Federal relator do processo administrativo disciplinar, Jirair Aram Meguerim, a qual, amparada em diversos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, impossibilita toda espécie de divergência sobre o tema (fls. 1277-1281).

Quanto à suposta atipicidade da conduta do impetrante – orientar advogado na impetração de *habeas corpus* –, sustenta a inviabilidade, em exame de mandado de segurança, da análise tanto das provas levadas em consideração pelo Tribunal Regional Federal em sua decisão como do acerto ou não desta.

Por fim, conclui que não há como falar em ausência de fundamentação na decisão punitiva, sendo certo que o impetrante teve livre e irrestrito acesso a todas as fases do procedimento administrativo disciplinar e também da sindicância, por ele mesmo requerida. Ressalta a robustez dos votos proferidos, traçados em mais de quinhentas páginas (fls. 1252-1764), afastando por completo a alegação de ausência de fundamentação.

Destaco, por fim, os seguintes documentos que acompanham o mandado de segurança, os quais reputo de maior importância: sindicância realizada pelo TRF da 1ª Região (fls. 33-111); publicação do decreto em que o Presidente da República aposenta compulsoriamente o impetrante, com proventos proporcionais, no *DOU* de 18-12-2003 (fl. 115); decisão do TRF da 1ª Região no Procedimento Administrativo Disciplinar 6.619/2002, a qual inclui notas taquigráficas e anexos (fls. 117-520); pedidos e decisões referentes à quebra do sigilo telefônico do filho do impetrante, Igor Silveira (fls. 697-950).

A fls. 1806-1812, o impetrante manifesta-se acerca dos documentos que acompanham as informações e requer a citação do Juiz Leomar Barros Amorim de Souza, nomeado para a vaga decorrente de sua aposentadoria, para compor o polo passivo da demanda.

Citado, o Juiz Leomar Barros Amorim de Souza apresenta defesa a fls. 1884-1885, adotando como razões as informações prestadas pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

A fls. 1913-1916, o impetrante requer concessão de medida liminar para suspender o processo de promoção para preenchimento de nova vaga surgida no TRF 1ª Região em decorrência da aposentadoria voluntária do Juiz Plauto Ribeiro. Pelas mesmas razões por mim anteriormente ressaltadas, indeferi o pedido.

A fls. 1936-1938, o Juiz Leomar Barros Amorim de Souza pleiteia a citação da Juíza Neuza Maria Alves da Silva, nomeada para ocupar a vaga decorrente da aposentadoria voluntária do Juiz Plauto Ribeiro, para integrar o polo passivo da demanda.

Instado a se manifestar, o impetrante entendeu não ser caso de listisconsórcio necessário.

À fl. 1954, determinei a intimação do impetrante, para que promovesse a citação da Juíza Neuza Maria Alves da Silva. Esta, regularmente citada, apresentou contestação na qual pugna por sua exclusão do feito, em virtude da inexistência de litisconsórcio passivo necessário na espécie.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhora Presidente, o mandado de segurança ataca ato do Presidente da República e do TRF da 1ª Região consubstanciado na aposentadoria compulsória do impetrante em decorrência de Processo Administrativo Disciplinar (PAD) que concluiu por conduta incompatível com o exercício da magistratura.

Conforme ressaltei no relatório, o impetrante sustenta que o referido PAD ofende o devido processo legal e é nulo por violação do princípio da ampla defesa. Alega, ainda, ilicitude da prova usada no procedimento, atipicidade de sua conduta e ausência de fundamentação na decisão que aplicou a pena de aposentadoria compulsória.

Não obstante a clareza dos argumentos apresentados pelo impetrante, a simples leitura das principais peças do processo – em especial do relatório da comissão de sindicância e do relatório e voto do relator do PAD – elide toda e qualquer suposta dúvida a respeito da legalidade do procedimento.

De fato, o trabalho do TRF da 1ª Região respeitou em todos os aspectos os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, da mesma forma que a decisão pela aplicação da penalidade – adotada, ressalto, por unanimidade – está profunda e detalhadamente fundamentada.

Feitas essas breves considerações, analiso, uma a uma, as nulidades arguidas pelo impetrante.

I – Da nulidade do processo disciplinar

O impetrante sustenta que o processo disciplinar contra ele instaurado é nulo, por não ter havido prévia e formal notificação do teor da acusação que lhe estava sendo imputada, e dada a ausência de defesa prévia e a falta de intimação para a sessão de julgamento, o que constituiria afronta aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, bem como ao disposto no art. 27, § 1º, da Loman, que exige a apresentação de defesa prévia, em qualquer hipótese, para a instauração de processos contra magistrados. Ressalta, ainda, não ter sido intimado nem para a sessão que decidiu pela instauração do procedimento disciplinar nem para aquela que decidiu pela aposentadoria compulsória.

Tem o seguinte teor o art. 27, § 1º, da Loman, cuja aplicação o impetrante reivindica:

> Art. 27. O procedimento para a decretação da perda do cargo terá início por determinação do tribunal, ou do seu órgão especial, a que pertença ou esteja subordinado o magistrado, de ofício ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo ou Legislativo, do Ministério Público ou do Conselho Federal ou Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.
>
> § 1º **Em qualquer hipótese, a instauração do processo preceder-se-á da defesa prévia do magistrado, no prazo de quinze dias, contado da entrega da cópia do teor da acusação e das provas existentes, que lhe remeterá o**

> **presidente do tribunal, mediante ofício, nas quarenta e oito horas imediatamente seguintes à apresentação da acusação**.
> (Grifei.)

O impetrante afirma que não lhe foi aberto o prazo para defesa prévia a que se refere esse dispositivo, razão por que todo o procedimento administrativo seria nulo.

Senhora Presidente, a perda do cargo de magistrado, nos termos da Loman, somente será decretada após procedimento administrativo em que seja assegurada a ampla defesa. Daí o dispositivo legal, que possui o claro intuito de preservar tal garantia, por meio da notificação ao magistrado do teor das acusações a ele imputadas, com o fim de evitar que ele seja abrupta e inesperadamente alvo de PAD.

No presente caso, é preciso ressaltar dois aspectos fundamentais.

Em primeiro lugar, o PAD foi precedido de sindicância para se apurarem denúncias veiculadas em rede nacional de televisão a respeito de suposto esquema de corrupção no TRF da 1ª Região.

A sindicância, como é de todos sabido, tem caráter apuratório preliminar, sem cunho punitivo. Ao cabo desse procedimento prévio, inquisitorial e não sancionador, a administração somente pode: (i) arquivar o procedimento, ante a constatação da impropriedade das acusações, por exemplo, ou (ii) instaurar o PAD, a fim de que seja garantida ao magistrado a possibilidade ampla e irrestrita de se defender, antes de lhe ser imposta alguma penalidade.

No caso, entendo que a comissão de sindicância foi bastante clara em preservar o caráter preliminar do procedimento, de modo que, ao final dele, decidiu-se pela instauração do PAD contra o ora impetrante.

Ressalto o entendimento do Supremo Tribunal Federal, de que, quando o PAD é precedido de sindicância, esta constitui procedimento preparatório daquele, e é no PAD que deve ser garantida a observância do princípio da ampla defesa (RMS 22.789 e MS 23.796, *v.g*., ambos de relatoria do Ministro Moreira Alves). Confira-se:

> *Ementa*: Servidor público. Aplicação da pena de advertência sem a instauração de sindicância na qual se daria o exercício da ampla defesa dos que vieram a ser punidos. Nulidade.
>
> – Do sistema da Lei 8.112/1990 resulta que, sendo a apuração de irregularidade no serviço público feita mediante sindicância ou processo administrativo, assegurada ao acusado ampla defesa (art. 143), um desses dois procedimentos terá de ser adotado para essa apuração, o que implica dizer que o processo administrativo não pressupõe necessariamente a existência de uma sindicância, mas, se o instaurado for a sindicância, é preciso distinguir: se dela resultar a instauração do processo administrativo disciplinar, é ela mero procedimento preparatório deste, e neste é que será imprescindível se dê a ampla defesa do servidor; se, porém, da sindicância decorrer a possibilidade de aplicação de penalidade de advertência ou de suspensão de até 30 dias, essa aplicação só poderá ser feita se for assegurado ao servidor, nesse procedimento, sua ampla defesa.

> – No caso, não se instaurou nem sindicância, nem processo administrativo, e sem se dar, por isso mesmo, qualquer oportunidade de defesa aos impetrantes, foi-lhes aplicada a pena de advertência, por decisão que foi tomada, como se vê da cópia à fl. 10, em processo administrativo contra terceiro e no qual os impetrantes constituíam a comissão de inquérito. Recurso ordinário a que se dá provimento.
> (RMS 22.789, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 25-6-1999.)

No caso em exame, é preciso, ainda, observar que a sindicância foi motivada por dois fatos: primeiro, o recebimento, pelo TRF, de documentos com de gravações de escutas telefônicas envolvendo o impetrante, o filho e a esposa – documentos esses distribuídos mediante ofício a **todos** os desembargadores do Tribunal, inclusive o impetrante, em momento anterior à instalação da sindicância –; depois, o pedido, feito pelo próprio impetrante, de instauração da sindicância, conforme se verifica na justificação de conduta de fls. 1109-1117. Ademais, na petição inicial, o próprio impetrante afirma:

> Aturdido e estarrecido com essa leviana acusação (de existência de um suposto esquema de venda de *habeas corpus* do qual ele faria parte), imediatamente, solicitou ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região que apurasse os fatos. (...) De tudo, resultou a constituição de uma Comissão de Sindicância.
> (Fls. 3-4.)

Ressalto mais uma vez que é patente, ao longo de toda a sindicância, o fato de que o impetrante exerceu o direito de defesa, mesmo em fase de investigação em que ela é absolutamente dispensável, em razão de seu caráter não punitivo. Nesse sentido, veja-se o que consta do relatório da comissão de sindicância:

> Na décima reunião, realizada no dia 7 de fevereiro de 2003, a Comissão decidiu encerrar os trabalhos da instrução para proceder ao relatório da sindicância, eis que "...(a) cuida-se de procedimento de investigação preliminar, destinado, apenas e tão somente, a promover a apuração dos fatos noticiados nos meios de comunicação, que estão mencionados no Processo Avulso Coger n. 2002/00587/DF; (b) como simples instrumento de averiguação, não existe qualquer possibilidade desta Comissão opinar, se for o caso, pela aplicação de qualquer penalidade, dispensando, por esta razão, a observância, nesta fase, dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa; **(c) os juízes mencionados nas notícias veiculadas nos meios de comunicação tomaram conhecimento do inteiro teor do relatório de Inteligência elaborado pela Polícia Federal (base e fundamento desta investigação), assim como todos os demais juízes deste Tribunal; e (d) o Juiz Eustáquio Silveira manifestou-se acerca dos fatos em apuração, inclusive perante a Corte Especial (cf. fls. 06/14), apresentando documentos (cf. fls. 1458/1606), da mesma forma que o Juiz Tourinho Neto, que se dirigiu à Comissão (cf. fls. 1180/1402 e 1405/1435), e a Juíza Federal Vera Carla Nelson Cruz Silveira, que, além de apresentar documentos (cf. fls. 1607/1703 e 1752/1762), redigiu mensagem explicativa sobre os fatos objeto deste procedimento, encaminhando por e.mail (Lista AJUFE) a todos os Juízes Federais e uma outra dirigida a todos os servidores da Justiça Federal" (cf. fls. 3404/3405)**.
>
> Por último, a Comissão reuniu-se no dia 11 de fevereiro de 2003, apenas para apreciar a manifestação do Desembargador *Eustáquio Silveira* no sentido de ser

> ouvido nesta Sindicância, mas entendeu pela "(...) desnecessidade de reabrir a instrução, que já estava encerrada quando do recebimento do mencionado expediente, considerando não apenas as manifestações anteriores, da lavra do aludido Magistrado, como as posteriores, cuja juntada foi determinada nesta data (11-2-2003)."
> (Fls. 37-38.)

Observo, ademais, que, atendendo solicitação da comissão de sindicância, ainda nessa fase investigatória preliminar, o Desembargador Eustáquio Silveira e a Juíza Federal Vera Carla Silveira apresentaram cópias de decisões judiciais, declarações de imposto de renda e extratos bancários de diversas agências (fls. 38-40).

É fácil concluir, portanto, que, durante os trabalhos da comissão de sindicância, os magistrados supostamente envolvidos no "*esquema de Brasília*" apresentaram defesa oportunamente, de forma a influenciar na decisão final da comissão. Tanto é assim que esta, acolhendo defesa do Juiz Tourinho Neto, decidiu não instaurar processo administrativo disciplinar contra ele.

Friso, por outro lado, que o relator da comissão de sindicância, em extenso voto, elencou todos os indícios que levaram à instauração do PAD contra o impetrante (fls. 83-107).

Extrai-se, assim, de toda a documentação anexada aos autos, que o impetrante não foi pego de surpresa, ou, noutras palavras, conhecia integralmente o teor dos fatos e acusações contra ele oferecidas, tendo-se pronunciado em diversas ocasiões sobre elas.

Por essa razão, tenho por atendido, no caso, a essência do que preceitua o art. 27, § 1º, da Loman. A pretendida anulação de todo o procedimento administrativo por conta de suposta ausência de formalidade a ser cumprida parece-me incongruente com o sistema, seja porque a finalidade do dispositivo foi plenamente atingida, seja porque não houve nenhum prejuízo para a defesa, efetuada ao longo de todo o PAD.

Lembro, ainda, que essa questão foi objeto de exame pelo TRF e está extremamente bem justificada no voto do relator da sindicância (fls. 33-111).

Observo, também, que, como no processo penal, o indiciado no PAD defende-se dos **fatos** a ele imputados, e não da acusação formalizada. Nesse sentido, cito a decisão prolatada pela Segunda Turma no julgamento do RMS 24.536 (Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 5-3-2004):

> *Ementa*: Recurso em mandado de segurança. 2. Anulação de processo administrativo disciplinar e reintegração ao serviço público. Alteração da capitulação legal. Cerceamento de defesa. 3. Dimensão do direito de defesa. Ampliação com a Constituição de 1988. 4. Assegurada pelo constituinte nacional, a pretensão à tutela jurídica envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. Direito constitucional comparado. 5. Entendimento pacificado no STF no sentido de que o indiciado defende-se dos fatos descritos na peça acusatória e não de sua capitulação legal. Jurisprudência. 6. Princípios do contraditório e da ampla defesa observados na espécie. Ausência de mácula no processo administrativo disciplinar. 7. Recurso a que se nega provimento.

Reitero: tanto na justificação de conduta apresentada pelo impetrante ao TRF como na sindicância e no PAD, os fatos apurados foram os mesmos, baseados na documentação enviada a todos os membros daquela Corte antes mesmo da instauração da sindicância, a saber (fl. 1121):

> (a) manifestação da Procuradoria da República em Goiás,
> (b) decisão do Juiz Federal Substituto da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, referente ao Processo n. 200.35.00.001517-9,
> (c) 01 (um) Catálogo-índice,
> (d) 01 (um) Relatório de Inteligência,
> (e) 01 (um) CD, e
> (f) 04 (quatro) volumes de escutas telefônicas, além de 02 dois envelopes contendo 16 (dezesseis) CDS identificados com os seguintes dizeres: "*Operação Diamante*" – Relatório Geral – Conexão Brasília.

Quanto à específica acusação de que o impetrante auxiliava advogados na elaboração e revisão de peças, reporto-me a trecho da justificação de conduta:

> Esse advogado, Márcio de Assis Borges, conheço desde que estive no Ceará, como juiz federal, e ele, como Chefe do Jurídico da Caixa Econômica Federal. Sempre foi um dileto amigo, colega de trabalho de meu irmão, e, assim sendo, por diversas vezes, mesmo em questões atinentes aos interesses da CEF, me consultou sobre as melhores medidas jurídicas a serem tomadas, se as petições e trabalhos preparados por ele estavam bons, sempre recebendo de mim um certo ar de reprimenda, mas sem que eu me furtasse a dar algum palpite.
> (Fls. 1109-1117.)

Vê-se que, ao requerer a instauração da sindicância, o impetrante já apresentava sua versão dos fatos em que estava envolvido. Não há, pois, que se falar em desconhecimento do teor das acusações que sobre ele recaíam.

Por conseguinte, como reiteradamente ressaltaram os desembargadores que analisaram a questão, o impetrante não sofreu prejuízo algum em virtude do não cumprimento formal do referido dispositivo (art. 27, § 1º, da Loman).

No que concerne ao argumento de que o impetrante não fora intimado para comparecer à sessão em que se decidiu pela instauração do PAD, remeto à disposição expressa da Loman, no sentido de que a referida sessão é secreta, de modo que é dispensável a intimação do impetrante (art. 27, § 2º, da Loman). Friso, mais uma vez, que a sindicância é procedimento meramente investigativo e não sancionador, o que é suficiente para justificar o sigilo da sessão.

Já no tocante à sessão em que se decidiu pela aplicação da penalidade de aposentadoria compulsória, ressalto que, pela leitura dos autos, o impetrante e seu advogado compareceram à sessão de julgamento, tendo este inclusive apresentado defesa oral perante a Corte Especial, conforme certidão de fl. 1165. No entanto, após a manifestação dos membros do Ministério Público Federal e do patrono do impetrante, a Corte acordou em realizar o julgamento em sessão reservada. Não houve, portanto, prejuízo algum para a defesa do magistrado.

Por essas razões, afasto a tese de nulidade do procedimento administrativo.

II – Da ilicitude da prova que serviu de fundamento para a condenação

Segundo afirma o impetrante, a prova usada no PAD foi colhida em conversas telefônicas obtidas em interceptações de ligações do celular do filho, Igor da Silveira. Sustenta que se trata de prova ilícita, dada a ilegalidade da autorização judicial de quebra do sigilo telefônico concedida por juiz incompetente e uma vez ausentes indícios razoáveis de autoria e participação de Igor em alguma infração penal. Ademais, alega inexistência de fundamentação nas sucessivas prorrogações da quebra de sigilo telefônico.

Sustenta que o magistrado que determinou a medida extrema (Juízo da 5ª Vara da Seção Judiciária de Goiás) tinha conhecimento de que as investigações envolviam parlamentar (deputado federal), de sorte que a autoridade competente para determinar a quebra de sigilo telefônico seria esta Corte Suprema de Justiça.

Por fim, argumenta que as provas obtidas por meio de interceptações telefônicas, à luz da Carta Magna, apenas são admitidas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, de modo que são imprestáveis para embasar procedimento administrativo. Nesse sentido, afirma que a interceptação telefônica não pode servir de prova "*emprestada*" para o procedimento administrativo.

Senhora Presidente, no exame dos autos, não vislumbro ilegalidade na decretação da quebra de sigilo telefônico do filho do impetrante, considerado peça-chave no esquema de venda de *habeas corpus* para traficantes de entorpecentes. De fato, Igor da Silveira não possui foro privilegiado, e a quebra de sigilo telefônico ocorreu na fase de inquérito policial, de sorte que é aplicável o entendimento firmado pela Corte no julgamento do HC 81.260 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence):

> IV – Interceptação telefônica: exigência de autorização do "juiz competente da ação principal" (Lei 9.296/1996, art. 1º): inteligência. 1. Se se cuida de obter a autorização para a interceptação telefônica no curso de processo penal, não suscita dúvidas a regra de competência do art. 1º da Lei 9.296/1996: só ao juiz da ação penal condenatória – e que dirige toda a instrução –, caberá deferir a medida cautelar incidente. 2. Quando, no entanto, a interceptação telefônica constituir medida cautelar preventiva, ainda no curso das investigações criminais, a mesma norma de competência há de ser entendida e aplicada com temperamentos, para não resultar em absurdos patentes: aí, o ponto de partida à determinação da competência para a ordem judicial de interceptação – não podendo ser o fato imputado, que só a denúncia, eventual e futura, precisará –, haverá de ser o fato suspeitado, objeto dos procedimentos investigatórios em curso. 3. Não induz à ilicitude da prova resultante da interceptação telefônica que a autorização provenha de Juiz Federal – aparentemente competente, à vista do objeto das investigações policiais em curso, ao tempo da decisão – que, posteriormente, se haja declarado incompetente, à vista do andamento delas.

Ressalto que o juiz federal de Goiás autorizou, ainda na fase do inquérito policial, a interceptação telefônica de supostos envolvidos no crime de tráfico de entorpecentes, entre eles Igor da Silveira, **que nunca se beneficiou de foro por prerrogativa de função**. Não constam dos autos autorizações para quebra de sigilos telefônicos de membros do Judiciário ou do Legislativo Federal. No bojo

das interceptações, foram encontrados indícios de outras condutas ilícitas, razão por que houve por bem o juiz federal de Goiás remeter as provas para os juízos competentes. Foi assim que chegou ao Tribunal Regional Federal a notícia do envolvimento de magistrados daquela Corte em supostas práticas ilegais.

Neste ponto, transcrevo trecho do parecer do Procurador-Geral da República, que bem analisa a questão:

> As assertivas quanto à falta de motivação para a quebra de sigilo telefônico de Igor da Silveira absolutamente não prosperam. Nota-se não somente do relatório da sindicância e do PAD, mas igualmente dos sucessivos requerimentos e decisões da Justiça Federal de Goiás, que o filho do impetrante era peça chave da denominada "Conexão Brasília" e, ao contrário do afirmado pelo impetrante, a conduta por aquele perpetrada se consubstancia francamente em conduta penal típica em tese, já que a "busca de meios junto ao TRF-1 (fls. 21) estava se dando de maneira legalmente duvidosos.
>
> Despiciendos se tornam, portanto, outros comentários sobre a argumentação do impetrante no ponto.
>
> Quanto à ilegalidade do envio da prova colhida pelo Juízo Federal de Goiás e enviada ao TRF/1ª Região, igualmente infundadas as assertivas. Certo, pois, naquele Juízo se processava regularmente o inquérito, tendo sido determinadas as quebras de sigilo respectivas, a requerimento da Polícia Federal.
>
> Após isso, verificando indícios de prática consistente em ilícito administrativo perpetradas pelo impetrante (art. 35, VIII, da Loman), enviou os autos ao presidente do TRF/1ª Região, para as providências cabíveis.
>
> Nada mais correto a conduta tanto do magistrado de primeira instância em Goiás, quanto do TRF/1ª Região em analisar as provas para apurar a conduta do impetrante e de sua mulher.
>
> (Fl. 1799.)

As denúncias foram apuradas e investigadas no âmbito interno da Corte, que de maneira alguma poderia ignorar os documentos recebidos e, muito menos, deixar de averiguar o possível desvio de conduta de um de seus integrantes.

Quanto à possibilidade de uso da prova obtida mediante interceptações telefônicas no processo administrativo ou no processo civil, a chamada "prova emprestada", comungo do entendimento esposado por Ada Pellegrini e outros na obra *As nulidades do processo penal*, na qual está consignado o seguinte:

> pensamos ser possível o transporte da prova. O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável.[1]

No caso, a inviolabilidade da comunicação telefônica foi licitamente afastada. Os fatos referentes ao impetrante que vieram à tona são fruto de prova licitamente

---

[1] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Sacarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: RT, 2001. p. 196.

obtida. Assim, não há razão para deixar de usá-los no PAD, ainda mais quando cotejados com outras provas, em especial os depoimentos de todos os envolvidos.

Por conseguinte, considero lícitas essas provas, as quais, analisadas em cotejo com o conjunto probatório do procedimento administrativo disciplinar, fundamentaram a decisão pela aposentadoria compulsória do impetrante.

III – Da atipicidade da conduta

Sustenta o impetrante que a conduta a ele imputada, que levou à aplicação da sanção disciplinar, não constitui infração aos deveres da magistratura.

De acordo com a decisão do TRF da 1ª Região, o magistrado cometeu "*desvio de conduta*", por orientar advogado na impetração de *habeas corpus*. Contudo, segundo alega o impetrante, a Constituição Federal veda ao magistrado o recebimento, a qualquer título ou pretexto, de custas ou participação em processo, mas não impede que ele aconselhe o advogado na prática de determinado ato, de sorte que é atípica a imputação atribuída.

Senhora Presidente, remansosa é a jurisprudência da Corte no sentido de que, "se o ato impugnado em mandado de segurança decorre de fatos apurados em processo administrativo, a competência do Poder Judiciário circunscreve-se ao exame da legalidade do ato coator, dos possíveis vícios de caráter formal ou dos que atentem contra os postulados constitucionais da ampla defesa e do *due process of law*" (RMS 24.347, Rel. Min. Maurício Correa, *DJ* de 4-4-2003). Nesse sentido, cf., ainda, o RMS 24.533 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 15-4-2005), o RMS 24.901 (Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 11-2-2005), o RMS 24.256-AgR (Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 13-9-2002), o RMS 23.988 (Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 1º-2-2002) e o MS 21.294 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 21-9-2001).

Não cabe ao Supremo Tribunal Federal, portanto, em exame de mandado de segurança, dizer se a conduta do magistrado foi correta, legítima, lícita ou moral. Competia ao TRF da 1ª Região averiguar se referida conduta era compatível com o exercício da magistratura. Constatado o desvio de conduta, aí, sim, cabe ao Judiciário verificar a legalidade do procedimento respectivo.

Nesse exame de legalidade, não encontrei vício algum que justificasse a anulação do procedimento administrativo disciplinar.

IV – Da falta de motivação da decisão punitiva

Por fim, o impetrante afirma não ter sido cientificado de todos os votos dos membros da Corte Especial do TRF da 1ª Região que convergiram no sentido da decisão punitiva. Alega que recebeu, apenas, no momento do julgamento, "uma minuta do relator" e, posteriormente, nove dos votos dos magistrados participantes do julgamento.

Sustenta, além disso, que a decisão que culminou na aposentadoria compulsória não possui fundamento.

Senhora Presidente, não me estenderei sobre este tópico porque basta simples análise do voto do relator do PAD para que se encontrem todas as razões por que a Corte Administrativa Especial do TRF da 1ª Região houve por bem aplicar ao impetrante a pena de aposentadoria compulsória. Os votos dos demais juízes integrantes daquela Corte corroboram e ratificam o voto do relator, demonstrando a plena realização da norma prescrita no art. 93, IX, da Constituição Federal.

De todo o exposto, voto pela denegação da segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, recebi um alentado memorial da defesa, em nome do impetrante, acompanhado das peças mais importantes do processo administrativo. Tenho em mãos, também, o parecer do Ministério Público e outras peças processuais. Portanto, sinto-me apto para, desde logo, proferir o meu voto sem pedir vista.

Em que pese o brilho da sustentação oral do nobre Advogado, *data venia*, não vejo direito líquido e certo do impetrante.

Foi muito bem rebatida pelo Relator a questão da nulidade formal por afronta eventual ao art. 27, § 1º, da Loman. Isso, a meu juízo, não ocorreu porque, em primeiro lugar, a sindicância – como dito – foi desencadeada pelo próprio impetrante, que apresentou na ocasião uma "justificativa de conduta"; em segundo lugar, se houve eventual nulidade por afronta a esse dispositivo da Lei Orgânica da Magistratura – se é que se pode falar em nulidade por cerceamento de defesa em um procedimento meramente investigativo –, ela foi superada no processo administrativo, onde o impetrante foi defendido por advogado, produziu provas, apresentou alegações, etc. Dessa forma, supero a alegação de cerceamento de defesa.

No tocante às escutas telefônicas – fato também muito bem rebatido pelo eminente Relator –, verifica-se que elas foram autorizadas por magistrado que, ao se deparar com uma possível prática de ilícito administrativo e crime em tese, remeteu a transcrição dessas escutas para a Corte superior a fim de que se tomassem as providências devidas. Nesse aspecto também não vejo nenhuma irregularidade, até porque a sanção imposta ao impetrante não se baseou exclusivamente nas escutas telefônicas, mas também em outras provas que, de certa maneira, corroboraram o suscitado nas escutas.

Parece-me, também, que a decisão foi muito bem fundamentada. Não há que se falar em falta de motivação.

Por derradeiro, com todo o respeito ao eminente advogado, penso que os demais argumentos apenas pretendem a reapreciação do acervo probatório.

Senhora Presidente, o meu voto também é pela denegação da ordem.

EXTRATO DA ATA

MS 24.803/DF — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Impetrante: Eustáquio Nunes Silveira (Advogado: José Eduardo Rangel de Alckmin).

Impetrados: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União) e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Listiconsortes passivos: Leomar Barros Amorim de Souza (Advogados: Augusto Cláudio F. Guterres Soares e outro) e Neuza Maria Alves da Silva (Advogado: Sérgio Roberto Roncador).

Decisão: Após o voto do Ministro Joaquim Barbosa (Relator), denegando a segurança, no que foi acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, pediu vista dos autos o Ministro Eros Grau. Falaram, pelo impetrante, o Dr. José Eduardo Rangel de Alckmin e, pela litisconsorte passiva, Neuza Maria Alves da Silva, o Dr. Sérgio Roberto Roncador. Presidência da Ministra Ellen Gracie, Vice-Presidente no exercício da Presidência.

Presidência da Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Ricardo Lewandowski. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 20 de abril de 2006 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Eros Grau: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Eustáquio Nunes Silveira contra atos do Presidente da República e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, atos que decretaram sua aposentadoria compulsória, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

2. O impetrante alega que o processo administrativo disciplinar padece de nulidade, vez que não teria sido notificado para a apresentação de defesa prévia, além de não ter sido intimado da sessão de julgamento.

3. Afirma que o processo administrativo foi instruído com prova ilícita e que a conduta que serviu de base para sua condenação seria atípica. A decisão punitiva não teria sido devidamente fundamentada.

4. O Procurador-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

5. O Relator do feito, Ministro *Joaquim Barbosa*, denegou a segurança requerida. Considerou que "[n]ão obstante a clareza dos argumentos apresentados pelo impetrante, a simples leitura das principais peças do processo – em especial do relatório da comissão de sindicância e do relatório e voto do relator do PAD – elide toda e qualquer suposta dúvida a respeito da legalidade do procedimento".

6. Pedi vista dos autos para melhor exame da questão.

7. A primeira alegação – ausência de notificação do impetrante para apresentação de defesa prévia, nos termos do disposto no art. 27, § 1º, da LC 35/1979 – não merece prosperar.

8. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no Relatório Final da Comissão de Sindicância (fls. 33/111), entendeu desnecessária a notificação formal do magistrado para apresentação de defesa prévia, nos termos daquele preceito.

9. Segundo esse Relatório (fls. 109/11):

i] a notificação já teria sido realizada quando o Tribunal encaminhou a todos os Desembargadores, incluindo o impetrante, cópias dos documentos que deram origem à instauração da sindicância;

ii] o impetrante apresentara defesa contra os fatos a ele imputados em três oportunidades anteriores;

iii] a finalidade do art. 27, § 1º, seria a de dar aos magistrados a oportunidade de conhecer os fatos que lhe são imputados, o que indubitavelmente teria ocorrido com relação ao impetrante;

iv] o preceito tem por finalidade evitar que o magistrado responda a infundado processo administrativo disciplinar quando não há indícios de irregularidade;

v] a sindicância já cumprira a finalidade da resposta escrita, vez que os Tribunais entendem que a defesa prévia nos crimes funcionais é desnecessária quando a denúncia é precedida de inquérito.

10. O processo administrativo disciplinar que resultou na aposentadoria do magistrado foi precedido de sindicância. O impetrante justificou sua conduta nessa fase, requerendo produção de provas. Seu advogado de defesa apresentou sustentação oral, como se vê na ata da Sessão Especial Administrativa em que a ele foi aplicada a pena de aposentadoria compulsória (fl. 113).

11. Esses fatos, acrescidos das razões apresentadas pela Comissão de Sindicância, são mais do que suficientes para afastar a alegação de que o disposto no art. 27, § 1º, da Loman, cujo teor em seguida transcrevo, teria sido desrespeitado:

> Art. 27. O procedimento para a decretação da perda do cargo terá início por determinação do Tribunal, ou do seu órgão especial, a que pertença ou esteja subordinado o magistrado, de ofício ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo ou Legislativo, do Ministério Público ou do Conselho Federal ou Secional da Ordem dos Advogados do Brasil.
>
> **§ 1º Em qualquer hipótese, a instauração do processo preceder-se-á da defesa prévia do magistrado, no prazo de quinze dias, contado da entrega da cópia do teor da acusação e das provas existentes, que lhe remeterá o Presidente do Tribunal, mediante ofício, nas quarenta e oito horas imediatamente seguintes à apresentação da acusação.**
>
> (Grifou-se.)

12. O Desembargador Presidente do TRF da 1ª Região encaminhou a todos os integrantes daquela Corte – inclusive ao impetrante – cópias de todos os documentos que ensejaram a instauração da sindicância; o relatório final desse procedimento administrativo é esclarecedor:

> (...) no meado do mês de dezembro do ano passado (2002), sem que qualquer magistrado desta Casa tivesse o mínimo de conhecimento, com exceção, creio, o presidente, a Rede Globo de Televisão iniciou uma série de reportagens,

com fundamento num Relatório de Inteligência elaborado pela Polícia Federal em Goiás, que, por sua vez, alicerçou-se em conversas telefônicas interceptadas com autorização judicial, nos autos do Inquérito n. 2000.1517-9, denunciando a venda de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça e, também, neste Tribunal, beneficiando narcotraficantes.

(...)

Após o noticiário, **cópias do Relatório de Inteligência (01 volume) e das conversas telefônicas (04 volumes), além do Catálogo-Índice (01 volume) e de um (01) CD foram encaminhados a todos os Magistrados desta Casa** pelo Presidente *Catão Alves*.

(Fl. 53. Grifou-se em negrito.)

13. Não há dúvida de que o impetrante, em mais de uma oportunidade e previamente à instauração do processo administrativo disciplinar, articulou e apresentou razões de defesa. O relatório da sindicância dá conta de que ele, atendendo a solicitação da Comissão, a ela prestou esclarecimentos através de petição, juntando aos autos cópias de decisões, declarações de imposto de renda e diversos extratos bancários (fls. 38/40).

14. Apresentou nova defesa, em 10-2-2003, após remeter à Comissão cópia das informações fornecidas ao Corregedor-Geral do TRF da 1ª Região. Complementou, na ocasião, a documentação anteriormente juntada ao processo administrativo (fls. 42/45).

15. Esta Corte entende que a defesa prévia nos crimes funcionais é desnecessária quando a denúncia é instruída com o inquérito policial:

Direito constitucional e processual penal. Processo-crime contra funcionário público: notificação para resposta escrita (art. 514 do Código de Processo Penal). Intimação para diligências (art. 499 do Código de Processo Penal). Nulidades. Prisão sem trânsito em julgado da condenação (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal). Habeas corpus.

1. A notificação do denunciado, para resposta escrita, prevista no art. 514 do Código de Processo Penal, só é necessária quando a denúncia vem acompanhada apenas de documentos ou justificação. Não, assim, quando precedida de inquérito policial, que a instrui. Precedentes do STF.

2. Sua falta, ademais, só induz a nulidade relativa, que fica preclusa, quando não arguida no momento próprio.

3. Corre em cartório, ou seja, independe de intimação, o prazo, para requerimento de diligências, previsto no art. 499 do Código de Processo Penal. E, também nesse ponto, se nulidade houvesse, seria relativa, dependente sempre de oportuna arguição.

4. Havendo sido a condenação mantida, em grau de apelação, por votação unânime, ou seja, não comportando embargos infringentes, e não tendo efeito suspensivo os recursos extraordinário e especial, a ordem de prisão podia ter sido expedida imediatamente, como foi.

5. *Habeas corpus* indeferido.

(HC 75.600, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 5-12-1997. Grifou-se.)

16. Tenho que os precedentes da Corte não podem ser aplicados ao processo administrativo disciplinar precedido de sindicância. A forma – ensinava *von*

Jhering – é irmã gêmea da liberdade. Ela, a liberdade, enquanto não contemplada em forma que lhe dê concreção no mundo do dever ser existirá apenas como abstração. A forma jurídica por ela assumida retrata a sua evolução no tempo histórico.

17. A expressão formal que no caso enseja a concreção da liberdade é traduzida no preceito do § 1º do art. 27 da Loman, que garante a oportunidade de apresentação de defesa prévia, pelo magistrado, para a instauração de processo administrativo. A análise dos fatos narrados na impetração evidencia, porém, que o procedimento ali previsto foi no caso atendido, na medida em que não só o impetrante mas os demais investigados defenderam-se perante a Corte Especial (fl. 38).

18. A alegação de que o impetrante não teria sido intimado da sessão de julgamento também não prospera. O magistrado teve conhecimento prévio de que a sessão seria realizada, tanto que seu advogado sustentou oralmente, do que faz prova a cópia da ata de fl. 113.

19. Também não merece prosperar a alegação de que o processo administrativo teve por base prova ilícita. São corretas as razões expendidas na decisão que aplicou a penalidade disciplinar ao impetrante, uma vez que as "interceptações telefônicas foram autorizadas por autoridade judicial em regular investigação criminal – inquérito policial – instalado para investigar suspeitos de tráfico internacional de entorpecentes. Não se constata nenhum ato, nenhuma ação preordenada, no sentido de interceptar ligações telefônicas de autoridades, no caso, Desembargador desta Corte e Deputado Federal" (fl. 266).

20. O art. 3º da Lei 9.296/1996 e o art. 5º, XII, da Constituição do Brasil preceituam, de fato, que a interceptação das comunicações telefônicas somente poderá ser determinada pelo juiz para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Daí não se deve concluir, no entanto, que a prova licitamente obtida, por meio de interceptação telefônica realizada com autorização judicial para instruir investigação criminal, não possa ser utilizada em processo administrativo disciplinar:

> *Interceptação telefônica – Objeto – Investigação criminal – Notícia de desvio administrativo de conduta de servidor*. A cláusula final do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal – "(...) na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal" – não é óbice à consideração de fato surgido mediante a escuta telefônica para efeito diverso, como é exemplo o processo administrativo-disciplinar.
> (RMS 24.956, Rel. Min. *Marco Aurélio*, *DJ* de 18-11-2005.)

21. Esse tipo de prova é produzido sem interferência do acusado, que somente exercerá o contraditório posteriormente, durante a instrução do processo penal. Assim, é perfeitamente possível a apuração, em processo administrativo disciplinar, de fatos surgidos a partir de prova legalmente obtida em procedimento judicial, sem que isso implique prejuízo ao contraditório e à ampla defesa.

22. A alegação de atipicidade da conduta praticada pelo impetrante gera maiores discussões. O Ministro Relator, bem assim o Procurador-Geral da República, entende ser impossível analisar em mandado de segurança a

compatibilidade da conduta imputada com o exercício da magistratura. Com a devida vênia, discordo desse entendimento.

23. Embora o Tribunal não possa reexaminar as provas produzidas durante o processo administrativo para discordar da conduta imputada pelo TRF – 1ª Região ao impetrante, é perfeitamente possível – isso na verdade se impõe – verificar a adequação do preceito normativo que descreve a infração à conduta descrita na decisão administrativa, apurando-se, destarte, se há justa causa para a aplicação de sanção disciplinar. Nesse sentido o MS 20.999, Rel. Min. *Celso de Mello*, *DJ* de 4-5-1990:

> *Mandado de segurança – Sanção disciplinar imposta pelo Presidente da República – Demissão qualificada – Admissibilidade do mandado de segurança – Preliminar rejeitada – Processo administrativo-disciplinar – Garantia do contraditório e da plenitude de defesa – Inexistência de situação configuradora de ilegalidade do ato presidencial – Validade do ato demissório – Segurança denegada*. 1. A Constituição brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do poder estatal – como convém a uma sociedade democrática e livre – ao controle do Poder Judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o estado e os indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A *rule of law*, mais do que um simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do Estado Democrático de Direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder. É preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa *justiciabilidad* da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos **círculos de imunidade do poder** há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo. O mandado de segurança desempenha, nesse contexto, uma função instrumental do maior relevo. A impugnação judicial de ato disciplinar, mediante utilização desse *writ* constitucional, legitima-se em face de três situações possíveis, decorrentes (1) da incompetência da autoridade, (2) da inobservância das formalidades essenciais e **(3) da ilegalidade da sanção disciplinar. A pertinência jurídica do mandado de segurança, em tais hipóteses, justifica a admissibilidade do controle jurisdicional sobre a legalidade dos atos punitivos emanados da administração pública no concreto exercício do seu poder disciplinar. O que os juizes e Tribunais somente não podem examinar nesse tema, até mesmo como natural decorrência do princípio da separação de poderes, são a conveniência, a utilidade, a oportunidade e a necessidade da punição disciplinar. Isso não significa, porém, a impossibilidade de o Judiciário verificar se existe, ou não, causa legitima que autorize a imposição da sanção disciplinar**. **O que se lhe veda, nesse âmbito, é, tão somente, o exame do mérito da decisão administrativa, por tratar-se de elemento temático inerente ao poder discricionário da Administração Pública.** 2. A nova Constituição do Brasil instituiu, em favor dos indiciados em processo administrativo, a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, IV). O legislador constituinte consagrou, em norma fundamental, um direito do servidor público oponível ao poder estatal. A explícita constitucionalização dessa garantia de ordem jurídica, na esfera do procedimento administrativo-disciplinar, representa um fator de clara

> limitação dos poderes da Administração Pública e de correspondente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos direitos dos agentes públicos. (Sublinhou-se.)

24. O exercício do *poder discricionário da administração pública* envolve a formulação de juízos de oportunidade, possível quando norma válida a ela atribuir essa faculdade. A discricionariedade, tenho insistido neste ponto, resulta de uma expressa atribuição legal à autoridade administrativa, não da circunstância de os termos da lei serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receber especificações diversas[2].

25. Daí que ela não está sujeita ao controle do Poder Judiciário, salvo quando o seu exercício implique desvio ou abuso de poder ou de finalidade. O *exame* do ato pela autoridade judiciária, no entanto, sempre se impõe.

26. Pois é de uma evidência solar que apenas será possível afirmar-se a eventual ocorrência de desvio ou abuso de poder ou finalidade após o exame do ato discricionário. O que o Poder Judiciário não pode é substituir-se à administração. Mas há de verificar, sempre, se o ato é correto[3]. Como poderá dizer se é ou não é correto, se houve ou não houve desvio ou abuso de poder ou finalidade se não o examinar?

27. O Poder Judiciário porém apenas verifica se o ato é correto, apurando sua inserção no quadro (na moldura) do direito. Não aponta – e desejo deixar isso bem vincado – *qual* o ato correto. Examina, sim, o mérito do ato administrativo. Nesses limites tem o dever de examiná-lo. Daí por que a esta Corte se impõe, no julgamento deste mandado de segurança, a consideração do fato imputado ao impetrante e a correção, ou não correção, da aplicação, a ele, da sanção disciplinar. Insisto: incumbe a esta Corte – vale dizer, é nosso dever fazê-lo – incumbe a esta Corte verificar a adequação do preceito normativo que descreve a infração à conduta descrita na decisão, apurando, destarte, se há justa causa para a aplicação de sanção.

28. Ora, a Comissão de Sindicância afastou expressamente a suspeita da prática de venda de sentenças no Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

> Certeza de que, na verdade, graças a Deus, não obstante a existência, sim, de uma aparente e de um falso e enganoso tráfico de influência, pelo menos no nosso Tribunal Regional Federal da Primeira Região, não houve a propalada venda de *habeas corpus*.
> (Fl. 56.)

29. O impetrante alega que a conduta a ele imputada não constitui infração aos deveres da magistratura, uma vez que jamais recebeu, a qualquer título, custas ou participação em processo.

---

[2] Nesse sentido, vide o meu *O direito posto e o direito pressuposto*, 6. ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 192 et seq.

[3] Veja-se meu *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., p. 216.

30. Eis a descrição dessa conduta, considerada incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções, nos termos do art. 56, II, da LC 35/1979:

> O Deputado Federal *Pinheiro Landim*, por outro lado, que dizia conhecer Ministro do Superior Tribunal de Justiça, chama *Igor Santos Silveira*, seu ex-secretário parlamentar, até 1996, e seu ex-empregado, numa indústria, em São Paulo, até mais ou menos 1998. *Igor*, claro, procura ajuda de seu pai, que é o Des. *Eustáquio Silveira*, exibindo-lhe cópias do processo. O Des. *Eustáquio*, na sua versão, nega, peremptoriamente, qualquer tipo de ajuda, desencorajando-o, inclusive, eis que se tratava de assunto perigoso ligado ao narcotráfico.
>
> **Ocorre que, ao contrário, ao ver da Comissão de Sindicância, seja porque o Des. Eustáquio quis dar uma mão ao filho, que ele mesmo, Eustáquio, considera desajustado e imaturo, seja porque quis ajudar um amigo de mais de 30 (trinta) anos, seja por uma outra contingência humana qualquer, o fato é que o Des. Eustáquio, nosso colega, infelizmente, repito, foi envolvido, consciente ou inconscientemente, mas sabedor da gravidade dos fatos, como advertira seu filho, no chamado esquema de tráfico de influência do Poder Judiciário**, levando com ele, sua mulher, a Juíza Federal *Vera Carla*, **ora indicando advogados, na hipótese, seus amigos Márcio de Assis Borges e Zoraide de Castro Coelho, ora dando orientações jurídicas, inclusive na elaboração de minutas de *habeas corpus*.**
>
> Esse envolvimento, embora tenha seu aspecto humanitário, porquanto, participava do esquema um filho e um amigo, o certo é que, na visão da Comissão, se devidamente comprovado em processo administrativo disciplinar, assegurando a eles, envolvidos, o contraditório e a ampla defesa, caracteriza conduta incompatível com a dignidade do cargo de Magistrado Federal, ou até mesmo falta mais grave, pois é dever do magistrado "manter conduta irrepreensível na vida pública e particular" (Loman, art. 35, inciso VIII), eis que, repito, **consciente ou inconscientemente, mas sabedor da gravidade dos fatos, acabou contribuindo para colocar sob suspeita todos os Desembargadores deste Tribunal**, além de atingir uma Instituição, que há 14 (quatorze) anos vem procurando, a todo custo, dignificar o Poder Judiciário brasileiro.
>
> (Fls. 82/83. Grifou-se em negrito.)

31. O impetrante, segundo o relatório da Comissão, "consciente ou inconscientemente" violou seu dever funcional ao indicar advogados e orientar a elaboração de minutas de *habeas corpus*. Daria orientação jurídica a um grupo de pessoas integrado, entre outros, por seu filho, um amigo pessoal e um deputado federal. Esse grupo, qual entendeu o Tribunal Regional, recebia dinheiro de acusados de tráfico de substâncias entorpecentes em troca da promessa de exercer influência sobre magistrados.

32. O TRF, não obstante descartar a hipótese de venda de sentenças em *habeas corpus* naquela Corte, concluiu que esse grupo vendia a ilusão de que poderia influir junto a magistrados para obter a liberdade de acusados de tráfico de drogas. O mesmo Tribunal, entretanto, vacila na descrição do ilícito disciplinar supostamente praticado pelo impetrante.

33. A Comissão de Sindicância reconhece que o fato de o impetrante ter elaborado uma minuta de petição inicial de *habeas corpus* "visto isoladamente,

fora de um contexto como o ora em exame, poderia até ser despiciendo, pois, como é natural e humano, nenhum Juiz negar-se-ia a dar uma orientação jurídica a um filho" (fl. 96). Afirma que a gravidade da conduta praticada pelo impetrante estaria no fato de ser "sabedor o Des. *Eustáquio* de que se trata de traficantes de alto coturno".

34. Daí se percebe que o impetrante foi punido disciplinarmente não porque auxiliou seu filho na elaboração de uma minuta de *habeas corpus*, mas porque sabia que a medida visava a beneficiar réus em ações penais por tráfico de drogas.

35. Na linha do relatório final da Comissão de Sindicância, o voto do Relator do processo administrativo disciplinar supõe que "houve efetiva colaboração do Desembargador Eustáquio, mesmo que sem interesses monetários ou patrimoniais". Note-se, porém, que em nenhum momento o relatório da Comissão de Sindicância ou a decisão que julgou o processo administrativo disciplinar afirma que o impetrante tinha conhecimento de que o grupo solicitava dinheiro a pretexto de influir sobre a conduta de magistrados.

36. O próprio TRF não está certo quanto ao modo e em que medida o impetrante "colaborou" com o grupo. Afirma que este, "consciente ou inconscientemente", violou seu dever funcional ao indicar advogados e orientar a elaboração de minutas de *habeas corpus*.

37. Ora, se o Tribunal não tem certeza a respeito do caráter da colaboração do impetrante com o tal grupo, se essa colaboração foi consciente ou inconsciente, se há essa dúvida ela há de beneficiar o impetrante. Conclua-se, destarte, que o impetrante atuou de forma inconsciente, sem pleno conhecimento de que, ao supor que dava conselhos jurídicos a seu filho e a um amigo sobre como proceder na impetração de um *habeas corpus*, auxiliava quadrilha que vendia vantagens ilícitas.

38. A mim não basta, como parece ter bastado ao TRF – 1ª Região, uma participação inconsciente – vale dizer, sem dolo – para que se conclua que o impetrante procedeu de forma incompatível com a dignidade, a honra e o decoro das funções do cargo de magistrado.

39. Não vislumbro, ante os fatos imputados ao impetrante, causa legítima para a aplicação, a ele, da pena de aposentadoria com vencimentos proporcionais.

Concedo a ordem para desconstituir a decisão impugnada, reintegrando-se o impetrante no cargo de magistrado.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhor Presidente, mantenho o meu voto porque, entre outras razões, entendo caber a este Tribunal, especialmente num caso como este, o exame da legalidade externa. Não fiz exame da legalidade interna, do ato praticado pelo Tribunal Regional Federal não por não ter lido as peças – eu as li.

Aliás, releio pequenos trechos do voto condutor, do voto que desembocou na punição ao magistrado perante o Tribunal Regional da 1ª Região.

O voto começa relacionando dezenas de processos criminais, sobretudo *habeas corpus*, nos quais os membros da suposta quadrilha atuavam. Cita nominalmente páginas e páginas do processo administrativo, elencando os *habeas corpus* em que havia a chamada "trama de venda" de decisões judiciais, envolvendo o filho do magistrado acusado. No entanto, conforme eu disse, isso não é matéria a ser examinada aqui.

Diz em seu voto o Desembargador Megherian, após citar todo o elenco de decisões judiciais – objeto de escuta telefônica; os dados foram obtidos mediante escuta telefônica:

> (...)
> 2.3 Essa correlação torna mais fácil o exame das gravações e dos documentos colhidos.
> 2.4 Um dado é incontroverso e está patente nos autos, Igor Santos da Silveira atuava durante todo o tempo na qualidade de filho de magistrado, não só assim qualificado pelos supostos criminosos nas conversas telefônicas, como pelo fato de ele mesmo oferecer os préstimos de seu genitor para sanar entraves ou dificuldades com outros magistrados, CB 1013, conversa de 14-11-2002, com o Deputado Aníbal Gomes, fls. 1167-B a 1167-F.
> 2.5 O que se pretende com este inquérito é averiguar se o Desembargador Eustáquio Nunes da Silveira ou a MM. Juíza Federal Dra. Vera Carla Nelson Cruz Silveira auxiliaram Igor Silveira nessa empreitada, quando então teria ultrapassado o limite natural da conduta ilibada do magistrado, no particular aspecto da conduta irrepreensível, Loman, art. 35, VIII, sujeitando-se às sanções administrativas por desvio de conduta.
> 2.6 O que mais impressiona no histórico *sub examine* é o relacionamento e intimidade dos terceiros envolvidos, que não os acusados de associação criminosa de tráfico internacional de drogas com o casal em investigação.
> 2.7 Tais protagonistas são ex-deputado federal Pinheiro Landin, amigo do Desembargador Eustáquio, Igor Silveira, filho dele e enteado da Dra. Vera Carla, Dr. Márcio Borges, advogado que atuava nos HCs, amigo íntimo do Desembargador Eustáquio, Dra. Zoraide, outra advogada, amiga íntima da Dra. Vera Carla.
> 2.8 Ou existe uma coincidência fatal a apontar pelo envolvimento em tese do casal com o grupo que se dedicava a oferecer vantagens e facilidades, por sinal, na maioria das vezes, inexistentes, verdadeiro engodo, aos acusados nos feitos criminais ou, efetivamente, colaboravam eles com tal grupo composto pelo ex-deputado federal, advogados, Igor, José Antônio, Francisco Olímpio, etc; esta foi a linha de investigação que segui durante todo o período em que me dediquei à apuração a mim confiada pela Egrégia Corte.
> 2.9 Para tanto, ouvi, às vezes, mais de uma vez, todos aqueles cujas conversas telefônicas interceptadas se referiam a questões relacionadas com HC, com *Igor* ou seu pai.
> 2.10 Os pontos principais a investigar, quanto às conversas telefônicas, são as expressões utilizadas, ao se referirem os interlocutores a tribunais e magistrados, que dão a impressão de se tratar de conversas codificadas, a saber:
> 2.10.1 Tribunais são referidos como DNPM, Incra, *Escritório de Engenharia.*

2.10.2 Magistrados: são designados como e*ngenheiro, arquiteto.*

2.10.3 Advogados ou magistrados: *nosso amigo, pai, filho, médico, mestre de obra, aquela pessoa lá, síndico.*

2.10.4 Pacientes em HC ou presos: *três alqueires, meninos, crianças.*

2.11 O que impressiona nessas conversas é a não identificação das pessoas, terceiros, a que se referem os interlocutores, pelos respectivos nomes, isso não só nas conversas entre os envolvidos com o tráfico de drogas como também entre Igor Silveira e Doutor Márcio Borges, amigos íntimos, um, filho do desembargador e o outro, também amigo muito íntimo deste.

E prossegue nessa análise.

Pergunto-me: cabe ao Supremo Tribunal se substituir ao TRF, que chegou à conclusão de que deveria afastar o desembargador? Fiz a análise da legalidade externa e não encontrei nada a ser recriminado no que decidido pelo Tribunal.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Excelência, a decisão do Tribunal foi unânime?

O Sr. Ministro Eros Grau: Não foi unânime, houve voto contra.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Não tenho essa informação. Faz muito tempo que proferi o meu voto.

O Sr. Ministro Eros Grau: Há, pelo menos, um voto contra – lembro-me do Desembargador Carlos Matias.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Foi na comissão de sindicância.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Isso foi quando se instaurou o procedimento administrativo. Foi uma preliminar levantada por Sua Excelência sobre a necessidade, ou não, da defesa prévia para a instauração do procedimento administrativo.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): O fato é que eu discordo, *data venia*, do voto do Ministro Eros Grau, porque ele mergulha de cabeça na prova colhida lá.

O Sr. Ministro Eros Grau: Perdoe-me, mas não é verdade. Eu não estou mergulhando na prova.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): A prova lá do Tribunal. Aqui, perante o Supremo, as questões postas no mandado de segurança são essas.

O Sr. Ministro Eros Grau: Se Vossa Excelência me permitir, não estou examinando prova, mas a conclusão do relatório final da comissão de sindicância e dizendo que o TRF não está certo quanto ao modo e em que medida colaborou. Estou examinando a conclusão.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Vossa Excelência está examinando a comissão de sindicância.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Vossa Excelência está examinando o resultado da sindicância, não a decisão do processo administrativo.

O Sr. Ministro Eros Grau: A decisão é exatamente nesse sentido.

O Sr. Ministro Carlos Britto: A sindicância é um pré-processo, ainda não é um processo.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Exatamente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Aquele trecho a que Vossa Excelência se referiu e em que se diz "consciente ou inconscientemente, mas sabedor da gravidade dos fatos", faz parte – até que o eminente Relator me mostre o contrário – do relatório da comissão de sindicância, não da decisão no julgamento do processo administrativo.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Ministro Carlos Britto, eis os fundamentos do mandado de segurança:

> 1. Nulidade do processo administrativo disciplinar por ofensa ao princípio de ampla defesa.

Ele alegava que não tinha sido notificado previamente da instauração do processo administrativo disciplinar. Eu afastei essa alegação, porque até mesmo a comissão de sindicância foi iniciada por iniciativa dele próprio. Então, não há por que alegar que não foi notificado previamente.

O Sr. Ministro Eros Grau: Ministro Joaquim Barbosa, quanto a isso, estou de pleno acordo e em todas nuances.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): O Ministro Eros Grau concorda comigo quanto a isso.

> 2. Ilicitude da prova que serviu de fundamento para a condenação.

Ele alega ilegalidade da autorização judicial de quebra de sigilo telefônico de seu filho. A quebra foi decretada por juiz de Goiás em procedimento criminal. Por acaso, num certo momento, descobriu-se o envolvimento da suposta quadrilha que envolveria o filho do magistrado, eventualmente o magistrado, e um parlamentar que veio a renunciar, inclusive. Renunciou ao mandato em razão dessas investigações.

Tão logo o magistrado constatou que havia possível envolvimento de um desembargador, remeteu os autos para o tribunal.

Por essa razão, afastei a alegação de ilegalidade.

> 3. Atipicidade da conduta.

Foi exame profundo da prova colhida lá, que o Ministro Eros Grau fez. Eu não o fiz, porque acredito que isso significaria o Supremo Tribunal Federal se substituir ao Tribunal Regional no exame do mérito da decisão tomada de afastar o Desembargador. E o acervo probatório é caudaloso. Eu simplesmente não quis citar, talvez, por um certo pudor.

E, por fim, o quarto fundamento.

> 4. Ausência de fundamentação da decisão condenatória.

A decisão está fundada em páginas e páginas e páginas de fatos e argumentos.

Mantenho, portanto, o meu voto.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, gostaria de esclarecer que estou de pleno acordo com tudo o que disse o Ministro Joaquim Barbosa.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Exceto com relação à prova.

O Sr. Ministro Eros Grau: Não, porque não estou considerando aí o exame de prova.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Vossa Excelência revalorizou a prova.

O Sr. Ministro Eros Grau: Não estou revalorizando, mas simplesmente examinando a parte dispositiva da decisão. Em relação ao Desembargador Tourinho Neto, foi determinado o arquivamento.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É a sindicância, Ministro.

O Sr. Ministro Eros Grau: Não é a sindicância. Isso é ata da sessão reservada da Corte Especial Administrativa, Ministro. Foi nessa que se excluiu o Tourinho Neto – a parte dispositiva não estou encontrando aqui.

Quero insistir. Como disse o Ministro Joaquim Barbosa quando se refere ao exame:

> (...)
> (...) não obstante a clareza dos argumentos apresentados pelo impetrante, a simples leitura das principais peças do processo, elide toda e qualquer suposta dúvida a respeito da legalidade do procedimento.

Vossa Excelência, inclusive, tomou conhecimento das provas, tanto é que disse que examinou todas.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Examinei, mas não era o que estava em jogo.

O Sr. Ministro Eros Grau**:** Não tenho dúvidas quanto a isso. Quero dizer, apenas, única e exclusivamente, que o que está em debate aqui, na verdade – e é sobre isso que a Corte irá se manifestar –, é se cabe ou não, de parte do Supremo Tribunal Federal, numa hipótese como essa, examinar a compatibilidade entre a decisão que foi tomada na esfera do Tribunal Regional Federal e a lei. Só isso.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Não ignoro a doutrina, sobretudo a doutrina europeia, francesa, em particular, que excepciona o vetusto entendimento de que não cabe o exame do mérito administrativo. Conheço as diversas hipóteses em que se pode cogitar de reexame do mérito: violação ao princípio da proporcionalidade, erro manifesto de apreciação. A pergunta que faço é: num caso como esse, estamos diante de uma decisão desproporcional em vista dos fatos apurados? Houve erro manifesto de apreciação por parte do Tribunal Regional Federal da 1ª Região ao aplicar a penalidade de afastamento do magistrado diante da gravidade desses fatos constantes do processo administrativo disciplinar? Processo, esse, no qual ele teve ampla...

O Sr. Ministro Eros Grau: Mas, com relação a isso, estamos de acordo, Ministro. Não tenho dúvida nenhuma.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Então, estamos em divergência no ponto em que Vossa Excelência valora a prova e eu não.

O Sr. Ministro Eros Grau: Não estou valorando a prova, mas a decisão. Quero deixar bem claro isso, para que, amanhã, não pareça que eu sou estulto. Não estou examinando a prova, mas a decisão. Eu disse isso inúmeras vezes, Ministro Cezar Peluso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro Eros Grau, se Vossa Excelência me permite, tenho em mãos, não os autos, mas, com igual fidelidade, o memorial apresentado pelo ilustre advogado do impetrante, e cujo documento número 3 é cópia integral da ata da sessão reservada da Corte do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, realizada às 14h30, dia 20 de fevereiro de 2003. Essa ata diz textualmente:

> Ata da sessão reservada para apresentação do relatório da Comissão de Sindicância instituída pela Resolução nº 26, de 17 de dezembro de 2002.

Aí, resume a discussão toda e, na parte dispositiva, com letras maiúsculas, relata:

> (...)
> *(...) A Corte, por maioria, rejeitou a preliminar levantada pelo Desembargador Federal Carlos Mathias, no sentido de que, em relação ao Desembargador Federal Eustáquio Silveira e à Juíza Federal Vera Carla, fossem cumpridos o artigo 27 e parágrafos 1º e 2º da Loman, vencidos os Desembargadores Federais Carlos Eduardo Moreira Alves, Antônio Ezequiel, Daniel Paes Ribeiro e Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, que o acompanharam; e, no mérito, à unanimidade, acolheu o voto do Desembargador Federal Plauto Ribeiro, presidente da comissão, determinando o arquivamento da sindicância em relação ao Desembargador Federal Tourinho Neto, e, em relação ao Desembargador Federal Eustáquio Silveira e à Juíza Federal Vera Carla Silveira, determinou, com base nos artigos 27, § 2º, e 46 da Lei Orgânica Da Magistratura Nacional, a imediata instauração de processo administrativo disciplinar, com afastamento dos magistrados (...).*

Noutras palavras, a preliminar suscitada pelo Desembargador Carlos Mathias e a decisão de arquivamento da sindicância foram determinadas na sessão em que se deliberou sobre a sorte dos resultados do relatório da comissão de sindicância. Nada tem a ver com o julgamento do procedimento administrativo instaurado nessa sessão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E teria sido instaurado sem observância da formalidade do § 1º do art. 27 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Esta é a fundamentação básica da impetração.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Quanto a esse ponto, o Ministro Eros Grau me acompanha.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A fundamentação é de que a decisão não teria observado, nos termos da preliminar suscitada, o disposto no art. 27, § 1º e § 2º, da Lei Orgânica, que determina que o processo disciplinar seja precedido de defesa prévia no prazo de quinze dias. Esse é o fundamento principal, a meu sentir, da impetração, mas que é coisa completamente diferente da decisão a respeito do relatório da comissão de sindicância.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Relatório que, no fim, foi considerado prestimoso a partir da abertura, em si, do processo administrativo disciplinar. O fato, em si, da abertura do processo administrativo disciplinar atesta a prestimosidade do pré-processo, ou seja, da sindicância então instaurada e concluída.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro Eros Grau, se Vossa Excelência me permite, até posso indicar que está nas páginas 3627 e 3628, segundo consta da cópia apresentada pelo ilustre advogado.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Ou seja, a sindicância foi considerada apta a ensejar a abertura de um processo administrativo contra dois desembargadores, excluindo-se um.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Contra dois: um desembargador e um juiz; e arquivou em relação a outro.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Já faz algum tempo que proferi o meu voto. Gostaria de relê-lo, quanto a esse ponto.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não é necessário, porque até o Ministro Eros Grau está de acordo.

O Sr. Ministro Eros Grau: Estou de acordo. Eu já disse tantas vezes. Não há dúvida alguma.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Quanto a isso, não é?

O Sr. Ministro Eros Grau: Mas eu já disse tantas vezes. Será que Vossa Excelência não entendeu? É a quarta vez que digo que estou de acordo com Vossa Excelência! Perdoe-me não ter sido mais claro.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Tenho preocupação com os que não votaram com relação ao primeiro fundamento do mandado de segurança.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Perguntei ao relator se a decisão que deu pela aposentadoria do impetrante por interesse público foi unânime. Mas sei que a Constituição Federal não exige a unanimidade. O quorum é de maioria absoluta.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Isso também não foi arguido. Não é objeto da impetração.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Isso não tem maior significação, senão do ponto de vista subjetivo ou psicológico do julgador – no meu caso em especial –, mas sei que o *quorum* de maioria absoluta foi obtido.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, apesar dos brilhantes argumentos trazidos pelo Ministro Eros Grau, quanto à parte em que ele, para conceder, discorda da argumentação trazida no voto do Ministro Relator, peço vênia para acompanhar o voto do Ministro Relator e também denegar a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, o Tribunal agiu no uso de uma competência constitucional explícita, estampada no inciso VII do art. 93 da Magna Carta Federal.

Ouvi atentamente o voto do Ministro Eros Grau. Louvo o esforço de Sua Excelência no sentido de discordar do Ministro Relator, Joaquim Barbosa, quanto à parte que mais interessa, a denegação ou não do mandado de segurança. Mas eu estava, aqui, ainda há pouco, a reler uma magnífica síntese dos fatos e do voto do Ministro Joaquim Barbosa feita pelo Ministro Ricardo Lewandowski. A meu ver, o Ministro Ricardo Lewsandowski, na mesma linha do Ministro Joaquim Barbosa, no seu voto não menos brilhante, rebateu um a um todos os fundamentos da impetração, assim, os formais como de ordem material, como aqueles já relacionados com a questão de fundo.

Concluo, Senhor Presidente, pela denegação da ordem, pedindo vênia ao Ministro Eros Grau.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, quero apenas fazer uma indagação – para minha tranquilidade e consciência – ao eminente Relator, embora a resposta possa, de algum modo, ser deduzida da própria impetração.

O impetrante foi citado ou notificado para o processo administrativo?

O Sr. Ministro Eros Grau: Formalmente, não.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Para o processo administrativo, não para a sindicância.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Foi por isso que pedi para reler o meu voto. Esse é o ponto central.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É isto o que me interessa. Isso, para mim, é fundamental: saber se ele foi citado ou notificado para o processo administrativo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Art. 27, § 1º, da Loman.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não é se ele foi notificado para apresentar defesa prévia. Estou perguntando se, depois de instaurado o procedimento administrativo, ele foi citado e notificado para se defender no processo administrativo; e, se ele se defendeu. Se ele se defendeu, é menos relevante porque é um ônus.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Releio, Presidente:

O impetrante sustenta que o processo disciplinar contra ele instaurado é nulo, por não ter havido prévia e formal notificação do teor da acusação que lhe estava sendo imputada, e dada a ausência de defesa prévia e a falta de intimação para a sessão de julgamento, o que constituiria afronta aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, bem como ao disposto no art. 27, § 1º, da Loman, que exige a apresentação de defesa prévia, em qualquer hipótese, para a instauração de processos contra magistrados. Ressalta, ainda, não ter sido intimado nem para a sessão que decidiu pela instauração do procedimento disciplinar nem para aquela que decidiu pela aposentadoria compulsória.

Tem o seguinte teor o art. 27, § 1º, da Loman, cuja aplicação o impetrante reinvindica*:*

> "Art. 27. O procedimento para a decretação da perda do cargo terá início por determinação do tribunal, ou do seu órgão especial, a que pertença ou esteja subordinado o magistrado, de ofício ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo ou Legislativo, do Ministério Público ou do Conselho Federal ou Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.
>
> § 1º **Em qualquer hipótese, a instauração do processo proceder-se-á da defesa prévia do magistrado, no prazo de quinze dias, contado da entrega da cópia do teor da acusação e das provas existentes, que lhe remeterá o presidente do tribunal, mediante ofício, nas quarenta e oito horas imediatamente seguintes à apresentação da acusação**."
>
> (Grifei.)

O impetrante afirma que não lhe foi aberto o prazo para defesa prévia a que se refere esse dispositivo, razão por que todo o procedimento administrativo seria nulo.

Senhora Presidente, a perda do cargo de magistrado, nos termos da Loman, somente será decretada após procedimento administrativo em que seja assegurada a ampla defesa. Daí o dispositivo legal, que possui o claro intuito de preservar tal garantia, por meio da notificação ao magistrado do teor das acusações a ele imputadas, com o fim de evitar que ele seja abrupta e inesperadamente alvo de PAD.

No presente caso, é preciso ressaltar dois aspectos fundamentais.

Em primeiro lugar, o PAD foi precedido de sindicância para se apurarem denúncias veiculadas em rede nacional de televisão a respeito de suposto esquema de corrupção no TRF da 1ª Região.

A sindicância, como é de todos sabido, tem caráter apuratório preliminar, sem cunho punitivo. Ao cabo desse procedimento prévio, inquisitorial e não sancionador, a Administração somente pode: (i) arquivar o procedimento, ante a constatação da impropriedade das acusações, por exemplo, ou (ii) instaurar o PAD, a fim de que seja garantida ao magistrado a possibilidade ampla e irrestrita de se defender, antes de lhe ser imposta alguma penalidade.

No caso, entendo que a comissão de sindicância foi bastante clara em preservar o caráter preliminar do procedimento, de modo que, ao final dele, decidiu-se pela instauração do PAD contra o ora impetrante.

Ressalto o entendimento do Supremo Tribunal Federal, de que, quando o PAD é precedido de sindicância, esta constitui procedimento preparatório daquele, e é no PAD que deve ser garantida a observância do princípio da ampla defesa (RMS 22.789 e MS 23.796, *v.g*., ambos de relatoria do ministro Moreira Alves). Confira-se:

"*Ementa*: Servidor público. Aplicação da pena de advertência sem a instauração de sindicância na qual se daria o exercício da ampla defesa dos que vieram a ser punidos. Nulidade.

– Do sistema da Lei 8.112/90 resulta que, sendo a apuração de irregularidade no serviço público feita mediante sindicância ou processo administrativo, assegurada ao acusado ampla defesa (art. 143), um desses dois procedimentos terá de ser adotado para essa apuração, o que implica dizer que o processo administrativo não pressupõe necessariamente a existência de uma sindicância, mas, se o instaurado for a sindicância, é preciso distinguir: se dela resultar a instauração do processo administrativo disciplinar, é ela mero procedimento preparatório deste, e neste é que será imprescindível se dê a ampla defesa do servidor; se, porém, da sindicância decorrer a possibilidade de aplicação de penalidade de advertência ou de suspensão de até 30 dias, essa aplicação só poderá ser feita se for assegurado ao servidor, nesse procedimento, sua ampla defesa.

– No caso, não se instaurou nem sindicância, nem processo administrativo, e sem se dar, por isso mesmo, qualquer oportunidade de defesa aos impetrantes, foi-lhes aplicada a pena de advertência, por decisão que foi tomada, como se vê da cópia à fl. 10, em processo administrativo contra terceiro e no qual os impetrantes constituíam a comissão de inquérito. Recurso ordinário a que se dá provimento."

(RMS 22.789, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 25-6-1999.)

No caso em exame, é preciso, ainda, observar que a sindicância foi motivada por dois fatos: primeiro, o recebimento, pelo TRF, de documentos com degravações de escutas telefônicas envolvendo o impetrante, o filho e a esposa – documentos esses distribuídos mediante ofício a **todos** os desembargadores do Tribunal, inclusive o impetrante, em momento anterior à instalação da sindicância –; depois, o pedido, feito pelo próprio impetrante, de instauração da sindicância, conforme se verifica na justificação de conduta de fls. 1109-1117. Ademais, na petição inicial, o próprio impetrante afirma:

"Aturdido e estarrecido com essa leviana acusação [de existência de um suposto esquema de venda de *habeas corpus* do qual ele faria parte], imediatamente, solicitou ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região que apurasse os fatos. (...) De tudo, resultou a constituição de uma Comissão de Sindicância."

(Fls. 3-4.)

Ressalto mais uma vez que é patente, ao longo de toda a sindicância, o fato de que o impetrante exerceu o direito de defesa, mesmo em fase de investigação em que ela é absolutamente dispensável, em razão de seu caráter não punitivo. Nesse sentido, veja-se o que consta do relatório da comissão de sindicância:

"Na décima reunião, realizada no dia 7 de fevereiro de 2003, a Comissão decidiu encerrar os trabalhos da instrução para proceder ao relatório da sindicância, eis que "...(a) cuida-se de procedimento de investigação preliminar, destinado, apenas e tão somente, a promover a apuração dos fatos noticiados nos meios de comunicação, que estão mencionados no Processo Avulso Coger nº 2002/00587/DF; (b) como simples instrumento de averiguação, não existe qualquer possibilidade desta Comissão opinar, se for o caso, pela aplicação de qualquer penalidade, dispensando, por esta razão, a observância, nesta fase, dos princípios constitucionais do contraditório e da

ampla defesa; **(c) os juízes mencionados nas notícias veiculadas nos meios de comunicação tomaram conhecimento do inteiro teor do relatório de Inteligência elaborado pela Polícia Federal (base e fundamento desta investigação), assim como todos os demais juízes deste Tribunal; e (d) o Juiz Eustáquio Silveira manifestou-se acerca dos fatos em apuração, inclusive perante a Corte Especial (cf. fls. 06/14), apresentando documentos (cf. fls. 1458/1606), da mesma forma que o Juiz Tourinho Neto, que se dirigiu à Comissão (cf. fls. 1180/1402 e 1405/1435), e a Juíza Federal Vera Carla Nelson Cruz Silveira, que, além de apresentar documentos (cf. fls. 1607/1703 e 1752/1762), redigiu mensagem explicativa sobre os fatos objeto deste procedimento, encaminhando por e.mail (Lista Ajufe) a todos os Juízes Federais e uma outra dirigida a todos os servidores da Justiça Federal" (cf. fls. 3404/3405)**.

Por último, a Comissão reuniu-se no dia 11 de fevereiro de 2003, apenas para apreciar a manifestação do Desembargador *Eustáquio Silveira* no sentido de ser ouvido nesta Sindicância, mas entendeu pela "...desnecessidade de reabrir a instrução, que já estava encerrada quando do recebimento do mencionado expediente, considerando não apenas as manifestações anteriores, da lavra do aludido Magistrado, como as posteriores, cuja juntada foi determinada nesta data (11.2.2003)."

(Fls. 37-38.)

Observo, ademais, que, atendendo solicitação da comissão de sindicância, ainda nessa fase investigatória preliminar, o desembargador Eustáquio Silveira e a juíza federal Vera Carla Silveira apresentaram cópias de decisões judiciais, declarações de imposto de renda e extratos bancários de diversas agências (fls. 38-40).

É fácil concluir, portanto, que, durante os trabalhos da comissão de sindicância, os magistrados supostamente envolvidos no "esquema de Brasília" apresentaram defesa oportunamente, de forma a influenciar na decisão final da comissão. Tanto é assim que esta, acolhendo defesa do juiz Tourinho Neto, decidiu não instaurar processo administrativo disciplinar contra ele.

Friso, por outro lado, que o relator da comissão de sindicância, em extenso voto, elencou todos os indícios que levaram à instauração do PAD contra o impetrante (fls. 83-107).

Extrai-se, assim, de toda a documentação anexada aos autos, que o impetrante não foi pego de surpresa, ou, noutras palavras, conhecia integralmente o teor dos fatos e acusações contra ele oferecidas, tendo-se pronunciado em diversas ocasiões sobre elas.

Por essa razão, tenho por atendido, no caso, a essência do que preceitua o art. 27, § 1º, da Loman. A pretendida anulação de todo o procedimento administrativo por conta de suposta ausência de formalidade a ser cumprida parece-me incongruente com o sistema, seja porque a finalidade do dispositivo foi plenamente atingida, seja porque não houve nenhum prejuízo para a defesa, efetuada ao longo de todo o PAD.

Lembro, ainda, que essa questão foi objeto de exame pelo TRF e está extremamente bem justificada no voto do relator da sindicância (fls. 33-111).

Observo, também, que, como no processo penal, o indiciado no PAD defende-se dos **fatos** a ele imputados, e não da acusação formalizada.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Estou satisfeito.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Ainda não terminei.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Só havia perguntado a Vossa Excelência se ele teria sido citado ou notificado para o processo administrativo, não para sindicância que o precedeu. Sua Excelência acabou de ler que ele o foi, que exerceu a defesa plenamente, de modo que estou pronto para proferir meu voto.

Fiz a indagação ao ilustre Relator apenas para conforto de consciência, porque, em primeiro lugar, da petição de mandado de segurança já não consta, como fundamento explícito nem implícito, a alegação de ofensa ao princípio do contraditório no curso do processo administrativo. O que o impetrante alega – e o faz, aliás, com raro brilho – é que, não tendo sido observado o disposto no § 1º do art. 27 da Loman, que exige notificação prévia à instauração do processo administrativo, para efeito de defesa preliminar sob a admissibilidade ou não da instauração do procedimento administrativo, todo o processo e, por conseguinte, o também o ato de sua aposentadoria, como termo final dessa cadeia, seriam nulos.

Pois bem. Se – e isso é incontroverso – é verdadeira a alegação de que faltou a notificação prévia, também é não menos incontroverso e verdadeiro que o ora impetrante teve oportunidade de se defender de acusação específica no curso do processo administrativo. E defendeu-se plenamente, como acabou de confirmar, neste tópico, o voto agora relido pelo eminente Ministro Relator. E Sua Excelência deixou claro que o ora impetrante – e isso também consta textualmente da petição inicial – deixou transcorrer todo o procedimento administrativo até o ato final que culminou com a sua aposentadoria pelo Presidente da República.

E aqui está um dado relevante: ele impetrou um mandado de segurança no curso do processo administrativo. Mas, sob pretexto tal ou qual, pouco importa, desistiu desse mandado de segurança. De modo que temos, por resumo, em termos de procedimento, que, em primeiro lugar, não houve a notificação prévia ao procedimento administrativo, a que se refere o § 1º do art. 27 da Loman. Segundo fato incontroverso: ele se defendeu no procedimento administrativo e deixou o procedimento administrativo exaurir-se até o ato final do Presidente da República, que é referido na petição inicial do presente mandado de segurança. Portanto, estoutro mandado de segurança, obviamente, foi impetrado após o ato de aposentadoria. Então, não há dúvida de que houve o transcurso de toda essa cadeia de atos que compõem o ato complexo da aposentadoria, sem que tivesse permitido o julgamento de mérito daquele primeiro mandado de segurança.

Temos, portanto, situação idêntica àquela que já tratamos, há três semanas, a respeito da interpretação do art. 514 do Código de Processo Penal, que impõe a mesma necessidade de notificação prévia ao funcionário público antes da instauração da ação penal. Lembram-se Vossas Excelências do sucedido? O ilustre advogado compareceu à tribuna. A sentença tinha transitado em julgado com a condenação, e foi impetrado *habeas corpus* sob alegação de que não tinha sido cumprido o disposto no art. 514 do Código de Processo Penal, que, *mutatis mutandis*, tem os mesmos termos do art. 27, § 1º, da Loman.

Tal como naquele caso em que a sentença condenatória transitou em julgado, neste caso também se exauriu a via administrativa, com preclusão administrativa. Noutras palavras, todas as etapas do processo foram ultrapassadas, sem que o impetrante tivesse lançado mão de algum remédio judicial contra a validade do processo.

O que o Tribunal decidiu, antes, em relação ao processo-crime? Decidiu que a defesa prévia é sobre a inadmissibilidade da instauração da ação penal, e, no caso, seria sobre a instauração do procedimento administrativo; sobre a admissibilidade, não sobre o mérito. Ora, se na ação penal que transpôs todos os passos do procedimento, com realização de todas as provas possíveis no processo e observância do contraditório, e de cujas provas resultou a convicção do julgador de que o acusado era culpado e recebeu a sanção penal, e, neste caso, o magistrando recebeu a sanção administrativa, a pergunta é: tem propósito cogitar-se de nulidade inicial baseada na alegação da falta de defesa sobre admissibilidade da acusação, se esta, no seu mérito, exaurido o processo, foi tida por procedente? Noutras palavras, eu indagava naquela oportunidade, e torno a indagar aqui, se o ora impetrante tinha e tem, agora, alguma defesa que fosse susceptível de mudar o teor do julgamento do processo administrativo do qual lhe resultou a aposentadoria. Podemos, sem levar a forma ao excesso do culto absoluto e autônomo do formalismo, reconhecer a nulidade de todo o processo, para dizer que ele, o impetrante, teria defesa contra admissibilidade da instauração do procedimento, quando, na verdade, pela análise da autoridade competente para fazê-lo, não teve defesa suficiente para elidir o julgamento desfavorável no mérito do processo administrativo?

Senhor Presidente, com a máxima vênia, e não obstante o máximo respeito que tenho por todos os princípios constitucionais, em especial, pelo devido processo legal, não sou capaz de conceber, no caso, que se possa anular todo procedimento para que se instaure novo contraditório sobre a admissibilidade, ou não, da instauração do processo administrativo! Já se exauriram todas as suas etapas!

De modo que, com a máxima vênia, o argumento, que a mim me parece o mais forte, o mais consistente, não pode prevalecer, até porque o Tribunal firmou aquele precedente em relação à ação penal, o que, sob certo ponto de vista, é muito mais grave, pois a sanção penal é a gravíssima das sanções do ordenamento jurídico. Não sei como não aplicá-lo neste caso. Afasto, pois, esse fundamento.

O que me chamou a atenção em relação ao mais foi o argumento do eminente Ministro Eros Grau, que suscitou dúvida a respeito do juízo decisório do processo administrativo. E, de fato, consta trecho em que se diz exatamente isto:

> Ocorre que, ao contrário, ao ver da Comissão de Sindicância, seja porque o Des. *Eustáquio* quis dar uma mão ao filho, que ele mesmo, *Eustáquio*, considera desajustado e imaturo, seja porque quis ajudar um amigo de mais de 30 (trinta) anos, seja por uma outra contingência humana qualquer, o fato é que o Des. *Eustáquio*, nosso colega, infelizmente, repito, foi envolvido, consciente ou inconsciente, mas sabedor da gravidade do fatos como advertira seu filho, no chamado esquema de tráfico de influência do Poder Judiciário, levando com ele, sua mulher, a Juíza Federal *Vera Carla*, ora indicando advogados, na hipótese, seus amigos *Márcio de*

Assis Borges e Zoraide de Castro Coelho, ora dando orientações jurídicas, inclusive na elaboração de minutas de *habeas corpus*.

E, em seguida:

> Esse envolvimento, embora tenha seu aspecto humanitário, porquanto, participava do esquema um filho e um amigo, o certo é que, na visão da Comissão, se devidamente comprovado em processo administrativo disciplinar, assegurando a eles, envolvidos, o contraditório e a ampla defesa, caracteriza conduta incompatível com a dignidade do cargo de Magistrado Federal, ou até mesmo falta mais grave, pois é dever do magistrado "manter conduta irrepreensível na vida pública e particular" (Loman, art. 35, inciso VIII), eis que, repito, consciente ou inconscientemente, mas sabedor da gravidade dos fatos, acabou contribuindo para colocar sob suspeita todos os Desembargadores deste Tribunal, além de atingir uma Instituição, que há 14 (quatorze) anos vem procurando, a todo custo, dignificar o Poder Judiciário brasileiro.

Não há dúvida nenhuma de que os dois tópicos dessa manifestação são, no mínimo, contraditórios, porque se diz "consciente ou inconscientemente, mas sabedor da gravidade dos fatos". Isso é pura contradição. Mas vou deixar isso de lado, e vou, em benefício da dúvida, receber as duas manifestações como declaração de dúvida sobre dolo ou culpa do ora impetrante. Só que isso não se deu no julgamento do processo administrativo; foi manifestação do relatório da Comissão de Sindicância, que funcionou, no caso, como relatório de inquérito policial. Ou seja, no procedimento preliminar e provisório de apuração, havia dúvida sobre a culpabilidade, mas, instaurado o processo administrativo, seu julgamento já não se baseou em nenhum juízo de caráter duvidoso. Por isso me permiti ouvir a transcrição que o eminente Ministro Relator fez do voto do Juiz Relator do julgamento do processo administrativo.

De modo que, com o devido respeito, o teor duvidoso a respeito da culpa do ora impetrante em relação aos fatos constou apenas do relatório da sindicância, ou seja, deu-se no estágio pré-processual do procedimento administrativo. Se tivesse sido reproduzido em algum dos votos no julgamento do impetrante no processo administrativo, eu não teria nenhuma dúvida em acompanhar o eminente Ministro Eros Grau, porque, indiscutivelmente, estaríamos aí diante de um caso de absoluta perplexidade do julgador, da qual, evidentemente, não poderia resultar nenhum juízo de reconhecimento de culpa do ora impetrante. Mas deu-se antes, só na sindicância!

É por que, com o devido respeito, acompanho o voto do eminente Relator, para denegar a ordem.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, quando teve início o julgamento, ouvindo o relatório, a íntegra do voto do Ministro Joaquim Barbosa, a sustentação da tribuna, anotei alguns dados alusivos a este processo. Só que, com a passagem do tempo, essas anotações ganharam contornos de verdadeiro código, e não conto com meios, na bancada, para decifrá-lo. É o preço que se paga por não se adiantar o voto, postura harmônica com a ética.

Por isso, peço vista do processo.

EXTRATO DA ATA

MS 24.803/DF — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Impetrante: Eustáquio Nunes Silveira (Advogado: José Eduardo Rangel de Alckmin). Impetrados: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União) e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Listiconsortes passivos: Leomar Barros Amorim de Souza (Advogados: Augusto Cláudio F. Guterres Soares e outro) e Neuza Maria Alves da Silva (Advogado: Sérgio Roberto Roncador).

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Eros Grau, concedendo a segurança, e dos votos da Ministra Cármen Lúcia e dos Ministros Carlos Britto e Cezar Peluso, denegando a segurança, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio. Ausentes, justificadamente, os Ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello. Licenciada a Ministra Ellen Gracie (Presidente). Presidência do Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente).

Presidência do Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Licenciada a Ministra Ellen Gracie (Presidente). Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 29 de março de 2007 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Conforme certidão de julgamento de fl. 2014, o Colegiado adentrou, de imediato, o exame de fundo desta impetração. O Relator veio a indeferir a segurança, sendo acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski. O Ministro Eros Grau pediu vista e, na sequência do julgamento, concedeu a segurança. Votaram a seguir a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Carlos Ayres Britto e Cezar Peluso, acompanhando o Relator. Formalizei, então, o pedido de vista (fl. 2017).

Ao contrário do que aconteceu, impõe-se, em primeiro lugar, a apreciação de preliminar da ação. É que o litisconsorte passivo Leomar Barros Amorin de Souza requereu fosse citada em igual qualidade a Juíza Neuza Maria Alves da Silva, porquanto, concedida a ordem, ocorreria a modificação substancial no preenchimento de vaga, já que a cadeira ocupada pela Juíza passaria a ficar submetida ao critério de antiguidade e ele seria o da vez para preenchê-la. Ao pronunciar-se no processo, a mencionada Juíza – admitida como litisconsorte passiva pelo relator, apesar da oposição do impetrante (fl. 1954) – pleiteou a exclusão em tal qualidade, aludindo à possibilidade de integração, no máximo, como assistente litisconsorcial, o que, evidentemente, dependeria da respectiva manifestação de vontade.

Repito, então: cumpre decidir sobre a matéria, não se podendo ir ao julgamento de fundo para, só depois, caso a conclusão do Colegiado seja no sentido da concessão da segurança, vir-se a apreciar a citada preliminar da causa, porque

ligada à condição da ação, porque ligada ao interesse em figurar como litisconsorte passivo e, portanto, às balizas subjetivas do processo. Independentemente da deliberação do Tribunal a respeito, reitero o entendimento que formei sobre o tema. A figura do litisconsorte passivo pressupõe a possibilidade de a decisão a ser proferida alcançar diretamente o interessado.

Pois bem, eventual concessão da ordem neste mandado de segurança não repercutirá, de forma imediata, nas sucessivas nomeações verificadas no Tribunal Regional Federal após o afastamento do impetrante. Está em questão apenas a cadeira por ele ocupada, surgindo, como único litisconsorte passivo, aquele que veio a preenchê-la. Possíveis repercussões na composição do Tribunal hão de se resolver mediante procedimentos – e quem sabe até mesmo ação – próprios, não se podendo cogitar do uso da ação em lide que tem objeto único, ou seja, a volta do impetrante ao cargo e, portanto, só envolve esse último. Excluo a Juíza Neuza Maria Alves da Silva da relação processual subjetiva deste processo.

Passo ao exame da impetração. De início, consigno que, na peça primeira, está explícito não se cuidar do mérito da pena aplicada, apesar de se fazer em jogo a tipicidade da conduta (fls. 7 e 26). Sigo, então, a ordem em que o impetrante veiculou as causas de pedir. Antes, porém, ressalto a circunstância de se tratar, na espécie, de matérias de Direito, não se podendo reconhecer o óbice apontado nas informações – da impossibilidade de revolvimento da prova –, muito embora seja do conhecimento geral que não há julgamento sem fato, cabendo distinguir enquadramento jurídico dos que versados e elucidados no processo de reabertura de fase probatória.

Da notificação prévia

Observo o alcance do disposto no art. 27 da LC 35/1979. Eis o preceito, que transcrevo para efeito de documentação:

> Art. 27. O procedimento para a decretação da perda do cargo terá início por determinação do Tribunal, ou do seu órgão especial, a que pertença ou esteja subordinado o magistrado, de ofício ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo ou Legislativo, do Ministério Público ou do Conselho Federal ou Secional da Ordem dos Advogados do Brasil.
>
> § 1º Em qualquer hipótese, a instauração do processo preceder-se-á da defesa prévia do magistrado, no prazo de quinze dias, contado da entrega da cópia do teor da acusação e das provas existentes, que lhe remeterá o Presidente do Tribunal, mediante ofício, nas quarenta e oito horas imediatamente seguintes à apresentação da acusação.
>
> § 2º Findo o prazo da defesa prévia, haja ou não sido apresentada, o Presidente, no dia útil imediato, convocará o Tribunal ou o seu órgão especial para que, em sessão secreta, decida sobre a instauração do processo, e, caso determinada esta, no mesmo dia distribuirá o feito e fará entregá-lo ao relator.
>
> § 3º O Tribunal ou o seu órgão especial, na sessão em que ordenar a instauração do processo, como no curso dele, poderá afastar o magistrado do exercício das suas funções, sem prejuízo dos vencimentos e das vantagens, até a decisão final.

§ 4º As provas requeridas e deferidos, bem como as que o relator determinar de ofício, serão produzidas no prazo de vinte dias, cientes o Ministério Público, o magistrado ou o procurador por ele constituído, a fim de que possam delas participar.

§ 5º Finda a instrução, o Ministério Público e o magistrado ou seu procurador terão, sucessivamente, vista dos autos por dez dias, para razões.

§ 6º O julgamento será realizado em sessão secreta do Tribunal ou de seu órgão especial, depois de relatório oral, e a decisão no sentido da penalização do magistrado só será tomada pelo voto de dois terços dos membros do colegiado, em escrutínio secreto.

§ 7º Da decisão publicar-se-á somente a conclusão.

§ 8º Se a decisão concluir pela perda do cargo, será comunicada, imediatamente, ao Poder Executivo, para a formalização do ato.

A interpretação sistemática da cabeça e dos parágrafos transcritos leva a concluir que a defesa prévia do magistrado prevista no § 1º precede a instauração do processo administrativo. É o que decorre da regra versada no § 2º – "findo o prazo da defesa prévia, haja ou não sido apresentada, o Presidente, no dia útil imediato, convocará o Tribunal ou o seu órgão especial para que, em sessão secreta, decida sobre a instauração do processo e, caso determinada esta, no mesmo dia distribuirá o feito e fará entregá-lo ao relator".

Na espécie, instaurou-se a sindicância de caráter apuratório, e não punitivo. Então, viabilizou-se a manifestação daqueles que, de alguma forma, poderiam estar envolvidos. Foram remetidas cópias de elementos a todos os integrantes do Tribunal, vindo o impetrante, até mesmo, a formalizar pedido de justificativa de procedimento. A fase mostrou-se, portanto, ligada ao embrião de um possível processo administrativo, ligada a sindicância. Encerrada esta, a Comissão formalizou relatório final, propondo: em relação ao Juiz Tourinho Neto, o arquivamento da sindicância e, no tocante ao Juiz Eustáquio Silveira e Vera Carla Silveira, a imediata instauração de processo administrativo disciplinar, com os respectivos afastamentos dos exercícios das funções, sem prejuízo dos vencimentos e das vantagens até a decisão final (fl. 108). Com esse relatório final, surgiu, evidentemente, um quadro distinto, um quadro conclusivo, virando-se uma página – da sindicância apurativa para ter-se, com dados já coligidos, a submissão da abertura de processo administrativo ao Colegiado.

A toda evidência, a manifestação ocorrida considerado o pedido de justificativa de procedimento que é a sindicância – de nítida natureza inquisitória –, sem haver a observância necessária do contraditório e da ampla defesa, não atende à exigência do § 1º do art. 27 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Se, de um lado, poder-se-ia instaurar processo administrativo sem sindicância a precedê-lo, de outro, iniciada essa última e encerrada com relatório final da Comissão, abre-se, como previsto no § 1º do art. 27 da Loman – "em qualquer hipótese" e considerada a instauração, aí sim, do processo –, a oportunidade de ouvir o Magistrado envolvido.

Ora, se, até mesmo sem a sindicância, sem a reunião de dados a respaldarem a instauração do processo, é cabível a manifestação, o que se dirá se já

existente uma peça conclusiva, uma peça preconizando, com base no que apurado, a instauração do processo contra o Magistrado. A audição deste, em defesa prévia, presente a sinalização, da comissão de sindicância, de abertura do processo, é imperativo constante da citada lei complementar. Vale frisar, por oportuno, que, no que se rotulou como voto de integrante da Comissão constituída, por sinal o Presidente, consignou-se (fl. 49):

> Procedeu, assim, a nosso sentir, com lucidez e acerto, ao deixar de constituir, desde logo, uma sindicância punitiva, um processo administrativo disciplinar, até porque, àquela altura, tudo que se sabia a respeito era proveniente de noticiário da imprensa.

A seguir, fez-se ver (fl. 51):

> Logo, é bom que se esclareça. É bom que isto fique claro. A Comissão foi instituída para elucidar os fatos noticiados pela imprensa. Sindicância investigatória, portanto, sem caráter punitivo, que, por isso mesmo, à evidência, não se sujeita ou não está submetida aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Iniludivelmente, ante o caráter impositivo da sindicância, surgiu quadro – inexistente quando das manifestações anteriores do impetrante – determinante da observância irrestrita do devido processo legal, procedendo-se, ante a exigência do § 1º do art. 27 da LC 35, de 14 de março de 1979, à intimação para apresentação da defesa prévia. A formalidade surge como essencial à valia do ato, à valia da instauração do processo administrativo, à deliberação do Colegiado em tal sentido. Não é demasia lembrar que a audição do interessado configura a mola-mestra do processo em geral, implicando a liberdade em sentido maior. Entendendo que procede esta causa de pedir, assento a insubsistência do processo administrativo instaurado e a respectiva conclusão. Vale frisar, por oportuno, que, na Corte de origem, esse ponto de vista foi sustentado, sem êxito, pelo Juiz Federal Carlos Fernando Mathias (fl. 173).

Para a hipótese de ser vencido nessa matéria, examinarei as demais causas de pedir da inicial.

Da ilicitude da prova que serviu de base à decisão
a) Da ilegalidade das autorizações para interceptações telefônicas.

Em peça com insuplantável esmero e considerada a fé do próprio grau, o ilustre advogado Dr. José Eduardo Rangel de Alckmin assevera que, à época das interceptações telefônicas, mais precisamente mediante o Ofício 44/01 – GTAO/SR/DPF/GO, datado de 20 de fevereiro de 2001, a autoridade policial noticiou ao Juízo:

> Informamos também que nas diligências efetuadas em caráter sigiloso está confirmado o envolvimento de pessoas ligadas ao deputado federal pelo PMDB Francisco Pinheiro Landim e o próprio deputado, que buscam meios, junto ao

> Tribunal Regional Federal da 1ª Região para revogação do mandado de prisão de Leonardo Dias de Mendonça, expedido pela Justiça de Água Boa/MT.

Em parte seguinte deste mesmo ofício, teria afirmado:

> (...) também está ligado ao caso o indivíduo até o momento identificado por Igor que, a exemplo de José Antônio, pode ser encontrado no Gabinete do deputado Francisco Pinheiro Landim.

Esclareceu, então, que, na justificativa para a quebra do sigilo telefônico do filho do impetrante, já se informara o envolvimento do Deputado Federal com o qual o destinatário da ordem judicial mantinha relações (fls. 20 e 21). O que asseverado e transcrito encontra base na peça de fl. 573.

Ora, datando essa notícia de 20 de fevereiro de 2001 e tendo sido formalizada a ordem de interceptação em 4 de junho de 2001 (fls. 585 a 600), por meio da qual foi autorizada a prorrogação do monitoramento da linha telefônica (61) 475--5610, instalado na residência de José Antônio de Sousa, auxiliar do parlamentar, forçoso é concluir que veio o Juízo, em condenável inadvertência, a substituir-se ao Supremo. Determinou interceptação que só poderia decorrer, ante a prerrogativa de foro do Deputado, de ordem desta Corte. Pouco importa que não se tenha cogitado de interceptação de telefone da titularidade ou usado somente pelo Deputado Federal. Importa perceber que, a tal altura, a Polícia já tinha a certeza, com informação ao Juízo, do envolvimento do detentor da prerrogativa de foro. Incumbia deslocar o inquérito para esta Corte desde logo, e não, após efetivada a interceptação, enviar dados ao Tribunal. Também aqui procede o que asseverado à fl. 20 quanto à ilegalidade das autorizações das interceptações telefônicas.

b) Da remessa das gravações telefônicas para o Tribunal Regional Federal e da tomada de empréstimo da prova no processo administrativo.

Conheço bem o pensamento hoje predominante na Corte sobre a largueza do que levantado, em termos de domínio, mediante quebra de dados, mediante interceptações telefônicas. Não posso, porém, deixar de considerar que a medida extrema, invasora da privacidade do cidadão, está versada na Carta Federal visando a finalidade única, ou seja, à investigação criminal ou à instrução processual penal. Admitir-se que, uma vez satisfeito, em um primeiro passo, o requisito constitucional, possa haver o empréstimo da prova para outras finalidades, para outros objetivos, é mitigar-se a restrição contida no texto de envergadura maior, driblando-se as limitações previstas.

O legislador ordinário esteve atento aos ditames constitucionais ao aprovar o projeto que desaguou na Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. Preceitua o art. 1º nela contido:

> Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.

> Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Então, tem-se a previsão quanto à origem da ordem – do juiz competente da ação principal – e, não bastasse o elo decorrente desta previsão, a referência ao segredo de justiça. Já no art. 8º da citada lei está estabelecido que:

> Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.
>
> Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

Vê-se, assim, que, de forma pedagógica, jungiu-se, como quer a Constituição Federal, o que levantado mediante a interceptação ao processo que a motivou. Reitero o que ultimamente venho sustentando nesta Corte, ou seja, a impossibilidade de haver destinação diversa para a prova alcançada por esse meio tão estrito que é o da quebra de sigilo de dados. Acolho, também, esta causa de pedir.

Da atipicidade da conduta

Improcede o que asseverado pelo impetrante. Assentada a validade dos elementos coligidos, concluo pela incompatibilidade do procedimento com o ofício judicante, no que veio a ser implementada verdadeira assessoria objetivando este ou aquele alvo, mas sobressaindo a ocorrência considerados processos em curso, inclusive com a confecção de peças. Alguns dos processos, embora não estivessem sob a relatoria do impetrante, tramitaram no próprio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, pouco importando o resultado dos julgamentos.

Da falta de motivação da decisão

Não subsiste esta causa de pedir. O Tribunal deliberou no processo administrativo mediante voto condutor que se mostrou explícito no exame das gravações, dando a elas o sentido próprio.

Alfim, excluo da relação processual a Juíza Neuza Maria Alves da Silva e concedo a ordem tendo em conta a falta de notificação na fase entre a conclusão da sindicância e a instauração do processo administrativo – art. 27, § 1º, da Loman – e, vencido nessa parte, ante a ilicitude da prova. É como voto na espécie.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhor Presidente, proferi esse voto já há quase três anos, vejo-me obrigado a ler, pelo menos trechos dele, para aclarar um pouco a situação.

Começo pelo primeiro tópico sobre o qual o Ministro Marco Aurélio diverge:

I – *Da nulidade do processo disciplinar*

O impetrante sustenta que o processo disciplinar contra ele instaurado é nulo, por não ter havido prévia e formal notificação do teor da acusação que lhe estava sendo imputada, e dada a ausência de defesa prévia e a falta de intimação para a sessão de julgamento, o que constituiria afronta aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, bem como ao disposto no art. 27, § 1º, da Loman, que exige a apresentação de defesa prévia, em qualquer hipótese, para a instauração de processos contra magistrados. Ressalta, ainda, não ter sido intimado nem para a sessão que decidiu pela instauração do procedimento disciplinar nem para aquela que decidiu pela aposentadoria compulsória.

Tem o seguinte teor o art. 27, § 1º, da Loman, cuja aplicação o impetrante reinvindica:

> "Art. 27. O procedimento para a decretação da perda do cargo terá início por determinação do tribunal, ou do seu órgão especial, a que pertença ou esteja subordinado o magistrado, de ofício ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo ou Legislativo, do Ministério Público ou do Conselho Federal ou Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.
>
> § 1º Em qualquer hipótese, a instauração do processo preceder-se-á da defesa prévia do magistrado, no prazo de quinze dias, contado da entrega da cópia do teor da acusação e das provas existentes, que lhe remeterá o presidente do tribunal, mediante ofício, nas quarenta e oito horas imediatamente seguintes à apresentação da acusação."
>
> (Grifei.)

O impetrante afirma que não lhe foi aberto o prazo para defesa prévia a que se refere esse dispositivo, razão por que todo o procedimento administrativo seria nulo.

Senhora Presidente, a perda do cargo de magistrado, nos termos da Loman, somente será decretada após procedimento administrativo em que seja assegurada a ampla defesa. Daí o dispositivo legal, que possui o claro intuito de preservar tal garantia, por meio da notificação ao magistrado do teor das acusações a ele imputadas, com o fim de evitar que ele seja abrupta e inesperadamente alvo de PAD.

No presente caso, é preciso ressaltar dois aspectos fundamentais.

Em primeiro lugar, o PAD foi precedido de sindicância para se apurarem denúncias veiculadas em rede nacional de televisão a respeito de suposto esquema de corrupção no TRF da 1ª Região.

A sindicância, como é de todos sabido, tem caráter apuratório preliminar, sem cunho punitivo. Ao cabo desse procedimento prévio, inquisitorial e não sancionador, a Administração somente pode: (i) arquivar o procedimento, ante a constatação da impropriedade das acusações, por exemplo, ou (ii) instaurar o PAD, a fim de que seja garantida ao magistrado a possibilidade ampla e irrestrita de se defender, antes de lhe ser imposta alguma penalidade.

No caso, entendo que a comissão de sindicância foi bastante clara em preservar o caráter preliminar do procedimento, de modo que, ao final dele, decidiu-se pela instauração do PAD contra o ora impetrante.

Ressalto o entendimento do Supremo Tribunal Federal, de que, quando o PAD é precedido de sindicância, esta constitui procedimento preparatório daquele, e é no PAD que deve ser garantida a observância do princípio da ampla defesa (RMS 22.789 e MS 23.796, *v.g*., ambos de relatoria do Ministro Moreira Alves). Confira-se:

> "*Ementa*: Servidor público. Aplicação da pena de advertência sem a instauração de sindicância na qual se daria o exercício da ampla defesa dos que vieram a ser punidos. Nulidade.

– Do sistema da Lei 8.112/90 resulta que, sendo a apuração de irregularidade no serviço público feita mediante sindicância ou processo administrativo, assegurada ao acusado ampla defesa (art. 143), um desses dois procedimentos terá de ser adotado para essa apuração, o que implica dizer que o processo administrativo não pressupõe necessariamente a existência de uma sindicância, mas, se o instaurado for a sindicância, é preciso distinguir: se dela resultar a instauração do processo administrativo disciplinar, é ela mero procedimento preparatório deste, e neste é que será imprescindível se dê a ampla defesa do servidor; se, porém, da sindicância decorrer a possibilidade de aplicação de penalidade de advertência ou de suspensão de até 30 dias, essa aplicação só poderá ser feita se for assegurado ao servidor, nesse procedimento, sua ampla defesa.

– No caso, não se instaurou nem sindicância, nem processo administrativo, e sem se dar, por isso mesmo, qualquer oportunidade de defesa aos impetrantes, foi-lhes aplicada a pena de advertência, por decisão que foi tomada, como se vê da cópia a fl. 10, em processo administrativo contra terceiro e no qual os impetrantes constituíam a comissão de inquérito. Recurso ordinário a que se dá provimento."

(RMS 22.789, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 25-6-1999.)

No caso em exame, é preciso, ainda, observar que a sindicância foi motivada por dois fatos: primeiro, o recebimento, pelo TRF, de documentos com degravações de escutas telefônicas envolvendo o impetrante, o filho e a esposa – documentos esses distribuídos mediante ofício a todos os desembargadores do Tribunal, inclusive o impetrante, em momento anterior à instalação da sindicância –; depois, o pedido, feito pelo próprio impetrante, de instauração da sindicância, conforme se verifica na justificação de conduta de fls. 1109-1117. Ademais, na petição inicial, o próprio impetrante afirma:

"Aturdido e estarrecido com essa leviana acusação [de existência de um suposto esquema de venda de *habeas corpus* do qual ele faria parte], imediatamente, solicitou ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região que apurasse os fatos. (...) De tudo, resultou a constituição de uma Comissão de Sindicância." (Fls. 3-4)

São palavras do próprio impetrante na petição inicial:

Ressalto mais uma vez que é patente, ao longo de toda a sindicância, o fato de que o impetrante exerceu o direito de defesa, mesmo em fase de investigação em que ela é absolutamente dispensável, em razão de seu caráter não punitivo. Nesse sentido, veja-se o que consta do relatório da comissão de sindicância:

Cito:

Na décima reunião, realizada no dia 7 de fevereiro de 2003, a Comissão decidiu encerrar os trabalhos da instrução para proceder ao relatório da sindicância, eis que "...(a) cuida-se de procedimento de investigação preliminar, destinado, apenas e tão somente, a promover a apuração dos fatos noticiados nos meios de comunicação, que estão mencionados no Processo Avulso Coger n. 2002/00587/DF; (b) como simples instrumento de averiguação, não existe qualquer possibilidade de esta Comissão opinar, se for o caso, pela aplicação de qualquer penalidade, dispensando, por esta razão, a observância, nesta fase, dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla

> defesa; (c) os juízes mencionados nas notícias veiculadas nos meios de comunicação tomaram conhecimento do inteiro teor do relatório de Inteligência elaborado pela Polícia Federal (base e fundamento desta investigação), assim como todos os demais juízes deste Tribunal; e (d) o Juiz *Eustáquio Silveira* manifestou-se acerca dos fatos em apuração, inclusive perante a Corte Especial (cf. fls. 06/14), apresentando documentos (cf. fls. 1458/1606), da mesma forma que o Juiz *Tourinho Neto*, que se dirigiu à Comissão (cf. fls. 1180/1402 e 1405/1435), e a Juíza Federal *Vera Carla Nelson Cruz Silveira*, que, além de apresentar documentos (cf. fls. 1607/1703 e 1752/1762), redigiu mensagem explicativa sobre os fatos objeto deste procedimento, encaminhando por e.mail (Lista *Ajufe*) a todos os Juízes Federais e uma outra dirigida a todos os servidores da Justiça Federal" (cf. fls. 3404/3405.)
>
> Por último, a Comissão reuniu-se no dia 11 de fevereiro de 2003, apenas para apreciar a manifestação do Desembargador *Eustáquio Silveira* no sentido de ser ouvido nesta Sindicância, mas entendeu pela "(...) desnecessidade de reabrir a instrução, que já estava encerrada quando do recebimento do mencionado expediente, considerando não apenas as manifestações anteriores, da lavra do aludido Magistrado, como as posteriores, cuja juntada foi determinada nesta data (11-2-2003)." (Fls. 37-38.)

Portanto, ele se manifestou também no âmbito da Comissão de Sindicância, embora isso fosse desnecessário.

Digo eu:

> Observo, ademais, que, atendendo solicitação da comissão de sindicância, ainda nessa fase investigatória preliminar, o desembargador Eustáquio Silveira e a juíza federal Vera Carla Silveira apresentaram cópias de decisões judiciais, declarações de imposto de renda e extratos bancários de diversas agências (fls. 38-40).
>
> É fácil concluir, portanto, que, durante os trabalhos da comissão de sindicância, os magistrados supostamente envolvidos no "esquema de Brasília" apresentaram defesa oportunamente, de forma a influenciar na decisão final da comissão. Tanto é assim que esta, acolhendo defesa do juiz Tourinho Neto, decidiu não instaurar processo administrativo disciplinar contra ele.
>
> Friso, por outro lado, que o relator da comissão de sindicância, em extenso voto, elencou todos os indícios que levaram à instauração do PAD contra o impetrante (fls. 83-107).
>
> Extrai-se, assim, de toda a documentação anexada aos autos, que o impetrante não foi pego de surpresa, ou, noutras palavras, conhecia integralmente o teor dos fatos e acusações contra ele oferecidas, tendo-se pronunciado em diversas ocasiões sobre elas.
>
> Por essa razão, tenho por atendido, no caso, a essência do que preceitua o art. 27, § 1º, da Loman. A pretendida anulação de todo o procedimento administrativo por conta de suposta ausência de formalidade a ser cumprida parece-me incongruente com o sistema, seja porque a finalidade do dispositivo foi plenamente atingida, seja porque não houve nenhum prejuízo para a defesa, efetuada ao longo de todo o PAD. [E também da sindicância.]
>
> Lembro, ainda, que essa questão foi objeto de exame pelo TRF e está extremamente bem justificada no voto do relator da sindicância (fls. 33-111.)

Observo, também, que, como no processo penal, o indiciado no PAD defende-se dos **fatos** a ele imputados, e não da acusação formalizada. Nesse sentido, cito a decisão prolatada pela Segunda Turma no julgamento do RMS 24.536 (Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 5-3-2004).

Deixo de citá-lo, porque é bastante conhecido.

Reitero: tanto na justificação de conduta apresentada pelo impetrante ao TRF como na sindicância e no PAD, os fatos apurados foram os mesmos, baseados na documentação enviada a todos os membros daquela Corte antes mesmo da instauração da sindicância, a saber (fl. 1121):

"(a) manifestação da Procuradoria da República em Goiás,

(b) decisão do Juiz Federal Substituto da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, referente ao Processo n. 200.35.00.001517-9,

(c) 01 (um) Catálogo-índice,

(d) 01 (um) Relatório de Inteligência,

(e) 01 (um) CD, e

(f) 04 (quatro) volumes de escutas telefônicas, além de 02 dois envelopes contendo 16 (dezesseis) CDS identificados com os seguintes dizeres: "*Operação diamante*" – Relatório Geral – Conexão Brasília."

Quanto à específica acusação de que o impetrante auxiliava advogados na elaboração e revisão de peças, reporto-me a trecho da justificação de conduta:

"Esse advogado, Márcio de Assis Borges, conheço desde que estive no Ceará, como juiz federal, e ele, como Chefe do Jurídico da Caixa Econômica Federal. Sempre foi um dileto amigo, colega de trabalho de meu irmão, e, assim sendo, por diversas vezes, mesmo em questões atinentes aos interesses da CEF, me consultou sobre as melhores medidas jurídicas a serem tomadas, se as petições e trabalhos preparados por ele estavam bons, sempre recebendo de mim um certo ar de reprimenda, mas sem que eu me furtasse a dar algum palpite." (Fls. 1109-1117.)

Vê-se que, ao requerer a instauração da sindicância, o impetrante já apresentava sua versão dos fatos em que estava envolvido. Não há, pois, que se falar em desconhecimento do teor das acusações que sobre ele recaíam.

Por conseguinte, como reiteradamente ressaltaram os desembargadores que analisaram a questão, o impetrante não sofreu prejuízo algum em virtude do não cumprimento formal do referido dispositivo (art. 27, § 1º, da Loman).

Rejeito, portanto, esse fundamento e passo ao seguinte: da ilicitude da prova.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Joaquim Barbosa, Vossa Excelência me permite?

Concordamos que, na sindicância, não há necessidade de se ouvir possíveis envolvidos. Não há. Houve realmente manifestação na sindicância, mas o que acontece é que essa manifestação, ocorrida sem necessidade maior, a meu ver – aí divergimos, pois Vossa Excelência mesmo admite que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), formalmente, não foi observada –, não substitui aquela outra manifestação, com ou sem sindicância, que deve anteceder à deliberação de instauração do processo administrativo pelo Tribunal. A nossa diferença está apenas aí.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Pois é, mas eu interpreto qual é o objetivo desse dispositivo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Eu sei. Vossa Excelência interpreta de forma coerente com o que tem sustentado no Tribunal.

Só quero, Presidente, frisar que distingo a manifestação, que não está nem sequer prevista na Loman, na fase de sindicância, da manifestação – principalmente quando houve a sindicância apuratória conclusiva, no sentido de instauração do processo – que deve preceder a deliberação do Colegiado. É a nossa única diferença.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Vossa Excelência me permite, só para relembrar – penso que só a Ministra Ellen Gracie ainda não proferiu voto.

Usei deste argumento na minha intervenção e isso consta dos debates: que, não obstante tivesse reconhecido que, eventualmente, poderia ter havido uma defesa prévia, o que me pareceu, com o devido respeito, é que, exaurido o procedimento administrativo – com ampla defesa, produção irrestrita de prova, com reconhecimento do ilícito administrativo cometido que deu base à aplicação da pena –, perde o sentido cogitar-se da necessidade de uma defesa prévia, que teria apenas a finalidade de emitir um juízo sobre a admissibilidade do procedimento administrativo. Noutras palavras, quando se chega ao fim de um processo, com julgamento, condenação e com trânsito em julgado – não era o caso de processo jurisdicional, mas procedimento administrativo –, cogitar-se, depois da coisa julgada – que já examinou todas as provas, com a ampla defesa do réu etc. –, que se deve começar novamente a ação penal ou, no caso, o procedimento administrativo por um juízo preliminar de admissibilidade, parece-me não ter sentido prático. Se, no mérito, em relação aos fatos, com ampla defesa, isso já foi reconhecido, por que se vai fazer um juízo preliminar?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Tem sentido jurídico. A meu ver, a formalidade prevista na Loman, ou seja, a audição de envolvido antes da deliberação do tribunal sobre a abertura do processo administrativo é formalidade essencial à valia do ato, mesmo porque se pode chegar, no processo administrativo, a ato prejudicial àquele que deveria ter sido ouvido antes.

Não tenho a menor dúvida. Na fase do processo administrativo, depois de instaurado, houve abertura de espaço para a defesa à exaustão, mas não houve o atendimento a essa formalidade que, certo ou errado, porque está na Loman, entendo como essencial à valia do ato. De que ato? A deliberação do Colegiado quanto à abertura do processo administrativo. Só isso.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhor Presidente, ainda reitero, no caso, houve, sim, essa manifestação, mas ela só não teve o rótulo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Estou apenas esclarecendo, não estou discutindo. O voto está escrito, será juntado ao processo e ficará nos anais da Corte.

A beleza do Colegiado está justamente nisto: é o somatório de forças distintas, cada qual dando a sua contribuição de acordo com a ciência e consciência possuídas. Respeito opiniões em contrário.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Posso prosseguir, Senhor Presidente?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Vossa Excelência prossegue.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): O segundo tópico sobre o qual o Ministro Marco Aurélio diverge:

> Segundo afirma o impetrante, a prova usada no PAD foi colhida em conversas telefônicas obtidas em interceptações de ligações do celular do filho, Igor da Silveira. Sustenta que se trata de prova ilícita, dada a ilegalidade da autorização judicial de quebra do sigilo telefônico concedida por juiz incompetente e uma vez ausentes indícios razoáveis de autoria e participação de Igor em alguma infração penal. Ademais, alega inexistência de fundamentação nas sucessivas prorrogações da quebra de sigilo telefônico.
>
> Sustenta que o magistrado que determinou a medida extrema (Juízo da 5ª Vara da Seção Judiciária de Goiás) tinha conhecimento de que as investigações envolviam parlamentar (deputado federal), de sorte que a autoridade competente para determinar a quebra de sigilo telefônico seria esta Corte Suprema de Justiça.
>
> Por fim, argumenta que as provas obtidas por meio de interceptações telefônicas, à luz da Carta Magna, apenas são admitidas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, de modo que são imprestáveis para embasar procedimento administrativo. Nesse sentido, afirma que a interceptação telefônica não pode servir de prova "emprestada" para o procedimento administrativo.
>
> Senhora Presidente, no exame dos autos, não vislumbro ilegalidade na decretação da quebra de sigilo telefônico do filho do impetrante, considerado peça-chave no esquema de venda de *habeas corpus* para traficantes de entorpecentes. De fato, Igor da Silveira não possui foro privilegiado, e a quebra de sigilo telefônico ocorreu na fase de inquérito policial, de sorte que é aplicável o entendimento firmado pela Corte no julgamento do HC 81.260 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence):
>
> > "IV. Interceptação telefônica: exigência de autorização do 'juiz competente da ação principal' (Lei 9.296/96, art. 1º): inteligência. 1. Se se cuida de obter a autorização para a interceptação telefônica no curso de processo penal, não suscita dúvidas a regra de competência do art. 1º da L. 9296/96: só ao juiz da ação penal condenatória – e que dirige toda a instrução – caberá deferir a medida cautelar incidente. 2. Quando, no entanto, a interceptação telefônica constituir medida cautelar preventiva, ainda no curso das investigações criminais, a mesma norma de competência há de ser entendida e aplicada com temperamentos, para não resultar em absurdos patentes: aí, o ponto de partida à determinação da competência para a ordem judicial de interceptação – não podendo ser o fato imputado, que só a denúncia, eventual e futura, precisará –, haverá de ser o fato suspeitado, objeto dos procedimentos investigatórios em curso. 3. Não induz à ilicitude da prova resultante da interceptação telefônica que a autorização provenha de Juiz Federal – aparentemente competente, à vista do objeto das investigações policiais em curso, ao tempo da decisão – que, posteriormente, se haja declarado incompetente, à vista do andamento delas."
>
> Ressalto que o juiz federal de Goiás autorizou, ainda na fase do inquérito policial, a interceptação telefônica de supostos envolvidos no crime de tráfico de entorpecentes, entre eles Igor da Silveira, **que nunca se beneficiou de foro por**

prerrogativa de função. Não constam dos autos autorizações para quebra de sigilos telefônicos de membros do Judiciário ou do Legislativo Federal. No bojo das interceptações, foram encontrados indícios de outras condutas ilícitas, razão por que houve por bem o juiz federal de Goiás remeter as provas para os juízos competentes. Foi assim que chegou ao Tribunal Regional Federal a notícia do envolvimento de magistrados daquela Corte em supostas práticas ilegais.

Neste ponto, transcrevo trecho do parecer do procurador-geral da República, que bem analisa a questão:

> "As assertivas quanto à falta de motivação para a quebra de sigilo telefônico de Igor da Silveira absolutamente não prosperam. Nota-se não somente do relatório da sindicância e do PAD, mas igualmente dos sucessivos requerimentos e decisões da Justiça Federal de Goiás, que o filho do impetrante era peça chave da denominada "Conexão Brasília" e, ao contrário do afirmado pelo impetrante, a conduta por aquele perpetrada se consubstancia francamente em conduta penal típica em tese, já que a "busca de meios junto ao TRF-1 (fls. 21) estava se dando de maneira legalmente duvidosos.
>
> Despiciendos se tornam, portanto, outros comentários sobre a argumentação do impetrante no ponto.
>
> Quanto à ilegalidade do envio da prova colhida pelo Juízo Federal de Goiás e enviada ao TRF/1ª Região, igualmente infundadas as assertivas. Certo, pois, naquele Juízo se processava regularmente o inquérito, tendo sido determinadas as quebras de sigilo respectivas, a requerimento da Polícia Federal.
>
> Após isso, verificando indícios de prática consistente em ilícito administrativo perpetradas pelo impetrante (art. 35, VIII, da Loman), enviou os autos ao presidente do TRF/1ª Região, para as providências cabíveis.
>
> Nada mais correto a conduta tanto do magistrado de primeira instância em Goiás, quanto do TRF/1ª Região em analisar as provas para apurar a conduta do impetrante e de sua mulher."
>
> (Fl. 1799.)

As denúncias foram apuradas e investigadas no âmbito interno da Corte, que de maneira alguma poderia ignorar os documentos recebidos e, muito menos, deixar de averiguar o possível desvio de conduta de um de seus integrantes.

Quanto à possibilidade de uso da prova obtida mediante interceptações telefônicas no processo administrativo ou no processo civil, a chamada "prova emprestada", comungo do entendimento esposado por Ada Pellegrini e outros na obra *As nulidades do processo penal*, na qual está consignado o seguinte:

> "Pensamos ser possível o transporte da prova. O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável."

No caso, a inviolabilidade da comunicação telefônica foi licitamente afastada. Os fatos referentes ao impetrante que vieram à tona são fruto de prova licitamente obtida. Assim, não há razão para deixar de usá-los no PAD, ainda mais quando cotejados com outras provas, em especial os depoimentos de todos os envolvidos.

Por conseguinte, considero lícitas essas provas, as quais, analisadas em cotejo com o conjunto probatório do procedimento administrativo disciplinar, fundamentaram a decisão pela aposentadoria compulsória do impetrante.

Eu rejeito também esse fundamento. Mantenho o meu voto também nesse ponto, Senhor Presidente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Vossa Excelência confirma o seu voto?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): A divergência do Ministro Marco Aurélio foi sobre esses dois pontos. Eu estou mantendo o meu voto.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, vou pedir vênia aos Ministros Eros Grau e Marco Aurélio para acompanhar o Relator e os demais Colegas que o seguiram.

Não vejo presente o direito que seria necessariamente líquido e certo para desfazer o ato impugnado.

Denego a segurança.

EXTRATO DA ATA

MS 24.803/DF — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Impetrante: Eustáquio Nunes Silveira (Advogado: José Eduardo Rangel de Alckmin). Impetrados: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União) e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Listiconsortes passivos: Leomar Barros Amorim de Souza (Advogados: Augusto Cláudio F. Guterres Soares e outro) e Neuza Maria Alves da Silva (Advogado: Sérgio Roberto Roncador).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, preliminarmente, excluiu da causa a Juíza Neusa Maria Alves da Silva, por votação unânime. E, no mérito, por maioria, denegou a ordem, nos termos do voto do Relator, contra os votos dos Ministros Eros Grau e Marco Aurélio. Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente), com voto na assentada anterior. Ausentes, justificadamente, porque em representação do Tribunal no exterior, o Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente) e, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello e Menezes Direito.

Presidência do Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Presente 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.

———

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 27.872 — DF

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Recorrente: Ministério Público Militar — Recorrido: Superior Tribunal Militar

Competência criminal. Recurso ordinário em mandado de segurança. Inquérito policial militar. Requisição por promotor de justiça militar. Membro do Ministério Público da União. Competência do Tribunal Regional Federal para processar e julgar eventual *habeas corpus*. Art. 108, I, *a*, c/c art. 128, I, *c*, da CF. Precedentes. Recurso provido.

1. O presente recurso ordinário em mandado de segurança visa ao reconhecimento da incompetência do Superior Tribunal Militar para determinar o trancamento de inquérito policial militar instaurado por requisição do Ministério Público Militar.

2. O Ministério Público Militar integra o Ministério Público da União, nos termos do disposto no art. 128, I, *c*, da Constituição Federal, sendo que compete ao Tribunal Regional Federal processar e julgar os membros do Ministério Público da União (art. 108, I, *a*, CF).

3. Consoante já decidiu esta Corte, "em matéria de competência para o *habeas corpus*, o sistema da Constituição Federal – com a única exceção daqueles em que o coator seja Ministro de Estado (CF, arts. 105, I, *c*; e 102, I, *e*) –, é o de conferi-la originariamente ao Tribunal a que caiba julgar os crimes da autoridade que a impetração situe como coator ou paciente (CF, arts. 102, I, *d*; 105, I, *c*)" (RE 141.209, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 20-3-1992).

4. Desse modo, se o IPM foi instaurado por requisição de membro do Ministério Público Militar, este deve figurar como autoridade coatora (RHC 64.385/RS, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 7-11-1986), cabendo ao Tribunal Regional Federal o julgamento de eventual *habeas corpus* impetrado contra a instauração do inquérito.

5. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 2 de março de 2010 — Ellen Gracie, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pelo Ministério Público Militar contra decisão do Superior Tribunal Militar que rejeitou agravo regimental anteriormente aforado perante aquela Corte (AR 2008.01.000712-2/DF).

Narra o recorrente que foi impetrado *habeas corpus* contra ato do Comandante do 4º Distrito Naval, que, em virtude de requisição do Ministério Público Militar, determinou a instauração de IPM a fim de apurar condutas, em tese delituosas, noticiadas pelo Sr. Antônio Bertino Nogueira Filho (fl. 154).

Informa que, no julgamento do referido *habeas corpus*, o Superior Tribunal Militar deferiu a ordem para trancar o inquérito policial militar instaurado.

Alega o recorrente, em síntese, que, "uma vez que o inquérito em questão foi instaurado a partir de requisição do Ministério Público Militar, a qual deve ser obrigatoriamente observada e executada pela autoridade militar, a parte passiva legítima da ação de *habeas corpus* é o representante do Ministério Público que requisitou a abertura da inquisa, e não a autoridade militar" (fl. 154).

Argumenta, ainda, que a competência para julgar *habeas corpus* contra membro do Ministério Público da União é do Tribunal Regional Federal (art. 108, I, *a*, da CF).

Assim, aduz que a decisão do Superior Tribunal Militar violou regra de competência absoluta, bem como o direito líquido e certo do Ministério Público Militar de participar, como parte legítima do referido *habeas corpus*, do contraditório e do devido processo legal.

Requer, desse modo, a anulação do processo de HC 2007.01.034381-4/PA, que tramitou no Superior Tribunal Militar.

2. Despacho determinando a intimação dos advogados Carlos Eduardo Resende de Melo, Henrique Machado Borges e João Mateus Borges da Silveira, para apresentarem contrarrazões ao recurso ordinário (fl. 162v.).

3. Contrarrazões apresentadas às fls. 168/181 alegando, preliminarmente: o trânsito em julgado da decisão proferida no julgamento do HC 2007.01.034381-4/PA, a inadmissibilidade de mandado de segurança contra decisão transitada em julgado (Súmula 268/STF) e a ausência de citação dos demais interessados na lide, especialmente os pacientes favorecidos com a decisão atacada. No mérito, argumenta que os crimes apurados no inquérito trancado eram de natureza militar, sendo, portanto, inegável a competência da Justiça Castrense. Além disso, haveria preclusão lógica quanto à competência, já que o Ministério Público Militar emitiu parecer favorável ao trancamento do IPM, quando do julgamento do *habeas corpus* pelo Superior Tribunal Militar.

4. Parecer da Procuradoria-Geral da República opinando pelo provimento do recurso (fls. 203-213).

5. Ofício do Superior Tribunal Militar informando que o Dr. Carlos Eduardo Resende de Melo figurou como advogado de todos os Pacientes do HC 2007.01.034381-4/PA (fls. 229-230).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. O presente recurso ordinário em mandado de segurança visa ao reconhecimento da incompetência do Superior Tribunal Militar para determinar o trancamento de inquérito policial militar instaurado por requisição do Ministério Público Militar.

2. No tocante à preliminar suscitada de existência de coisa julgada em relação ao *habeas corpus* impetrado no STM, foi precisa a análise da douta Procuradoria-Geral da República (fls. 206-208):

> No caso presente, como se verá a seguir, a coisa julgada não se formou na data certificada pelo Superior Tribunal Militar, a saber, dia 11 de março de 2008.
>
> Com efeito, *Antonio Bertino Nogueira Filho*, noticiante dos fatos que resultaram na instauração do IPM n. 41/07, ciente, em 06 de março de 2008 (data da publicação do acórdão no *Diário da Justiça Eletrônico*), da decisão proferida no *habeas corpus* n. 2007.01.034381-4, que determinou o trancamento do IPM, protocolou, em 11 de março de 2008, dentro do quinquídio legal (art. 540, CPPM), portanto, os devidos embargos declaratórios.
>
> Sendo assim, não poderia o Superior Tribunal Militar, diante da oposição de embargos declaratórios dentro do prazo legal, certificar, no mesmo dia em que opostos, o trânsito em julgado da decisão combatida.
>
> E mais: não poderia o Superior Tribunal Militar assim proceder tendo em vista que se encontra em curso o prazo para a interposição de recurso extraordinário.
>
> Vê-se, pois, que **a declaração do trânsito em julgado do acórdão concessivo da ordem em *habeas corpus* se deu de forma prematura, não tendo ocorrido o referido trânsito em julgado no prazo em que certificado pelo Superior Tribunal Militar.**
>
> Não se ignora que o mencionado recurso de embargos não foi conhecido pelo Superior Tribunal Militar, que considerou o embargante parte ilegítima:
>
> > "O Tribunal, por unanimidade, preliminarmente não conheceu dos presentes Embargos Declaratórios, por falta de legitimidade do recorrente."
>
> Da decisão que não conheceu dos embargos declaratórios, contudo, foi interposto recurso extraordinário (RE 2008.01.000504-3/PA) que, não conhecido, ensejou a interposição de agravo de instrumento, a fim de que aquele recurso subisse a este Supremo Tribunal Federal. Contudo, a ilustre Ministra Relatora, atendo-se à data (equivocada, saliente-se) do trânsito em julgado certificada pelo Superior Tribunal Militar – 11 de março de 2008 –, julgou prejudicado o agravo, restando, ao recorrente, a interposição do agravo regimental.
>
> **Conclui-se, então, pela inocorrência do trânsito em julgado da decisão proferida no *habeas corpus* n. 2007.01.034381-4, o que retira a validade da certidão expedida pelo Superior Tribunal Militar.**
>
> Vale registrar que o próprio Superior Tribunal Militar, quando do julgamento do recurso extraordinário n. 2008.01.000504-3/PA, reconheceu a interposição

tempestiva tanto dos embargos declaratórios quanto do recurso então em julgamento. Ora, se há tempo para a interposição de recurso, é porque a coisa julgada ainda não se formou. Confira-se:

> "O recurso é tempestivo. A Defesa do Recorrente opôs, tempestivamente, Embargos de Declaração, em 11/03/08, contra o Acórdão proferido nos autos do *Habeas Corpus* já citado, publicado em 06/03/2008. como a oposição de embargos de declaração interrompe o prazo para a interposição de quaisquer outros recursos, salvo quando manifestamente protelatórios, o prazo para recorrer extraordinariamente começou a contar apenas da publicação do Acórdão dos referidos embargos. Tal publicação ocorreu em 25/04/2008. O presente recurso foi interposto em 05/05/2008, portanto dentro dos 15 (quinze) dias legalmente previstos no art. 26, da Lei n. 8.038/90, de 28 de maio de 2008."
> (RE n. 2008.01.000504-3/PA.)

Patente, assim, o equívoco da Justiça Militar em atestar a data do trânsito em julgado do acórdão proferido no *habeas corpus* n. 2007.01.034381-4 como sendo o dia 11 de março de 2008, quando este, ainda hoje, não ocorreu.

Afasto, assim, a alegação de coisa julgada.

3. Quanto à necessidade de litisconsórcio passivo necessário dos demais interessados na lide, verifico que os pacientes do *habeas corpus* impetrado no Superior Tribunal Militar foram devidamente intimados.

Com efeito, ao impetrar o presente *mandamus*, o Ministério Público Militar requereu, expressamente, a citação de todos os pacientes que figuraram no HC 2007.01.034381-4/PA (fl. 10).

O ato citatório não foi realizado, já que o Ministro Relator negou seguimento ao mandado de segurança (fls. 88-93).

Entretanto, após a interposição do presente recurso ordinário, houve a devida intimação do advogado dos pacientes do HC 2007.01.034381-4/PA (fl. 162v.), que, inclusive, apresentou as respectivas contrarrazões recursais (fls. 168-181).

Tal fato foi confirmado pelo Superior Tribunal Militar, por meio da informação de fl. 230.

Desse modo, afasto, também, essa preliminar.

4. No mérito, a razão está com o impetrante.

Transcrevo, por oportuno, o seguinte trecho do parecer ministerial:

> Consta dos autos que o próprio *Ministério Público Militar* foi quem requisitou a instauração de inquérito policial militar a fim de que fossem apurados os fatos noticiados pelo Sr. *Antonio Bertino Nogueira Filho*.
>
> Como documentos comprobatórios, a requisição de instauração de IPM, à fl. 13, e a Portaria n. 141/Com 4º DN, de 16 de agosto de 2007, à fl. 14, a qual instaurou o IPM.
>
> Diante disso, não existem dúvidas de que o *Ministério Público Militar* é a autoridade coatora, e, como tal, legitimado a figurar na ação de *habeas corpus*.
>
> Nesse sentido já decidiu essa Corte, em precedente de que foi Relator o Ministro Sydney Sanches:

"*Inquérito policial. Requisição pelo Ministério Público. Impetração de habeas corpus contra juíza de direito. Writ que não deveria ter sido conhecido pelo Tribunal a quo, mas que este acabou denegando. recurso ordinário constitucional improvido, sem concessão da ordem de ofício porque a instauração de inquérito policial não configurou, no caso, constrangimento ilegal*." (RHC 64.385, *DJ* de 7-11-1986.)

No que tange à competência para processar e julgar o *habeas corpus*, esta é extraída do art. 108, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal. Com efeito, por se tratar de ação contra ato de membro do Ministério Público da União – *in casu*, Promotor da Justiça Militar –, atribui o texto constitucional referida competência ao Tribunal Regional Federal – *in casu*, ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Isto porque, sendo o Promotor da Justiça Militar integrante do Ministério Público da União, os seus atos estão sujeitos à jurisdição do Tribunal Regional Federal e não do Superior Tribunal Militar, cuja competência é restrita ao processo e julgamento dos crimes militares.

(...)

Assim, desrespeitados elementos essenciais ao devido processo legal, a saber, legitimidade e competência, têm-se como nulos os atos praticados na ação de *habeas corpus*, não podendo prevalecer o que nele decidido.

5. De fato, de acordo com os documentos de fls. 13 e 14, o inquérito trancado pelo Superior Tribunal Militar no julgamento do HC 2007.01.034381-4/PA foi instaurado pelo Comando do 4º Distrito Naval, por requisição do Ministério Público Militar.

Como se sabe, o Ministério Público Militar integra o Ministério Público da União, nos termos do disposto no art. 128, I, *c*, da Constituição Federal, sendo que compete ao Tribunal Regional Federal processar e julgar os membros do Ministério Público da União (art. 108, I, *a*, CF).

Consoante já decidiu esta Corte, "em matéria de competência para o *habeas corpus*, o sistema da Constituição Federal – com a única exceção daqueles em que o coator seja Ministro de Estado (CF, arts. 105, I, *c*; e 102, I, *e*) –, é o de conferi-la originariamente ao Tribunal a que caiba julgar os crimes da autoridade que a impetração situe como coator ou paciente (CF, arts. 102, I, *d*; 105, I, *c*)" (RE 141.209, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 20-3-1992).

6. Desse modo, se o IPM foi instaurado por requisição de membro do Ministério Público Militar, este deve figurar como autoridade coatora (RHC 64.385/RS, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 7-11-1986), cabendo ao Tribunal Regional Federal o julgamento de eventual *habeas corpus* impetrado contra a instauração do inquérito.

7. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou nesse sentido, em casos semelhantes, como se depreende dos seguintes arestos:

Competência criminal. Habeas corpus. Inquérito policial. Requisição por procurador da República. Membro do Ministério Público da União. Incompetência do Juízo estadual. Feito da competência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Conflito aparente de normas entre o art. 96, III; e o art. 108, I, *a*, c/c o 128, I, *d*, todos da CF. Aplicação do princípio da especialidade. Precedentes. Recurso provido.

Não cabe a Juízo da Justiça estadual, mas a Tribunal Regional Federal, conhecer de pedido de *habeas corpus* contra ato de membro do Ministério Público Federal.
(RE 377.356/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJE* 227, 27-11-2008.)

1. *Competência criminal. Habeas corpus.* Inquérito policial. Requisição por promotor de justiça do Distrito Federal. Membro do Ministério Público da União. Incompetência do Tribunal de Justiça. Feito da competência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Conflito aparente de normas entre o art. 96, III, e o art. 108, I, *a*, c/c o 128, I, *d*, todos da CF. Aplicação do princípio da especialidade. Precedentes. Recurso provido. Não cabe ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal, mas ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, conhecer de *habeas corpus* contra ato de membro do Ministério Público do Distrito Federal. 2. *Inquérito criminal*. Falta de justa causa. Trancamento definitivo. Procurador do Distrito Federal. Exercício legítimo da advocacia privada. Defesa de réu em processo penal por delito contra a ordem tributária. Crédito fiscal do Distrito Federal, que, no entanto, não é parte do processo. Suspensão condicional deste, mediante pagamento do débito. Requerimento de extinção da punibilidade. Delito de patrocínio infiel (art. 355 do CP). Não caracterização em tese. Atipicidade do comportamento. *Habeas corpus* concedido de ofício. Voto vencido. Não pratica crime de patrocínio infiel, o procurador de ente federativo que, autorizado por lei a exercer advocacia privada, defende réu em processo por crime contra a ordem tributária, cujo tributo seria devido ao mesmo ente, cujos interesses não estavam confiado a seu patrocínio.
(RE 467.923/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 4-8-2006.)

8. Portanto, a decisão do Superior Tribunal Militar no julgamento do HC 2007.01.034381-4/PA é nula, em razão da sua incompetência para processar e julgar o feito.

9. Ante o exposto, dou provimento ao recurso para anular *ab initio* o processo referente ao HC 2007.01.034381-4/PA, determinando o encaminhamento dos autos ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região para processo e julgamento do feito.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

RMS 27.872 — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Recorrente: Ministério Público Militar. Recorrido: Superior Tribunal Militar (Procurador: Procurador-Geral da República).

Decisão: Dado provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora. Votação unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Presidência do Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 2 de março de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 87.817 — PB

Relator: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Paciente: Marcos Antônio Souto Maior — Impetrantes: Luís Alexandre Rassi e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Denúncia. Recebimento. Quebra da ordem cronológica de precatório. Sequestro de valores. Crime de prevaricação e crime de responsabilidade. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nesta parte, indeferido. 1. Crime de prevaricação. Nulidade do recebimento da denúncia. Transação penal não formalizada. Ausência de impugnação no momento próprio (art. 72, Lei 9.099/1995). Indeferimento. 2. Crime de responsabilidade. Denúncia recebida após o afastamento do cargo de Presidente de Tribunal de Justiça estadual. Pedido não conhecido, ante o fato de não ser imputada pena privativa de liberdade. 3. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nesta parte, indeferido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecerem parcialmente o pedido de *habeas corpus* e, nesta parte, indeferi-lo.

Brasília, 17 de novembro de 2009 — Gilmar Mendes, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por *Luís Alexandre Rassi*, em favor de *Marcos Antônio Souto Maior*.

Nestes autos, a defesa questiona decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferida nos autos da Ação Penal 414/PB, de relatoria da Ministra Eliana Calmon.

O paciente, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (TJPB), foi denunciado pela suposta prática dos seguintes delitos, ocorridos enquanto exercia as funções de Presidente daquela Corte:

a) quebra da ordem cronológica de apresentação dos precatórios, nos termos do art. 100, § 6º, da Constituição Federal (CF);

b) atuação em processo em que seria suspeito em razão de suposta "amizade íntima" (art. 39, n. 2, da Lei 1.079/1950 – crime de responsabilidade); e

c) prática de ato de ofício contra expressa disposição de lei, para beneficiar amigo seu [art. 319 do Código Penal (CP) – crime de prevaricação].

Em 7 de dezembro de 2005, a Corte Especial do STJ, por maioria, recebeu parcialmente a denúncia contra o paciente pela suposta prática dos crimes de prevaricação (art. 319 do CP) e de quebra da ordem de precatórios (art. 100, § 6º, da CF) e, por unanimidade, determinou o afastamento do réu do cargo de Desembargador. Eis a ementa desse julgado (*DJ* de 18-12-2006):

> *Penal e processo penal – Denúncia – Recebimento – Crime de responsabilidade (Lei 1.079/50) e crime de prevaricação (art. 319 do CP).*
>
> 1. Materialidade e autoria em prova indiciária suficiente para receber a denúncia por crime de responsabilidade contra autoridade judicial que não obedeceu à ordem dos precatórios, determinando o sequestro de valores para pagamento.
>
> 2. Tipificação por indícios do crime de prevaricação, pela indicação de amigo íntimo do denunciado como beneficiário do pagamento de precatório, sem obediência à ordem cronológica.
>
> 3. Denúncia recebida em parte com afastamento do cargo.
>
> (AP 414/PB, Rel. Min. Eliana Calmon, Corte Especial do STJ, *DJ* de 18-2-2006.)

Com relação às disposições do art. 39, n. 2, da Lei 1.079/1950, a Ministra Relatora, Eliana Calmon, assim fundamentou seu voto pelo recebimento parcial da denúncia: "Deixo de receber a denúncia, entretanto, quanto ao delito do art. 39, n. 2, por entender que ele só se aplica quando está o magistrado no exercício da função jurisdicional" (fl. 39).

Nestes autos, as alegações da impetração, em síntese, são as seguintes:

a) quanto ao crime de responsabilidade, a permanência no cargo de Presidente de Tribunal deve ser interpretada como condição de procedibilidade para o recebimento da denúncia;

b) a ilegitimidade ativa do MPF para o oferecimento da denúncia, nos termos do art. 41-A da Lei 1.079/1950;

c) diante da natureza distinta das infrações tipicamente penais e os denominados "crimes de responsabilidade", o MPF não poderia ter cumulado a persecução penal; e

d) no que se refere ao crime de prevaricação (CP, art. 319), o delito deve ser classificado como infração de menor potencial ofensivo, o qual, por sua vez, sujeitar-se-ia à possibilidade de oferecimento de transação penal pelo *Parquet* Federal.

Por fim, a inicial requer:

> que seja decretada a extinção de punibilidade do crime de responsabilidade, bem como, imprescindível a decretação da nulidade do acórdão que recebeu a denúncia, para que seja, oportunizada manifestação do *Parquet* quanto ao oferecimento da transação penal do suposto delito subsistente.
>
> (Fl. 23.)

Em 8 de maio de 2006 (*DJ* de 16-5-2006; fls. 123-128), neguei seguimento ao pedido formulado neste *habeas corpus*, adotando os seguintes fundamentos, *verbis*:

(...) Cabe dizer que o *habeas corpus* é o meio adequado para proteger o direito de ir e vir do cidadão em face de violência ou coação ilegal.

No caso concreto, a decisão do STJ determinou o afastamento do paciente do cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

Tal decisão não afeta a liberdade de locomoção do paciente, conforme reiterada jurisprudência da Corte. Assim sendo, revela-se incabível o manejo do *habeas corpus* na situação dos autos.

Nesse sentido, arrolo os seguintes precedentes: HC 84.816/PI, Rel. Min. Carlos Velloso (Segunda Turma, unânime; *DJ* de 06-5-2005); HC 84.420/PI, Rel. Min. Carlos Velloso (Segunda Turma, unânime; *DJ* de 27-8-2004); HC 84.326-AgR/PE, Rel. Min. Ellen Gracie (Segunda Turma, unânime; *DJ* de 1º-10-2004); HC 83.263/DF, Rel. Min. Nelson Jobim (Segunda Turma, unânime; *DJ* de 16-4-2004); HC 77.784/MT, Rel. Min. Ilmar Galvão (Primeira Turma, unânime; *DJ* de 18-12-1998).

Assim sendo, nego seguimento ao pedido formulado neste *habeas corpus* por ser manifestamente incabível, nos termos do art. 21, § 1º, do RISTF.

(Fls. 127/128.)

Contra essa decisão, em 22 de maio de 2006, foi interposto agravo regimental (petição 64.724/2008; fls. 131-139).

Em 26 de fevereiro de 2007 (*DJ* de 5-3-2007; fls. 141-152), reconsiderei a decisão de 8 de maio de 2006 tão somente para que a tramitação e apreciação do feito prosseguisse. Continuando, indeferi o pedido de medida liminar.

O Ministério Público Federal (MPF), em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, Wagner Gonçalves, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 233-239).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): Conforme mencionado no relatório, nestes autos, as alegações da impetração, em síntese, são as seguintes:

a) quanto ao crime de responsabilidade, a permanência no cargo de Presidente de Tribunal deve ser interpretada como condição de procedibilidade para o recebimento da denúncia;

b) ilegitimidade ativa do MPF para o oferecimento da denúncia, nos termos do art. 41-A da Lei 1.079/1950;

c) diante da natureza distinta das infrações tipicamente penais e os denominados "crimes de responsabilidade", o MPF não poderia ter cumulado a persecução penal; e

d) no que se refere ao crime de prevaricação (CP, art. 319), o delito deve ser classificado como infração de menor potencial ofensivo, o qual, por sua vez, sujeitar-se-ia à possibilidade de oferecimento de transação penal pelo *Parquet* Federal.

Tocante à alegação de que a permanência no cargo de Presidente de Tribunal deve ser interpretada como condição de procedibilidade para o recebimento da denúncia (item *a* acima), a defesa afirma:

> A Lei 1.079/1950 em seu art. 42 vincula a admissibilidade da acusação à permanência do acusado no cargo, quando do oferecimento da denúncia:
>
> "Art. 42. A denúncia só poderá ser recebida se o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo."
>
> Assim sendo é de se considerar que o paciente não ocupava o cargo de direção "presidente do Tribunal de Justiça da Paraíba" quando do oferecimento da denúncia, mesmo considerando como oferecida a denúncia nos moldes do previsto no artigo 40 da citada Lei.
>
> Certo o fato de Presidência de Tribunal de Justiça ser *cargo de direção* e sendo certo que à violação do artigo 100 da Constituição só pode ser perpetrada por ocupante daquele cargo. Certo, também, que a aplicação da norma se dá sob a égide da Lei n. 1.079/1950 é patente a ausência de condição de procedibilidade da ação por crime de responsabilidade, pois, o paciente não mais exerce o Cargo de Presidente do Tribunal de Justiça da Paraíba, o que se deu em 07 de dezembro de 2005, data de recebimento da denúncia.
>
> Antes de qualquer movimentação no sentido de imputar fato definido como crime de responsabilidade ao paciente, este já não ocupava a Presidência do Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba.
>
> Assim, merece ser declarada extinta a ação do crime de responsabilidade, posto que ausente condição de procedibilidade inexiste condição de punibilidade como bem assenta a doutrina.
>
> (Fls. 12/13.)

O parecer do Ministério Público Federal (fls. 233-239), da lavra do Subprocurador-Geral da República, Wagner Gonçalves, aborda esse primeiro questionamento nos seguintes termos:

> 7. A denúncia imputou ao paciente três crimes diversos: (1) quebra da ordem cronológica de apresentação dos precatórios (§ 6º do art. 100 da CF), (2) atuação em processo em que era suspeito (art. 39, n. 2, da Lei 1079/50) e, por último, (3) prática de ato de ofício, contra expressa disposição de lei, para satisfazer o sentimento pessoal de beneficiar o Juiz Aluízio Bezerra, seu amigo e assessor especial (art. 319 do CP). O STJ não recebeu a denúncia no tocante ao art. 39, n. 2, da Lei 1079/50.
>
> 8. Como se vê, o paciente, em tese, praticou atos de sua inteira responsabilidade, dentro de sua competência funcional, na qualidade de administrador público, porque, em matéria de precatórios, age o Presidente do Tribunal como autoridade administrativa e não como julgador.
>
> 9. Sendo assim, são corretas as ponderações do impetrante no sentido de que o crime de responsabilidade foi praticado no exercício de função administrativa e não jurisdicional. Há equívoco na sua tese, entretanto, quando afirma ser condição de procedibilidade para a ação penal a permanência no cargo de Presidente. Se assim fosse, os eventuais atos ilegais praticados pelo paciente no período em que ocupou a Presidência, com denúncia ofertada após o término da gestão, ficariam impunes.
>
> (Fls. 233/239.)

Mostra-se de suma importância para o desate da questão, nesse ponto, distinguir o cargo público de Desembargador, de um lado, das funções temporárias de presidência do respectivo Tribunal por este desempenhadas, de outro.

A eventual conduta de Presidente de Tribunal, caracterizada pelo retardamento ou tentativa de frustração de liquidação regular de precatório, passou a constituir crime de responsabilidade pela vontade do constituinte derivado, que o fez através do § 5º, atual § 6º, do art. 100 da Magna Carta, incluído pela EC 30/2000, permitindo concluir que, com isso, mais uma causa de responsabilização foi introduzida na Lei 1.079/1950.

Se assim se deu, as únicas penas aplicáveis à nova hipótese criada pela Constituição da República, a exemplo do que ocorre com qualquer outro dos delitos de responsabilidade descritos em aludida espécie normativa, são aquelas cominadas em seu art. 2º, nos seguintes termos:

> Art. 2º Os crimes definidos nesta lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador-Geral da República.

Tendo em vista que os administradores, em tais casos, estão precipuamente sujeitos à perda do cargo, além da inabilitação para o exercício de qualquer função pública, coerentemente dispõe o art. 42 da mesma lei que:

> Art. 42. A denúncia só poderá ser recebida se o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo.

Aqui é que se coloca a questão: dada a tipificação de conduta específica de *Presidente de Tribunal*, operada pelo § 6º do art. 100 da Constituição da República, o término do mandato do Desembargador na administração da respectiva Corte faria incidir a causa impeditiva de procedibilidade tratada pelo art. 42 da Lei 1.079/1950, segundo pretende o impetrante, ou, diferentemente, poderia a perda do cargo ser ainda aplicada à pessoa do Desembargador já desligado da Presidência, conforme entende a Procuradoria-Geral da República?

A análise do dispositivo constitucional não deixa dúvida, a meu ver, de que a primeira hipótese é a correta, pois, de fato, nos exatos termos do § 6º do art. 100 da CF, o crime de responsabilidade somente pode ser praticado por *Presidente de Tribunal*, não podendo a pessoa do Desembargador que antes desempenhara as funções correspondentes, portanto, sofrer as sanções dispostas no art. 2º da Lei dos Crimes de Responsabilidade por expressa determinação legal, contida em seu próprio art. 42, já transcrito, nisso se considerando haver deixado definitivamente o cargo (de Presidente) antes do recebimento da denúncia, como no caso concreto.

Indicando-se, com isso, o descabimento do processo e julgamento por crime de responsabilidade, quer por ausente condição de procedibilidade, segundo acima exposto, quer por haver o próprio Superior Tribunal de Justiça rejeitado a denúncia quanto ao delito descrito no art. 39, 2, da Lei 1.079/1950,

resta prejudicado o exame da alegação de ilegitimidade ativa do MPF para a simultânea propositura da ação penal por crime de responsabilidade e por crime comum, restando, apenas, analisar a alegação de que o processo quanto ao crime remanescente de prevaricação (CP, art. 319), por classificado como de menor potencial ofensivo, reclamaria o oferecimento de transação penal pelo *Parquet* Federal (item *d* acima).

A propósito, sustentam os impetrantes:

> Importante frisar que, os documentos anexos, ou seja, certidão da Justiça Federal, Justiça Comum, Justiça Eleitoral atestam o preenchimento dos requisitos necessários para a abertura de oportunidade de realização de transação penal (art. 76, § 2º, da Lei 9.099/95).
> (Fl. 20.)

Sobre o tópico, é nesse sentido o parecer ministerial:

> 13. Quanto à transação penal, as informações encaminhadas pelo STJ dão conta que não houve, naquela instância, debate sobre a aplicação do instituto, *verbis* (fls. 157/158):
>
> > (...) Em nenhum momento manifestou-se o MPF sobre o instituto da transação, seguindo o processo sua marcha normal, até o momento imediatamente anterior ao recebimento da denúncia, quando a Subprocuradoria-Geral da República falou sobre os documentos apresentados pela defesa e pediu fosse recebida a denúncia (doc. 3).
> >
> > (...)
> >
> > A defesa, em nenhum momento, antes ou depois do recebimento da denúncia, falou sobre transação ou requereu a aplicação deste instituto. Em um primeiro momento, a defesa arguiu fato novo e peticionou, requerendo fosse a denúncia arquivada pela ocorrência de fato superveniente e, depois, debruçou-se sobre a denúncia para refutá-la, sem mencionar sequer o nome do instituto *Transação* (...)
>
> 14. O tema da transação penal, na realidade, só foi arguido na petição dos embargos, que foram rejeitados por tratarem de questionamentos novos, não mencionados no acórdão que recebeu a denúncia e tampouco levantados anteriormente na defesa preliminar (art. 4º da Lei 8.038/90). Como se sabe, os embargos são cabíveis quando há ambiguidade, obscuridade, omissão ou contradição, não se prestando ao debate de questões novas.
>
> 15. Enfim, não se verifica constrangimento ilegal a ser sanado. A denúncia preenche os requisitos formais, contendo a exposição dos fatos supostamente praticados, com todas as circunstâncias necessárias, consoante exige o art. 41 do CPP. Ao contrário do que sustenta a impetração, é plenamente possível a ação penal que apura conjuntamente crime de prevaricação e de responsabilidade. No caso dos autos, o feito tramita perante o Superior Tribunal de Justiça, sob o rito previsto na Lei 8.038/90, por possuir o paciente foro por prerrogativa de função.
> (Fls. 233/239.)

Como já adiantado no exame da liminar, o art. 61 da Lei 9.099/1995 define delito de menor potencial ofensivo da seguinte maneira:

> Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

O crime de prevaricação está disposto no art. 319 do Código Penal, nos seguintes termos:

> Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

Ou seja, em princípio, seria possível aplicar a transação penal ao crime de prevaricação, porque, no caso concreto, a pena máxima em abstrato especificamente aplicável a tal delito é de um ano.

Naquela oportunidade da apreciação do pedido liminar neste *habeas corpus*, determinei a solicitação de informações ao STJ quanto aos seguintes aspectos, *verbis*:

> a) ocorrência ou não de determinação judicial expressa quanto à admissibilidade das condições legais mínimas requeridas para a propositura de transação penal pelo Ministério Público; b) a existência de eventuais pedidos da defesa formulado(s) nos autos da Ação Penal 414/PB que, tenha(m) sido efetivamente apreciado(s) pelo Ministro Relator, com relação à transação penal; e c) a remessa das respectivas cópias dos documentos necessários para apreciação da matéria.
> (Fl. 152.)

Em resposta, a Ministra Eliana Calmon, Relatora da AP 414/PB, prestou as seguintes informações:

> Sr. Ministro,
>
> (...) passo a informar, especificamente, sobre os tópicos destacados por Vossa Excelência:
>
> a) ocorrência ou não de determinação judicial expressa quanto à admissibilidade das condições legais mínimas requeridas para a propositura de transação penal pelo Ministério Público Federal.
>
> Resposta: 1) o MPF ofereceu denúncia contra o paciente *Marcos Antônio Souto Maior*, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, indicando-o como incurso nas penas do art. 2º da Lei 1.079/50, nos termos do art. 100, § 5º, da Constituição Federal (Crime de Responsabilidade), em conexão com o delito do art. 319 do Código Penal (Prevaricação). Pediu o *Parquet* fosse observado o procedimento da Lei 8.038/90, arts. 1º a 12, como consta da peça desencadeadora da ação penal, que segue por cópia (doc. 1);
>
> 2) despachei nos autos ordenando o processo, conforme determinações constantes da decisão que junto às informações (doc. 2);
>
> 3) em nenhum momento manifestou-se o MPF sobre o instituto da transação, seguindo o processo a sua marcha normal, até o momento imediatamente anterior ao recebimento da denúncia, quando a Subprocuradoria-Geral da República falou sobre os documentos apresentados pela defesa e pediu fosse recebida a denúncia (doc. 3).

b) a existência de eventuais pedidos da defesa, formulados nos autos da Ação Penal 414/PB, que tenham sido efetivamente apreciados pelo Ministro Relator, com relação à transação penal.

Resposta: 1) a defesa, em nenhum momento, antes ou depois do recebimento da denúncia, falou sobre transação ou requereu a aplicação deste instituto. Em um primeiro momento, a defesa arguiu fato novo e peticionou, requerendo fosse a denúncia arquivada pela ocorrência de fato superveniente e, depois, debruçou-se sobre a denúncia para refutá-la, sem mencionar sequer o nome do instituto transação, conforme petitório, cuja cópia segue em anexo (doc. 4);

2) verifica-se do relatório do voto condutor do julgamento, que terminou por receber a denúncia, a menção expressa dos diversos tópicos abordados pela defesa, nos quais não há referência a pedido de transação.

c) Remessa das respectivas cópias dos documentos necessários para apreciação da matéria.

Resposta: conforme referência, seguem as cópias dos documentos que me parecem pertinentes, sendo importante informar que a primeira vez em que a defesa falou sobre transação penal foi na oportunidade em que, mudando o denunciado de patrono, foram opostos embargos de declaração (doc. 5), rejeitados à unanimidade pela Corte Especial, conforme voto condutor, cuja cópia é enviada (doc. 6).
(Petição 35.686/2007, fls. 157/158.)

Das informações prestadas pela Ministra Eliana Calmon, verifica-se que a transação penal não foi discutida perante o STJ, deixando o Ministério Público Federal de propô-la e, também, não havendo o denunciado requerido sua realização, o que poderia ter feito a qualquer tempo antes do recebimento da denúncia, para tanto dispondo da fase de defesa preliminar tratada pelo art. 4º da Lei 8.038/1990.

A transação, tal qual disposta no art. 72 da Lei 9.099/1995, constitui providência cabível exclusivamente na fase pré-processual, colocada à disposição tanto da parte acusatória – que pode propô-la – quanto da defesa – a quem cabe reclamar da falta de proposta –, pela qual se mostra possível evitar o início da ação mediante mútuas concessões. Assim, entendendo o *Parquet* cabível a providência, e uma vez atendidas as condições legais, pode o denunciado aceitar a submissão ao cumprimento imediato de pena não privativa de liberdade.

A órgão julgador restará, tão somente, homologar o eventual acordo ou dar prosseguimento à ação, recebendo ou não a denúncia, caso a transação não se concretize.

Se, entretanto, silenciou o acusador em ofertar a transação e, principalmente, optou o denunciado por nada requerer no tempo certo, ou seja, até o efetivo recebimento da denúncia, resulta preclusa a possibilidade de aplicação do art. 72 da Lei 9.099/1995, por já iniciada a ação penal, mostrando-se incongruente, a partir de então, a tomada de providências tendentes a evitar o início de processo em verdade já iniciado.

É nesse sentido a posição firmada nesta Suprema Corte. Confira-se:

Ementa: I – Transação penal (Lei 9.099/1995): hipótese de conciliação pré-processual, que fica preclusa com o oferecimento da denúncia ou, pelo menos, com

o seu recebimento sem protesto, se admite, na hipótese, a provocação do Juiz ao Ministério Público, de ofício ou a instâncias da defesa.

II – Transação penal: inaplicabilidade ao processo por crime de abuso de autoridade, que se sujeita a procedimento especial (Lei 4.898/1965).

(HC 77.216-8/RO, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, publicado no *DJ* de 21-8-1998.)

Posto isso, defiro parcialmente a ordem, trancando a ação no que diz com a acusação de crime de responsabilidade, devendo a mesma prosseguir, todavia, relativamente ao suposto delito de prevaricação, segundo tipificado no art. 319 do Código Penal.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, vou pedir vênia para divergir com relação à condição de procedibilidade.

Entendo que essa condição de procedibilidade continua atendida na medida em que o Desembargador permanece no exercício do cargo de Desembargador. Se ele tivesse deixado o cargo de Desembargador, aí, sim, eu entenderia que o dispositivo da lei que disciplina os crimes de responsabilidade estaria sendo atendido. Mas nessa situação, não.

Por outro lado, na verdade, o que se está é criando, de maneira oblíqua, uma modalidade de extinção da punibilidade generosíssima. Basta que o indivíduo pratique determinado crime na Presidência de um Tribunal e, um mês depois, ele deixa essa Presidência e não responde por esse crime.

Portanto, peço vênia para divergir nesse ponto. No mais, acompanho.

EXTRATO DA ATA

HC 87.817/PB — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Paciente: Marcos Antônio Souto Maior. Impetrantes: Luís Alexandre Rassi e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após o voto do Ministro Relator, que deferia, em parte, a ordem, acompanhado pelo Ministro Eros Grau, e após a divergência do Ministro Joaquim Barbosa, que indeferia a ordem também em relação ao crime de responsabilidade, pediu vista o Ministro Cezar Peluso. Falou, pelo paciente, o Dr. Luis Alexandre Rassi e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Mário José Gisi. Não participou do julgamento a Ministra Ellen Gracie. Presidiu este julgamento o Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Compareceu à Turma o Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Tribunal, a fim de julgar processos a ele vinculados, assumindo, nesta ocasião, a Presidência da

Turma, de acordo com o art. 148, parágrafo único, RISTF. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 16 de dezembro de 2008 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Cezar Peluso: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado por *Luís Alexandre Rassi*, em favor de *Marcos Antônio Souto Maior*. Valho-me do relatório elaborado pelo Ministro Relator, *Gilmar Mendes*, para recordar o caso:

> Nestes autos, a defesa questiona decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferida nos autos da Ação Penal 414/PB, de relatoria da Ministra Eliana Calmon.
>
> O paciente, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (TJPB), foi denunciado pela suposta prática dos seguintes delitos, ocorridos quando exercia as funções de Presidente daquela Corte:
>
> a) quebra da ordem cronológica de apresentação dos precatórios, nos termos do art. 100, § 6º, da Constituição Federal (CF);
>
> b) atuação em processo em que seria suspeito em razão de suposta "amizade íntima" (art. 39, n. 2, da Lei 1.079/1950 – crime de responsabilidade); e
>
> c) prática de ato de ofício contra expressa disposição de lei, para beneficiar amigo seu (art. 319 do Código Penal (CP) – crime de prevaricação).
>
> Em 7 de dezembro de 2005, a Corte Especial do STJ, por maioria, recebeu parcialmente a denúncia contra o paciente pela suposta prática dos crimes de prevaricação (art. 319 do CP) e de quebra da ordem de precatórios (art. 100, § 6º, da CF) e, por unanimidade, determinou o afastamento do réu do cargo de Desembargador.

Quanto à imputação do delito previsto no art. 39, n. 2, da Lei 1.079/1950, não foi a denúncia recebida.

O Ministro Relator resume as alegações do impetrante:

> a) quanto ao crime de responsabilidade, a permanência no cargo de Presidente de Tribunal deve ser interpretada como condição de procedibilidade para o recebimento da denúncia;
>
> b) a ilegitimidade ativa do MPF para o oferecimento da denúncia, nos termos do art. 41-A da Lei 1.079/1950;
>
> c) diante da natureza distinta das infrações tipicamente penais e os denominados "crimes de responsabilidade", o MPF não poderia ter cumulado a persecução penal; e
>
> d) no que se refere ao crime de prevaricação (CP, art. 319), o delito deve ser classificado como infração de menor potencial ofensivo, o qual, por sua vez, sujeitar-se-ia à possibilidade de oferecimento de transação penal pelo *Parquet* Federal.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

Na sessão do dia 16 de dezembro de 2008, após sustentação oral do impetrante e pronúncia da Procuradoria-Geral da República, manifestou-se o Ministro Relator, entendendo, à vista da relatividade do vício, consumada preclusão quanto ao não oferecimento de transação, que constituiria providência pré-processual, cujo requerimento tocava à defesa, que o não formulou em tempo oportuno.

Já no tocante à permanência no cargo como condição de procedibilidade para a ação por crime de responsabilidade, tomou-a o Relator por necessária diante dos termos expressos do art. 42 da Lei 1.079/1950. Em consequência, julgou prejudicado o exame da alegação de ilegitimidade ativa do MPF para propositura de ação penal por crime de responsabilidade.

E, daí, deferiu parcialmente a ordem, "trancando a ação no que diz com a acusação de crime de responsabilidade, devendo a mesma prosseguir, todavia, relativamente ao suposto delito de prevaricação, segundo tipificado no art. 319 do Código Penal".

O Ministro *Joaquim Barbosa* divergiu no tema da condição de procedibilidade, sob dois aspectos. A uma, porque o paciente, que é Desembargador, permanece no exercício do cargo. A duas, porque se estaria criando modalidade de extinção de punibilidade por via oblíqua.

Pedi vista.

2. É caso de acompanhar, em parte, o Relator.

No tocante à questão da transação penal, nos termos em que esta se apresenta na hipótese, voto no mesmo sentido do Ministro Relator e do Ministro *Joaquim Barbosa*.

3. Detenho-me na alegação de que a permanência no cargo de Presidente do Tribunal figuraria condição de procedibilidade para propositura de ação por crime de responsabilidade, bem como nas teses decorrentes.

Não há controvérsia sobre a natureza da infração supostamente praticada pelo ora paciente. É que os chamados crimes de responsabilidade, assim ditos impróprios, corporificam autênticos ilícitos político-administrativos. O de que se trata está previsto no art. 100, § 6º, da Constituição Federal, que dispõe:

> O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade.

Estou com o Min. Relator, quando julga que tal conduta típica foi incluída como causa de responsabilização na Lei 1.079/1950.

Ora, todas as penalidades que, em tese, lhe são cominadas, constam do art. 2º dessa lei, o qual prescreve:

> Os crimes definidos nesta lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador-Geral da República.

Donde tiro, logo, que é inadmissível pedido de *habeas corpus*, sob qualquer aspecto relativo à imputação, seja fundado na questão da falta de condição de procedibilidade, seja na de legitimidade ativa do Ministério Público.

É que, sendo o *habeas corpus* verdadeira ação penal, é mister, para sua admissibilidade, que coexistam as chamadas condições da ação, em particular, no caso, a possibilidade jurídica do pedido. E, a respeito, o ponto de partida está na Constituição da República:

> Art. 5º, LXVIII (...)
> Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Esta ação constitucional não se presta à tutela de direitos outros que não o da liberdade de locomoção, atingido ou em risco de sê-lo direta ou indiretamente, como recorda *Pontes de Miranda*:

> Histórica, tradicional e filosoficamente, o *habeas corpus* sempre foi mandado-remédio (*remedial mandatory writ*), da classe dos *extraordinary remedies* (*The Encyclopoedia Britannica*, 12. 784); e, como a proteção possessória, que representa complemento necessário da proteção da propriedade, facilitação da prova em favor do proprietário, embora isso redunde, por vezes, em benefícios a não proprietários, o *habeas corpus* foi criado para a proteção da liberdade física.
>
> Assim o conceituaram prática *e* doutrina inglesas e norte-americanas; e assim continuamos a conceituá-lo em nosso direito. O seu fim não mudou. Tampouco, o seu objeto. Admitiu-se-lhe mais folgada aplicação, sem que ele deixasse de ser, em substância, remédio urgente contra as violações da liberdade física.
>
> Como o interdito possessório, também ele supõe violência; e esse ato, violência ou coação por ilegalidade, ou abuso de poder, para que o torne cabível, tem de se subordinar a duas proposições de extensão:
>
> (a) Só se dá *habeas corpus* quando se feriu ou se teme que se fira a liberdade física;
>
> (b) Onde não pode haver coação à liberdade física, não pode haver o *habeas corpus*.[1]

Nesse remédio jurídico, o objeto mediato do pedido é sempre, e só, a liberdade de ir e vir, segundo insistia *Frederico Marques*:

> Objeto mediato do pedido de *habeas corpus* é o direito de ir e vir. O impetrante pede ao órgão jurisdicional, ou a restauração do *ius libertatis*, ou que desapareça, prontamente, a ameaça que o põe em perigo. O pedido pode revestir-se na natureza de pretensão processual declaratória, constitutiva ou cautelar: em todas as hipóteses, porém, seu objeto último será o direito de locomoção, posto em perigo ou lesado por coação ilegal ou abuso de poder.[2]

É, a meu ver, indiscutível que, ainda quando o ato tido por coator não atinja de frente a liberdade de ir e vir, mas esta corra risco de ser atingida, enquanto possível objeto mediato do pedido, se admite recurso à ação de *habeas corpus*, como, aliás, já o sustentei no indeferimento de medida liminar no **HC 95.496** e em

---

[1] *História e prática do habeas corpus (direito constitucional e processual comparado)*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951. p. 353.

[2] *Elementos de direito processual penal*. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 392.

voto-vista em questão de ordem no **HC 90.617**. Mas tenho por não menos indiscutível que, inexistindo o mais remoto perigo de lesão, direta ou indireta, àquele direito fundamental, há carência do pedido de *habeas corpus*, à míngua ostensiva de *possibilidade jurídica*. Não há o que tutelar mediante ordem de *habeas corpus*![3]

De modo que, se, no caso, eventual condenação pela infração atribuída ao paciente jamais poderá implicar-lhe restrição de qualquer ordem à liberdade de locomoção, está claro que o impetrante não tem ação de *habeas corpus*.

4. Do exposto, conheço, parcialmente, do pedido e, na parte conhecida, denego a ordem.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): A questão aqui é delicada, pois trata-se de uma denúncia em que se misturam imputações de crimes de prevaricação e de responsabilidade. Aqui, diferentemente do que acontece, por exemplo, no processo de *impeachment* típico, nós temos a judicialização de todo processo do crime de responsabilidade tal como prescrito na Constituição. E aí, então, surge um problema, porque impetrar mandado de segurança contra o próprio ato do STJ resulta em medida absolutamente inócua, até porque a decisão já é do órgão especial do Superior Tribunal de Justiça.

Com relação ao apontamento do Ministro Celso de Mello, nós já tivemos um outro caso aqui – lembro-me de que fiquei Relator para o acórdão – e lembro-me de que era uma ação contra desembargador em que essa questão foi arguida, que é o problema daquela tal decisão de afastamento da lei complementar da Loman, art. 29. E a jurisprudência, até então, era no sentido de que esse afastamento – em geral, a tomada era em sede de processo penal – não se atacava mediante *habeas corpus*. Essa era a jurisprudência até então.

Na verdade, temos singularidades e o problema básico, no caso específico, era de que o tempo levado para a decisão – quer dizer, o processo sem que fosse sequer imputável ao denunciado – levava a uma situação até mesmo de prejuízo do processo, uma vez que ele se avizinhava da compulsória. Mas, realmente, o problema aqui é de instrumento adequado de proteção. Nós temos uma ação de forte conteúdo penal, tanto é que se pretende aplicar essa pena. Naquele caso, nós deferimos o *habeas corpus*.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Naquele caso, eu fiquei vencido – o Ministro Celso de Mello não participou –, mas, depois disso, a Turma, no HC 95.496, do qual fui Relator, de 10 de março deste ano, textualmente não reconheceu, exatamente contra o afastamento das funções de magistrado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Desembargador também.

---

[3] É esta, aliás, velha postura da Corte (cf. *HC 90.170-AgR/SP*; Plenário; Rel. Min. Cezar Peluso; j. 10-5-2007).

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Exatamente do Piauí, é o HC 95.496. E, em seguida, no HC 97.119, de que foi Relator o Ministro Celso de Mello, em 14 de abril do mesmo ano – é um caso de patente de militar, em que há perda na aplicação – a Turma também não conheceu. Antes disso, já não tínhamos conhecido, contra a exclusão de Forças Armadas, contra a denegação de efeito suspensivo para recurso em matéria penal etc.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Eu ficarei vencido nessa parte. A mim me suscita dúvida quanto ao regime de proteção judicial efetiva. Nos casos em que nós temos aplicação dessas penas todas pela administração, em geral, não há grandes dificuldades. Aqui, há franja, realmente, da relação entre o *habeas corpus* e o mandado de segurança.

Nós não temos grandes dificuldades, porque o mandado de segurança se revela tão efetivo quanto o *habeas corpus*. Em casos como este – e vejam que o procedimento é concebido como um procedimento criminal global e é o Ministério Público que oferece a denúncia de forma ampla e com essas características de crime comum e de responsabilidade –, suscita-se a questão qual seja o instrumento próprio de proteção, considerando inclusive o ato. Talvez, aqui, a própria lei processual devesse separar um e outro, porque, realmente, acabamos mesclando os delitos de responsabilidade e os delitos puramente penais.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Aqui não é afastamento do cargo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Não, ele já não estava mais no cargo de Presidente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Aqui, simplesmente, discutia-se a legitimidade do Ministério Público.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Aqui se discute apenas a legalidade do ato do Ministério Público. É o art. 42 da Lei 1.079/1950:

> Art. 42. A denúncia só poderá ser recebida se o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Noutras palavras, nós estamos discutindo exatamente a viabilidade de uma ação penal que jamais imporá pena privativa de liberdade.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): No caso específico, depois de passados uns anos, é muito provável que ele já nem esteja no cargo. Mas a questão que se colocava era o entendimento do próprio art. 42 da Lei 1.079/1950. Isso que remanescia da discussão.

De qualquer forma, é interessante que esse debate fique posto, porque, em relação exatamente às denúncias, talvez de *lege ferenda*, haja que se fazer alguma consideração. A mistura dos dois procedimentos, o puramente criminal e o de responsabilidade, leva a esse tipo de situação.

Aqui, o Tribunal recebeu a denúncia por crime de responsabilidade e a alegação é de que o ato foi praticado, ato típico de Presidente de Tribunal.

Portanto, vencido o Relator em parte. E eu ficarei com a Relatoria do acórdão.

EXTRATO DA ATA

HC 87.817/PB — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Paciente: Marcos Antônio Souto Maior. Impetrantes: Luís Alexandre Rassi e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por maioria, indeferiu o pedido de *habeas corpus*, vencidos parcialmente os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, que deferiam, em parte, a ordem. Lavrará o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu este julgamento o Ministro Gilmar Mendes.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Compareceu à Turma o Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Tribunal, a fim de julgar processos a ele vinculados, assumindo, nesta ocasião, a Presidência da Turma, de acordo com o art. 148, parágrafo único, RISTF. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 17 de novembro de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

———

HABEAS CORPUS 95.244 — PE

Relator: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Pacientes: José Bonifácio Ramos de Oliveira, José Rubens de Oliveira, Maria Anunciada dos Santos, Marivânia Santana de Lima, Rosivaldo França Costa ou Rosivaldo França da Costa — Impetrante: Francisco Rodrigues da Silva — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Constitucional e processual penal. Possibilidade de denúncia anônima, desde que acompanhada de demais elementos colhidos a partir dela. Instauração de inquérito. Quebra de sigilo telefônico. Trancamento do inquérito. Denúncia recebida. Inexistência de constrangimento ilegal.**

1. O precedente referido pelo impetrante na inicial (HC 84.827/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 23-11-2007), de fato, assentou o entendimento de que é vedada a persecução penal iniciada com base, exclusivamente, em denúncia anônima. Firmou-se a orientação de que a autoridade policial, ao receber uma denúncia anônima, deve antes realizar diligências preliminares para averiguar se os fatos narrados nessa "denúncia" são materialmente verdadeiros, para, só então, iniciar as investigações.

2. No caso concreto, ainda sem instaurar inquérito policial, policiais federais diligenciaram no sentido de apurar as identidades dos investigados e a veracidade das respectivas ocupações funcionais, tendo eles confirmado tratar-se de oficiais de justiça lotados naquela Comarca, cujos nomes eram os mesmos fornecidos pelos "denunciantes". Portanto, os procedimentos tomados pelos policiais federais estão em perfeita consonância com o entendimento firmado no precedente supracitado, no que tange à realização de diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito.

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 Ricardo Lewandowski, 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, 23 de março de 2010 — Dias Toffoli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Francisco Rodrigues da Silva em favor de José Bonifácio Ramos de Oliveira, José Rubens de Oliveira, Maria Anunciada dos Santos, Marivânia Santana de Lima e Rosivaldo França Costa, buscando o trancamento da "(...) investigação e/ou de qualquer persecução penal iniciada com fundamento na quebra de sigilo telefônico sem o devido inquérito policial instaurado e com base em denúncia anônima e por prazo indeterminado, ressalvando ao Estado-polícia a investigação, dês que obedecidas às formalidades legais" (fl. 15).

Aponta como autoridade coatora a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 97.212/PE, Relatora a Ministra **Jane Silva**, impetrado com o mesmo objetivo ora pretendido.

Sustenta o impetrante, no presente *habeas corpus*, as seguintes irregularidades ocorridas na persecução penal movida contra os pacientes:

a) a impossibilidade de instauração de inquérito policial e de ação penal com base, por si só, em denúncia anônima (fls. 4 a 6);

b) a necessidade de instauração do competente inquérito policial como condição para desencadear qualquer investigação criminal (fls. 7/8);

c) inadmissibilidade de provas ilícitas colhidas em inquérito iniciado por denúncia anônima (fls. 8 a 10);

d) ausência de fundamentação das decisões que autorizaram as prorrogações das escutas telefônicas (fls. 10/12); e

e) o descumprimento das regras que mandam autuar em apartado o conteúdo das escutas telefônicas, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas (fl. 14).

Ao final, requer, liminarmente, a suspensão da investigação e da denúncia, até o julgamento do presente *habeas corpus*.

O pedido de liminar foi indeferido pelo Ministro **Menezes Direito**. Sua Excelência dispensou as informações da autoridade impetrada, mas determinou que se oficiasse ao Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Caruaru/PE para que informasse o atual andamento das investigações iniciadas contra os pacientes, especialmente sobre a instauração de inquérito policial ou oferecimento de denúncia (fls. 90 a 98).

Com a finalidade de contribuir para o julgamento do presente *writ*, o Promotor de Justiça com ofício na 3ª Vara Criminal de Caruaru/PE, Dr. **Luiz Gustavo Simões Valença de Melo**, encaminhou os esclarecimentos de fls. 103 a 105 e o documento de fls. 106 a 111.

O Juízo de 1º grau, por sua vez, prestou as informações de fls. 115 a 118 e encaminhou os documentos de fls. 119 a 173.

O Ministério Público Federal, pelo parecer do Subprocurador-Geral da República, Dr. **Wagner Gonçalves**, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 176 a 182).

O impetrante traz novas considerações sobre as investigações objeto do presente *habeas corpus*, contrapondo-se às informações prestadas pelo Ministério Público estadual e pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Caruaru/PE (fls. 184 a 191). Juntou os documentos de fls. 192 a 260. Posteriormente, reiterou o pedido de liminar (fls. 265/266), indeferido à fl. 280.

Diante da informação de recebimento da denúncia (fl. 268), solicitei ao Juízo processante o encaminhamento de cópia da respectiva decisão (fl. 280), o que foi atendido às fls. 287 a 293.

Em 5-2-2010, enquanto já preparava o processo para trazer a julgamento, o impetrante faz nova juntada de documentos (fls. 301 a 415) e algumas considerações sobre a decisão que recebeu a denúncia e os incidentes processuais ocorridos no juízo de origem (fls. 295 a 299).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli (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 97.212/PE, Relatora a Ministra **Jane Silva**, e tem como objetivo o trancamento da "(...) investigação e/ou de qualquer persecução penal iniciada com fundamento na quebra de sigilo telefônico sem o devido inquérito policial instaurado e com base em denúncia anônima e por prazo indeterminado, ressalvando ao Estado-polícia a investigação, dês que obedecidas às formalidades legais" (fl. 15).

Trata-se de procedimento investigatório confidencial que teve origem em denúncia anônima feita a policiais federais lotados na Delegacia de Polícia Federal em Caruaru/PE (fl. 22 do apenso), instaurado para apurar os crimes de associação para o tráfico ilícito de entorpecentes (art. 14 da Lei 6.368/1976) e de corrupção passiva majorada (317, § 1º, do Código Penal), supostamente praticados por oficiais de justiça daquela Comarca que estariam repassando informações sobre os locais de cumprimento de mandados de busca e apreensão e de prisão.

Por representação do Delegado de Polícia Federal **Wagner Furtado Menezes**, foi solicitada a quebra do sigilo telefônico dos investigados, ora pacientes (fls. 23 a 26), tendo o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Caruaru/PE autorizado o procedimento, nos termos da decisão de fls. 24/25 do apenso.

Alegando irregularidades praticadas no procedimento investigatório, foi impetrado *habeas corpus* ao Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, que denegou a ordem nos seguintes termos:

> *Constitucional, penal e processual penal. Habeas corpus. Pedido de trancamento da investigação criminal. Invalidade da investigação baseada em denúncia*

anônima. Inocorrência. Possibilidade de prorrogação do prazo das escutas telefônicas. Decisões judiciais plenamente fundamentadas. Atos investigatórios praticados pelo Ministério Público. Possibilidade. Ordem denegada.

1. No caso em tela, não se pode concluir que a denúncia anônima tenha contaminado toda a investigação, com base na teoria dos frutos da árvore envenenada, uma vez que a própria polícia pode iniciar investigação de ofício. Ainda, consta dos autos que de par com a notícia repassada por colaboradores, a polícia realizou diligências e fez um levantamento de dados para confirmar a procedência das alegações, não havendo o que se questionar a respeito do procedimento realizado pela autoridade policial, que agiu dentro de seus deveres funcionais.

2. O prazo de 15 (quinze) dias estabelecido pelo art. 5º da Lei n. 9.296/1996 é relativo, podendo a interceptação telefônica, segundo entendimento do STJ, ser prorrogada tantas vezes quantas forem necessárias, mediante decisão devidamente fundamentada que demonstre a inequívoca indispensabilidade da prova.

3. A decisão judicial autorizativa do procedimento de interceptação telefônica encontra-se devidamente fundamentada, estando as demais decisões apoiadas nos fundamentos invocados pela primeira.

4. Os atos complementares de investigação realizados pelo *Parquet*, não autorizam o trancamento da investigação criminal, em face da existência de diversos posicionamentos, tanto na doutrina como na jurisprudência, reconhecendo o poder investigatório do Ministério Público, apesar de não se tratar de tema pacífico. De outro lado, inexiste qualquer previsão constitucional no sentido de ser a investigação criminal função exclusiva da polícia.

5. Ordem denegada. Decisão unânime.

(Fl. 119 do apenso.)

Daí a impetração do HC 97.212/PE ao Superior Tribunal de Justiça, que, em 29-4-2008, denegou a ordem, nos termos da ementa seguinte:

Habeas corpus – Associação para o tráfico ilícito de entorpecentes – Corrupção passiva – Instauração do inquérito e quebra do sigilo telefônico com base em denúncias anônimas – Possibilidade – Writ denegado.

1 – Para determinação da quebra de sigilo telefônico, há exigências de que existam indícios de autoria, não havendo, por outro lado, impedimento de que o inquérito policial tenha se iniciado após denúncias anônimas.

2 – *Writ* denegado.

(Fl. 155 do apenso.)

Ressalto, inicialmente, que o *habeas corpus* impetrado ao Tribunal *a quo* circunscreveu-se "(...) na impossibilidade de interceptação telefônica e de sua imprestabilidade, com base apenas e unicamente em denúncias anônimas ou confirmadas por outro indício. E só" (fl. 4 apenso). Daí por que não conheço da impetração relativamente aos demais fundamentos, antes referidos nos itens "b" a "e", sob pena de supressão de instância.

A partir da análise dos autos, especialmente no que consta nas informações prestadas, não há o que ser censurado no acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que está em perfeita consonância com o entendimento firmado por esta Suprema Corte sobre a matéria.

Nas informações prestadas pelo Juízo da 3ª Vara Criminal de Caruaru/PE, podem ser observados os seguintes dados:

(...)

Permita-me, inicialmente, salientar que os pacientes foram investigados pelo Ministério Público Estadual através do Procedimento de Investigação Criminal n. 01/2006, com supedâneo na Resolução n. 13/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público – CONAMP – e Resolução RES-CPJ n. 03/2004, do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Pernambuco.

A complexidade dos fatos acarretou a designação, pelo Procurador-Geral de Justiça do Pernambuco, dos Promotores de Justiça com atribuições à 6ª Circunscrição Ministerial do Estado de Pernambuco (a sede fica em Caruaru), para, em conjunto (princípio da unicidade do Ministério Público), ou separadamente, atuarem na investigação, conforme portaria POR-PGJ n. 1201/2007, de 8-8-2007.

A investigação inicial girava em torno da prática, em tese, de crime de corrupção passiva, tendo o *Parquet* requestado a prisão temporária dos pacientes, com base em interceptações telefônicas regularmente autorizadas pela Justiça, sob o argumento de que:

"Emerge dos autos, sobretudo das conversas reveladas pelas interceptações telefônicas cujas degravações estão acostadas aos autos, que os oficiais de justiça *José Bonifácio Ramos de Oliveira, José Rubens de Oliveira, Maria Anunciada dos Santos e Marivânia Santana de Lima,* servidores públicos estaduais, vinculados ao Tribunal de Justiça de Pernambuco e lotadas no Fórum de Caruaru/PE, e cujos vencimentos são pagos pelo Estado, depois de localizarem e efetuarem veículos alienados fiduciariamente e objetos de busca e apreensão, negociaram e receberam dos advogados *Lídio Souto Maior, Doriane de Lima Queiroz* e do estagiário de direito *Alessandro de Araújo Beltrão*, valores em torno de R$ 200,00 (duzentos) a R$ 300,00 (trezentos reais) por cada diligência efetuada positivamente.

A forma de pagamento das gratificações era em cheque ou dinheiro mediante a assinatura do recibo, mas posteriormente consistia principalmente em depósitos na conta corrente do oficial de justiça ou parente deles.

Muitos dos carros apreendidos são levados para um galpão mantido pelos investigados *Maria Anunciada dos Santos* e *Rosivaldo França Costa*.

A oficiala de justiça *Maria Anunciada dos Santos* contava com o auxílio do marido, *Rosivaldo França Costa*, que não era servidor público, mas realizava as diligências constantes dos mandados distribuídos para a esposa e em troca também recebia dos advogados a quantia em dinheiro.

Muitos dos carros apreendidos são levados para um galpão mantido pelos investigados *Maria Anunciada dos Santos* e *Rosivaldo França Costa*.

Os oficiais de justiça mantiveram contatos com terceiros, incluindo os advogados, que atuam nos escritórios Toledo e Piza Advogados Associados, de Recife e de Caruaru, bem como Palmeiras Advogados Associados, de Caruaru, e Brás Cobra, de Caruaru.

Os fatos são graves e a princípio, mais do que condutas antiéticas e que violam o dever funcional, são correspondentes aos crimes de concussão, corrupção passiva, prevaricação, corrupção ativa e usurpação de função pública, crimes contra a administração pública praticados por servidores e particulares, previstos respectivamente pelos arts. 316, 317, 319, 333, e 328, além do crime de quadrilha, insculpido no art. 288, todos do Código Penal."

Para o final requerer:

"(...) a decretação da prisão temporária dos investigados acima identificados, observados o art. 2º e o art. 3º da Lei 7.960/1990."

As prisões foram decretadas em 8 de agosto de 2007 (fls. 367/380) e cumpridas em 9 de agosto do mesmo ano, e em remate também foram cumpridas buscas e apreensões nos escritórios dos pacientes, com colheita de provas que se encontravam em poder do Ministério Público.

Ocorre que em 10 de agosto de 2007, o órgão investigador atravessou petição nos autos (fls. 493/496) requerendo a prorrogação da Prisão Temporária do paciente em tela, o qual foi deferido. No dia 15 de agosto, o *Parquet* atravessou nova petição (fls. 555-556) alegando não ser mais necessária a manutenção da prisão dos pacientes, por já haver realizado a reinquirição dos investigados *Maria Anunciada dos Santos* e de *Rosivaldo França Costa*, além de se também encontrar em pleno curso a análise dos documentos coletados quando do cumprimento dos mandados de busca e apreensão.

Se o próprio órgão investigador entendeu prescindível a continuação da custódia do paciente, na mesma data este juízo revogou a segregação temporária.

Findas as investigações, o Ministério Público, em 20 de dezembro de 2007, ofertou denúncia contra José Rubens de Oliveira, José Bonifácio Ramos de Oliveira, Marivânia Santana de Lima, Maria Anunciada dos Santos. Rosivaldo Franca da Costa, Doriane de Lima Queiroz, Lídio Souto Maior e Alessandro de Araújo Beltrão, peça na qual imputam-se os crimes descritos nos artigos 288, 317, *caput*, e §1º, 333, *caput* e parágrafo único, e 328, parágrafo único, todos do Código Penal. (Fls. 115 a 117.)

Destaco que o precedente referido pelo impetrante na inicial (HC 84.827/TO, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 23-11-2007), de fato, assentou o entendimento de que é vedada a persecução penal iniciada com base, exclusivamente, em denúncia anônima. Firmou-se a orientação de que a polícia pode sim receber denúncias anônimas, mas, a partir dela, deve antes proceder a uma investigação preliminar para verificar se há base para a instauração do inquérito policial respectivo. Não basta que se aponte a existência de um crime; mas que, a partir de diligências preliminares, chegue-se à materialidade do crime. A dizer, a autoridade policial, ao receber uma denúncia anônima, deve antes realizar diligências preliminares para averiguar se os fatos narrados nessa "denúncia" são materialmente verdadeiros, para, só então, iniciar as investigações.

Com efeito, pelos documentos juntados aos autos, é possível verificar que, a partir de uma informação obtida de colaboradores, e, posteriormente, somada a algumas ligações anônimas, policiais da Delegacia de Polícia Federal de Caruaru/PE obtiveram a notícia de que alguns oficiais de justiça estariam associados a traficantes de drogas, repassando a eles informações sobre locais de cumprimento de mandados de busca e apreensão e de prisão.

Ainda sem instaurar inquérito policial, policiais federais diligenciaram no sentido de apurar as identidades dos investigados e a veracidade das respectivas ocupações funcionais, tendo eles confirmado tratar-se de oficiais de justiça lotados naquela Comarca, cujos nomes eram os mesmos fornecidos pelos "denunciantes".

Com base nessas informações, o Delegado de Polícia Federal **Wagner Furtado Menezes** representou ao Judiciário local pela necessidade de quebra do sigilo telefônico dos investigados, expondo os seguintes fundamentos:

(...)

Dos fatos

1. Através de colaboradores, obtivemos o informe de que oficiais de justiça desta Comarca estariam associados a traficantes locais. Segundo a informação em anexo (doc. 01), *Marivânia, Rubens, Boni, e Anunciada* estariam informando criminosos locais do cumprimento de mandados de busca e apreensão e prisão. Como se pode constatar, tais dados se somaram a outros informes anônimos direcionados a esta Delegacia, via telefone.

2. Dada a gravidade da denúncia, procuramos confirmar se realmente existem oficiais de justiça nesta Comarca com os nomes acima, quando obtivemos a qualificação dos citados, sendo eles *José Bonifácio Ramos de Oliveira, José Rubens de Oliveira, Maria Anunciada dos Santos* e *Marivânia Santana de Lima* (v. informação em anexo – doc. 02).

Da necessidade de interceptação telefônica (requisitos – art. 2º da Lei 9.296/1996) e da ação controlada (art. 2º, II, da Lei 9.034/1995 c/c art. 33, inc. II, da Lei 10.409/2002

Dos crimes em tese

3. Pelos dados colhidos até o presente momento, é possível identificar que a investigação a ser aprofundada recai sobre a prática de crime de **associação para o tráfico ilícito de entorpecentes** (crime previsto no art. 14 da Lei n. 6.368/1976 e punido com **pena de reclusão**) e de **corrupção passiva majorada** (crime previsto no art. 317, § 1º, do CP e punido também com **pena de reclusão**).

Dos indícios razoáveis de autoria

4. Conquanto o início da investigação tenha se baseado num informe de um colaborador, esta Delegacia realizou um levantamento dos dados repassados, confirmando que, de fato, os suspeitos são oficiais de justiça, sem contar que o informe não foi isolado, somou-se a ligações anônimas, fato que, ao nosso sentir, revela um sério indício de que a denúncia seja verdadeira.

Impossibilidade de produção da prova por outros meios

5. A pretendida representação tem três objetivos básicos: 1) provar a existência de uma rede criminosa voltada para a facilitação do crime, especialmente o de tráfico, local; 2) apurar as ligações dos suspeitos com outros envolvidos; e 3) levantar informações sobre o tráfico ilícito de drogas na região, visando identificar fornecedores, associados e vendedores.

6. Como se sabe, a interceptação telefônica tem se revelado um eficaz meio de combate à criminalidade, porquanto permite aos investigadores ter acesso imediato e com detalhes a toda operação delitiva, ensejando alcançar laços criminosos quase impossíveis de se detectar pelos métodos tradicionais de investigação, de modo que o deferimento da medida seria extremamente valioso para a elucidação do caso. Ademais, como já adiantado, o intuito é identificar o maior número possível de integrantes dessa operação, de forma que é importante que essa Autoridade Judicial ampare os policiais envolvidos na investigação com a possibilidade de retardar a ação policial, com o intuito exclusivo de reunirmos a maior quantidade de dados probatórios existentes.

7. Ademais, o simples bom senso indica a necessidade da medida, haja vista que a eficiência desse órgão e a própria incolumidade física de seus integrantes

pode estar sendo posta em risco, com o vazamento de informações sensíveis sobre a atuação do Judiciário local.
(Fls. 17 a 19 do apenso.)

O Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Caruaru deferiu o pedido nos seguintes termos:

(...)
O Delegado da Polícia Federal neste Município, Dr. Wagner Furtado Menezes, em fundamentado arrazoado, representa pela quebra de sigilo telefônico das linhas ns. (81) 9189.0901 e (81) 9104.6663, bem como a autorização de interceptação e escuta telefônica dos mesmos números.

Fundamenta o pedido na imperiosa necessidade das medidas para completa elucidação de fato criminoso relacionado a associação ao tráfico de entorpecentes e corrupção passiva pelos oficiais de justiça desta Comarca José Bonifácio Ramos de Oliveira, José Rubens de Oliveira, Maria Anunciada dos Santos e Marivânia Santana de Lima.

Assim, aportaram os autos em meu Gabinete, devidamente conclusos.

Resenhei.

Julgo.

Dos fatos

O presente pedido, processado em segredo de justiça, em trâmite nesta Vara e Comarca, que visa apurar delito de receptação de carga.

Exsurge da leitura dos autos que as transações espúrias são praticadas nesta Comarca, ameaçando a ordem pública e a paz social.

Da quebra do sigilo telefônico e da interceptação telefônica

Plenamente comprovados os requisitos para a concessão da quebra do sigilo telefônico e interceptação telefônicas das linhas mencionadas no pedido exordial.

A autoridade policial comprovou que existe investigação criminal em curso. Noutro aspecto, há fortes indícios da participação dos proprietários das linhas objeto da quebra do sigilo e interceptação, sendo esta medida imprescindível ao bom andamento das investigações, sendo impossível sua realização por outros meios, haja vista nos delitos apurados ser comum o contato telefônico.

Por fim, os delitos em tese apurados são punidos com reclusão.

Conclusão

Ante o exposto, e à vista dos argumentos acima expendidos:

Defiro a quebra do sigilo telefônico das linhas telefônicas n. (81) 9189.0901 e (81) 9104.6663, no período compreendido até 15 (quinze) dias antes da presente decisão, procedendo a secretaria a confecção do mandado necessário:

Defiro a interceptação telefônica e consequente escuta das linhas telefônicas retromencionadas, pelo prazo de 15 (quinze) dias, com desvio para os números a serem indicados pela autoridade policial diretamente às operadoras, procedendo a secretaria deste Juízo a confecção do mandado necessário, nos exatos termos do pedido exordial.

Determino, outrossim, que as concessionárias telefônicas informem se consta alguma linha telefônica em nome dos investigados.

O presente pedido será processado em segredo de justiça, por ser necessários às investigações policiais.
(Fls. 24 a 25 do apenso.)

Conforme consta no voto do eminente Desembargador **Mauro Alencar de Barros**, no HC 158.194-6, a partir das escutas autorizadas judicialmente, "(...) foi detectada a existência de uma rede de corrupção entre oficiais de justiça e escritórios de advocacia especializados em busca e apreensão de veículos alienados fiduciariamente, o que fez o Ministério Público Estadual, baseado na necessidade de aprofundar as investigações, instaurar o Procedimento de Investigação n. 01/2006" (fl. 124). Até esse momento não havia a instauração de inquérito policial, mas tão somente diligências sigilosas destinadas a apurar a veracidade dos fatos narrados pelos denunciantes anônimos. E o resultado foi positivo.

Assim, tenho que os procedimentos tomados pelos policiais federais estão em perfeita consonância com o entendimento firmado pela Primeira Turma desta Suprema Corte, no julgamento do HC 84.827/TO, Relator o Ministro **Marco Aurélio**. Embora naquele caso a ordem tenha sido concedida, fixou-se o entendimento de que a denúncia anônima, por si só, não serve para fundamentar a instauração de inquérito policial, mas, a partir dela, poderá a polícia realizar diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito. E, para mim, foi o que aconteceu no presente caso.

O voto do eminente Ministro **Sepúlveda Pertence**, aliás, bem sintetiza o debate ocorrido naquela oportunidade:

> (...)
> Colho do relatório apresentado pelo em. Ministro Marco Aurélio as teses suscitadas na impetração, *verbis*:
> "Este *habeas corpus* tem como objetivo fulminar procedimento em curso no Superior Tribunal de Justiça, classificado como notícia-crime e que, encontrando-se sob a relatoria do Ministro **Francisco Falcão**, mereceu a seguinte decisão, de fl. 51:
> '*Despacho*
> Vistos, etc.
> O Ministério Público Federal requisita a instauração de notícia-crime contra o Juiz Estadual *Bernardino Lima Cruz*, bem como dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, *Luiz Aparecido Gadotti e José Liberato Costa Póvoa*, pela ocorrência, em tese e *a priori*, do delito tipificado no art. 332, do Código Penal, tendo em vista decisões proferidas em processos de interesse da *Eletrobras*.
> Determino a expedição de ofício ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins para que preste informações sobre os fatos mencionados na presente notícia.
> Notifiquem-se os acusados para oferecer resposta no prazo de quinze dias, enviando-lhes cópias do presente feito.
> Cumpra-se.
> Publique-se.
> Brasília, 4 de junho de 2004.'
> Na inicial, aponta-se que a atuação do Ministério Público fez-se a partir de carta anônima endereçada primeiramente a esta Corte. A Assessoria da Presidência teria remetido o expediente ao Diretor Jurídico do Banco

do Brasil, que o enviou ao Juízo Federal da Seção Judiciária do Estado do Tocantins e este, por sua vez, encaminhou a documentação à Procuradoria-Geral da República. Deu-se, então, a formulação de notícia-crime, perante o Superior Tribunal de Justiça, que desaguou no ato acima reproduzido.

(...) Consoante o sustentado, o Ministério Público, ao proceder com base unicamente em denúncia anônima, contrariou a Carta da República, conforme assentara este Tribunal no MS 24.405-4/DF. (...) Ter-se-ia como obstáculo a norma do inciso IV do art. 5º da Constituição Federal, no que garantida a livre manifestação do pensamento, mas vedado o anonimato. (...) Articula-se, mais, com o disposto no art. 144 da Lei 8.112/1990 e no art. 14, §1º, da Lei 8.429/1992, no que versam sobre a inidoneidade da denúncia anônima para os fins quer de instauração de processo administrativo, quer de ação concernente a improbidade administrativa. Remete-se a votos proferidos nesta Corte, no MS 24.405-4/DF, do Ministro Carlos Velloso e da minha lavra. (...) Evoca-se pronunciamento do Ministro Nelson Jobim na Petição 2.805-8/DF, asseverando-se que o anonimato é impulsionado por motivo vil e torpe, deixando o delator de assumir a responsabilidade pelo ato. Busca-se demonstrar a ausência de conteúdo da denúncia (...). Diz-se da conveniência de se preservar a integridade moral do paciente e da inviabilidade da instauração de procedimento penal com amparo no anonimato. (...)

A Procuradoria-Geral da República veio a manifestar-se pelo indeferimento da ordem, evocando políticas de contensão criminosa, considerando até mesmo o disque-denúncia. Sustenta que a delação apócrifa guarda harmonia com o ordenamento jurídico, encerrando verdadeira notícia de crime. Ter-se-ia o interesse público direcionado à preservação da moralidade. É referido, em reiteração da notícia-crime, o que consignado no campo individual pelo Ministro Celso de Mello – MS 24.369-4/DF –, quando ressaltou o direito público subjetivo do cidadão ao fiel desempenho pelos agentes estatais.'

II

O Ministro **Marco Aurélio** votou pela concessão da ordem, sob o fundamento de a Constituição Federal – notadamente por força do princípio da dignidade da pessoa humana e da vedação do anonimato (art. 5º, IV) –, não permite a instauração de procedimento criminal a partir de documento apócrifo, pois do contrário se estaria abrindo a possibilidade de haver um "denuncismo irresponsável".

Entre outros fundamentos, acrescentou que, *verbis*:

"Seria usar de dois pesos e duas medidas permitir o gravame e impossibilitar o eventual reparo, com afronta aos princípios consagrados no art. 5º da Constituição Federal, mormente ao inciso X – que assegura a inviolabilidade do direito de imagem – e ao inciso V – concernente ao direito de resposta, proporcional ao agravo, com ambas as normas a alicerçar a indenização por dano material e moral

Portanto, de forma alguma, convém viabilizar o ensejo de práticas das mais odiosas – o denuncismo inescrupuloso e doidivanas que decorrerá necessariamente do fato de o denunciado saber-se protegido pelo sigilo nas acusações que faz sem querer responder pelas consequências quando do controle judicial do ato, enfim, quando da apuração e consagração da verdade dos fatos por si imputados a outrem, muitas vezes por puro ressentimento diante da proeminência do ofendido (...)"

Ressaltou ainda as circunstâncias do caso concreto, em que o extenso rol de destinatários da notícia anônima – no qual se incluem diversas editoras de revistas e emissoras de televisão – revela "a tentativa de denegrir imagem, de estabelecer, no cenário, escândalo, desgastando a figura dos citados julgadores".

III

Após o voto do Relator e do Ministro **Eros Grau** que o acompanhou, pediu vista o Ministro **Carlos Britto**, que ao trazer o feito para julgamento abriu a divergência, votando pela denegação da ordem e, em consequência, pela cassação da liminar anteriormente deferida.

Inicialmente, afirmou S. Exa. que "a invocação ao entendimento adotado" no MS 24.405, de relatoria do Ministro **Carlos Velloso** (3-12-3, *DJ* 23-4-4), "não se afigura com a pertinência que lhe empresta a petição de ingresso", pois naquele julgamento não houve pronunciamento conclusivo do Tribunal 'no sentido da incompatibilidade de toda e qualquer denúncia anônima" com a Constituição Federal.

Prosseguiu o em. Ministro **Carlos Britto**, afirmando não haver no art. 5º, IV, da Constituição, proibição de que seja oferecida notícia-crime anônima, *verbis*:

> "(...) permito-me lançar algumas observações acerca do tema. Fazendo-o, lembro que a Magna Lei de 1988 fala do anonimato como categoria jurídica, pela única vez, no inciso IV do art. 5º, que dispõe:
>
> 'é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.'
>
> 13. Muito bem. Respeitosamente, considero que o Ministro **Marco Aurélio** retirou desse dispositivo da Constituição Republicana uma proibição que não existe. Isto porque há uma distinção entre manifestação de pensamento e delação anônima para fins penais. Explico: a manifestação do pensamento é a veiculação de algo elaborado pela mente. Repito: a manifestação do pensamento é a veiculação de algo elaborado pela mente; é o produto de uma reflexão; logo, traduz-se numa doutrina, tese, crítica, ponto de vista ou opinião racionalmente fundamentada. Noutras palavras: o que a Constituição tutela é a liberdade de pensamento, entendido este como signo distintivo da *humanitas*, no âmbito mais espaçoso do reino animal; portanto, o pensamento como expressão de inteligência ou intelecto, a se revelar sob a forma de idéias a fim de analisá-las, compará-las, criticá-las, expungi-las, aglutiná-las, sistematizá-las, enfim, notadamente nos setores da filosofia, da ciência, da teologia e nos variados campos da literatura.
>
> 14. A seu turno, as delações anônimas na esfera penal não passam de simples notícias de fatos empíricos, legalmente descritos como infrações penais. Logo, não são mais que mero repasse de informações obtidas ora por ciência própria, ora "por ouvir dizer", mas sempre caracterizadas pela ausência de elaboração mental. Nada tem a ver com o produto de uma reflexão.
>
> 15. Movido por essa distinção, o legislador constituinte optou por reservar, topograficamente, o direito da liberdade de manifestação de pensamento e a vedação ao anonimato a um campo civil de liberdades públicas; diferentemente das garantias penais e processuais penais, que foram disciplinadas a partir do inciso XXXVII do art. 5º.
>
> 16. Assim, penso que o inciso IV do art. 5º está no bojo de um discurso reportante exclusivamente à exteriorização de um pensar. Um refletir sobre a vida, o cosmos, o homem e suas obras. E por meio desse dispositivo a Lei das Leis garante a cada ser humano um apriorístico espaço de autonomia de

vontade em seara marcadamente intelectual (vedado tão somente o anonimato). O abuso e o agravo a terceiros são questões que somente *a posteriori* se colocam. E para combatê-los, precisamente, é que a Lei Republicana prevê dois específicos dispositivos: a) o inciso V do art. 5º, segundo o qual "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem"; e b) o inciso X do mesmo art. 5º, a saber: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

17. Por outro lado, não há como deixar de reconhecer que as delações anônimas podem causar gravames aos denunciados. Mas, numa isenta ponderações de valores, o Ordenamento Jurídico perderia mais com a vedação às delações apócrifas do que com a sua tolerabilidade.

18. Com efeito, admitir as denúncias anônimas é assegurar o direito de participar criticamente da vida pública. É permitir o exercício da cidadania, que é um dos fundamentos da República (inciso II do art. 1º da Constituição).

19. As denúncias anônimas bem podem cumprir o mister de assegurar aos cidadãos uma efetiva colaboração com os Poderes Públicos nas áreas administrativa e penal, operando o anonimato, então, como compreensível temor de vir o denunciante a sofrer represálias do lado do denunciado; não necessariamente como um traço de covardia; ou, pior ainda, como um traço denotativo de mau-caráter por parte do denunciante. Então, inibir as denúncias apócrifas, pura e simplesmente, não me parece de bom alvitre."

Destacou, de outro lado, que o procedimento, no caso, não se instaurou com fundamento apenas na notícia anônima, mas também na análise de decisões judiciais que acompanharam o pedido dirigido ao Superior Tribunal de Justiça.

Lê-se do voto de Sua Excelência, *verbis*:

"(...)

20. A par desta questão, neste *habeas corpus* uma particularidade merece destaque. E aqui peço vênia ao Ministro **Marco Aurélio** para discordar do aspecto prático que fundamentou seu voto. Ao contrário do que sustentou Sua Excelência, entendo não se estar diante de procedimento assentado unicamente em documento apócrifo.

21. Senão, veja-se: a requisição encaminhada pelo Ministério Público Federal ao Superior Tribunal de Justiça classificou a *notitia criminis* como 'Denúncia Anônima'. Isso é fato que não se discute. Ocorre que essa requisição mesma, subscrita pela Subprocuradora-Geral da República Aurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre, também encontra fundamento na análise – não aprofundada, como é próprio do estádio em que as coisas se acham – de decisões proferidas pela Justiça do Estado do Tocantins. Decisões que figuram no Processo 1.00.000.003960/2004-16, anexado ao requerimento do *Parquet* federal.

22. O simples cotejo entre a carta de autoria não identificada e a peça ministerial pública permite essa compreensão.

(...) o documento apócrifo não forneceu informações detalhadas a respeito dos processos a que fez referência, tampouco estava acompanhado de cópias de peças desses autos.

25. Claro está, portanto, que o Ministério Público Federal se valeu de indícios outros, que não apenas a carta anônima, para chegar à conclusão no sentido da 'necessidade de melhor esclarecimento dos fatos' (fl. 38).

26. Mesmo que, na presente impetração, não se considerasse tal circunstância como apta a legitimar a notícia-crime, restaria o exame daquilo que o eminente Ministro **Celso de Mello** chamou, na brilhante decisão singular proferida no MS 24.369, de "situação de conflituosidade entre direitos básicos titularizados por sujeitos diversos". Conflituosidade essa que envolveria, de um lado, o interesse do particular – de ter a incolumidade dos seus direitos de personalidade preservada – e, de outro, o interesse público – de apurar condutas funcionais desviantes.

27. Ora bem, no caso em apreciação, tenho como desnecessário o supracitado exame, uma vez que os indícios de irregularidades – dado o caráter público das decisões judiciais em que foram constatados – poderiam ter chegado ao conhecimento do *Parquet* Federal independentemente da existência da denúncia carecedora de autoria. Assim, não há que se falar em violação a direitos atinentes à honra, à vida privada, à imagem ou à intimidade do paciente, por efeito da atuação do Ministério Público Federal.

28. Nessa ampla moldura, não enxergo ilegalidade ou abuso de poder na conduta do Relator da Notícia-crime 359. Mormente na fase em que o procedimento instaurado perante o STJ se encontra, fase em que não existe sequer a certeza de que o ora paciente será denunciado.

29. Por todas estas razões, reiterando o pedido de vênia ao eminente Ministro **Marco Aurélio**, denego a ordem, cassando a liminar concedida."

IV

Após longo debate, o Ministro **Cezar Peluso** também votou pela concessão da ordem.

Pedi vista dos autos, para melhor exame da questão.

V

Compartilho da preocupação em se evitar o que o Ministro **Marco Aurélio** denominou em seu voto de "denuncismo irresponsável".

Não me comprometo, contudo, com a tese de imprestabilidade abstrata de toda e qualquer notícia-crime anônima.

Impressionam-me determinadas situações, em que o anonimato longe está de configurar um ato de covardia, mas, pelo contrário, um ato de boa-fé daqueles que, sabendo a respeito de determinado fato criminoso, o comunicam à autoridade competente com o único propósito de se evitar a impunidade, respaldando-se o anonimato, na verdade, no receio justificável de expor a risco a sua vida e a de sua família.

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.

Por isso, tenderia a reconhecer, dependendo das circunstâncias do caso concreto, a validade da notícia anônima – ainda que tomada como espécie de "*notitia criminis* inqualificada", conforme já defendia **Frederico Marques** – possibilitando-se, assim, a prática de atos iniciais de investigação.

No caso dos autos, contudo, os vícios são de duas ordens: o **primeiro** deles, na notícia anônima em si mesma (fls. 61/66), que é muito vaga ao narrar os fatos e em apontar elementos que pudessem corroborá-los; o **segundo**, a ausência de base empírica mínima, vício este que não fora suprido sequer com as diligências feitas posteriormente pelo Ministério Público, o qual se limitou a fazer interpretações a respeito de cópias de decisões que juntou ao requerimento dirigido ao Superior Tribunal de Justiça.

Conforme ressaltou Sua Excelência, a "qualquer decisão judicial que for sempre favorável a uma parte se pode tirar ilação de que o juiz, que proferiu essa decisão, está favorecendo a parte em relação a quem deu ganho de causa".

Nesse contexto, me parece no mínimo temerária a instauração do procedimento no Superior Tribunal de Justiça.

Com essas observações, peço vênia ao em. Ministro **Carlos Britto** para deferir a ordem: é o meu voto.

Registro, ainda, as observações do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. **Wagner Gonçalves**:

(...)

10. Além disso, *in casu*, a investigação criminal e a consequente denúncia têm por base, também, **todas as diligências** (entre elas, e principalmente, as escutas telefônicas obtidas mediante autorização judicial) realizadas para a apuração da veracidade das informações obtidas anonimamente. Detectada a existência de uma rede de corrupção entre oficiais de justiça e escritórios de advocacia especializados em busca e apreensão de veículos alienados fiduciariamente, o órgão ministerial, obedecendo ao disposto no art. 6º do Código de Processo Penal, instaurou o procedimento de investigação n. 0112006 (fl. 121), que culminou, acertadamente, no oferecimento da denúncia pelo *Parquet*.

11. Deve-se observar, *data venia*, que denúncia anônima pode e deve ser investigada, quando há elementos concretos referentes à conduta e à materialidade delituosa. Primeiro, porque denúncia anônima nada mais é do que uma *notitia criminis*. E, existindo essa, seja por qualquer meio que ela chegue à autoridade policial, compete-lhe, **na forma art. 6º e seguintes do CPP**, dar início às investigações, inclusive, (inc. III) "colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias". Segundo, quando a Constituição fala que está vedado o anonimato, no art. 5º, inc. IV, refere-se à livre manifestação de pensamento. Nada pode ser publicado anonimamente, ainda mais quando, pela imprensa, se acusa alguém de um ilícito. Contudo, com base em tal dispositivo, não se pode afastar uma investigação, interpretando a Constituição de forma fragmentária ou "por tiras", como já mencionou o Ministro Eros Grau. Caso assim não se entenda, cria-se um imenso embaraço à persecução penal (que é um direito do Estado) e ao combate à criminalidade. Afinal, quem, residindo em uma "favela", irá se identificar, ao fazer uma denúncia ("anônima") de tráfico? Quem irá também se identificar se, preso, delatar um assassinato ocorrido em um presídio? A *notitia criminis* deve ser desprezada, quando não houver fatos concretos, quando lhe faltar um mínimo de autoria, materialidade **ou ser absolutamente genérica**.

12. Afastar, de pronto, a denúncia anônima, **que é mera notícia de um crime**, é beneficiar criminosos de "alto cotumo", quadrilhas organizadas, exatamente pessoas e "empresas" que mais têm condições de amedrontar, ameaçar, destruir provas e matar testemunhas. Identificar o **colaborador** ou testemunhas, em casos tais, é condená-los à morte.

13. Com efeito, uma vez presente a justa causa para a *persecutio criminis* (há indícios suficientes para a promoção da ação penal), necessário se faz o devido processo legal, com a discussão da matéria fática, a produção de provas e o contraditório. O pretendido trancamento da ação penal, neste momento processual, implicaria em verdadeira obstrução da Justiça.

14. Aliás, a jurisprudência dessa Eg. Corte é firme no sentido de que o trancamento de ações penais, em sede de *habeas corpus*, somente é admitido quando restar manifesta a ausência de tipicidade, a extinção da punibilidade e/ou a **ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade**. Não é o caso dos autos, pelo contrário.

15. De se ressaltar, também, que, *in casu*, o *Parquet* logrou demonstrar a forma como os pacientes, em tese, praticaram os crimes dos quais são acusados, não havendo dúvidas de que a acusação descreveu todas as circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução (art. 41 do CPP), necessárias ao exercício do contraditório e da ampla defesa. Não há falar, portanto, em cerceamento de defesa, irregularidade flagrante ou mesmo inépcia da exordial acusatória.

16. Ir além desse exame perfunctório da lide, neste ponto, seria inaceitável nos estreitos limites do HC. Para que sejam dirimidas possíveis contradições quanto aos elementos subjetivos dos delitos em questão (culpa ou dolo), **faz-se necessária a instrução processual**, que não pode ser interrompida, em seu início, por este *writ*. (Fls. 180 a 182 – Grifos no original.)

Desde que presente razoável suspeita a propósito do comportamento dos indiciados, a persecução penal é consequência natural que se impõe, segundo a norma do art. 6º do Código de Processo Penal, sem que tanto configure arbitrariedade ou abuso de poder.

Por fim, o Juízo de 1º grau informa que a denúncia foi recebida em 12-5--2009, nos termos da decisão de fls. 288 a 292, a qual está devidamente fundamentada e demonstra a existência da materialidade dos crimes imputados e indícios suficientes de autoria, não sendo o caso de rejeição sumária (art. 395 do CPP).

As razões expostas pelo impetrante na petição de fls. 295 a 299 em nada modificam o entendimento fixado nesta Suprema Corte sobre a matéria, devendo a ação penal ter seu curso normal, nos termos da legislação processual vigente.

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, também louvo o ótimo desempenho do Advogado, a combatividade de Sua Excelência, mas vou acompanhar o eminente Relator.

A quebra de sigilo telefônico é tema de matriz constitucional. Está no inciso XII do art. 5º:

Art. 5º (...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Aqui foi para fins de investigação criminal, não havia sequer o inquérito, muito menos, portanto, a instrução processual penal propriamente dita.

E o fato é que a Lei 9.296, art. 3º, diz o seguinte:

> Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:
>
> I – da autoridade policial, na investigação criminal; [ou seja, sem falar se essa investigação criminal se dá já no bojo de um inquérito ou antes do inquérito, como preliminar do inquérito.]
>
> II – do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

O art. 4º arremata:

> Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

O juiz, ao receber o pedido, verdadeira representação, do delegado de Polícia Federal, deferiu o pedido e teve o cuidado de dizer que esse pedido se fez em fundamentado arrazoado, se traduziu num fundamentado arrazoado.

Eu, enquanto ouvia a leitura da representação, perguntei ao eminente Relator: Tudo isso faz parte do pedido, da representação ao magistrado do primeiro grau? E Sua Excelência respondeu que sim.

Eu também, como juiz, se juiz de primeiro grau fosse, daria como fundamentado todo esse arrazoado, e, portanto, estariam satisfeitos os requisitos da lei. Quanto ao fato de que o pedido se fez, ou a representação policial se fez junto ao juiz sem a devida instauração do inquérito policial e a partir de denúncia anônima, há uma decisão nossa, no HC 90.178, mais exatamente da Segunda Turma, sob a Relatoria do Ministro Cezar Peluso, que diz o seguinte:

> 2. **Inquérito policial. Denúncia anônima. Irrelevância. Procedimento instaurado a partir da prisão em flagrante. Ordem indeferida**. Não é nulo o inquérito policial instaurado a partir da prisão em flagrante dos acusados, ainda que a autoridade policial tenha tomado conhecimento prévio dos fatos por meio de denúncia anônima.

Aqui não houve prisão em flagrante, e, até hoje, os acusados, ora pacientes, se encontram soltos.

Conforme tentei demonstrar, o fato de a investigação, pré-inquérito, partir de denúncia anônima não tem maior relevância, porque a autoridade representada se deu ao trabalho de diligenciar no sentido de investigar alguns dados, a partir dos quais fez a representação ao magistrado.

O Ministro Menezes Direito relatou um pedido de *habeas corpus*, no qual indeferiu a liminar. Sua Excelência disse o que figura da nossa mais sedimentada jurisprudência. Denúncia anônima é *notitia criminis*, não passa de uma *notitia criminis*. É a notícia de um suposto crime dada por alguém que não revelou sua identidade. Mas, se há censura a fazer a esse tipo de procedimento, eu o faço tão somente no plano constitucional, que proíbe a denúncia, que proíbe o anonimato em matéria de liberdade de manifestação do pensamento. Quanto a alguém que, tirando proveito de um programa policial, tipo disque denúncia, traz uma notícia

de suposto para a autoridade, eu não vejo nisso – já tenho debatido isso nesta Turma – nenhum comportamento covarde, nenhum comportamento vil.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente): Vossa Excelência me permite um pequeno aparte?

O Ministério Público consigna muito bem em seu parecer que, muitas vezes, quando se trata de organizações criminosas, ou de criminosos perigosos, é uma forma que se tem de levar a *notitia criminis* às autoridades policiais sem correr até risco de vida.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Risco pessoal e familiar. Claro que o anonimato pode servir também, no plano da denúncia, para encobrir um comportamento maldoso, maledicente, descambando para a injúria, a calúnia – no caso, para a calúnia. Mas, *a priori*, eu entendo que, muitas vezes, a cidadania não tem como colaborar para a investigação de fatos tidos como delituosos senão no anonimato. Não vejo nisso maior problema. Problema eu vejo é se a autoridade policial, recebendo essa *notitia criminis*, não tiver o cuidado de fazer as devidas apurações separando o joio do trigo – aí, sim. No caso dos autos, acho que se houve bem o delegado de polícia e se houve bem o magistrado. Não vejo também como trancar, pela via do *habeas corpus*, o processo penal em curso.

Portanto, acompanho o voto Relator no sentido da denegação da ordem, cumprimentando Sua Excelência pelo excelente voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, a cada dia que passa, convenço-me mais e mais de que o Colegiado é um verdadeiro caleidoscópio. Temos visões distintas, presente o arcabouço normativo, presente a formação humanística de cada qual.

Indago, Presidente – é a única pergunta que faço –, se esta ação penal prosseguir – e os pacientes são oficiais de justiça – e vier a denúncia a ser julgada improcedente, terão eles campo para a denunciação caluniosa? A resposta é desenganadamente negativa. É um dado seriíssimo que levou o Tribunal, no julgamento referido no parecer – e atuei como Relator – do HC 84.827/TO, a assentar que, ante notícia anônima, não se pode ter a persecução criminal. E, aqui, está-se diante de um ato de constrição maior, a afastar a privacidade quanto às comunicações telefônicas. Não se pode ter a persecução criminal simplesmente considerada voz anônima.

Colho, Presidente, e sempre parto da Lei Maior, que está no ápice da pirâmide das normas jurídicas, que:

> Art. 5º (...)
> XII – é inviolável [é a regra e, portanto, tem-se a exceção a confirmá-la] o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma [forma essencial à valia do ato; os preceitos que a revelam são preceitos imperativos

e não simplesmente expositivos] que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Qual foi a providência do delegado de polícia – e penso que a autoridade claudicou – diante da fala de um colaborador, de um delator que não se identifica? Simplesmente buscou saber se aqueles indicados como a beneficiarem delinquentes, quanto a cumprimento de mandados, seriam, ou não, oficiais de justiça. É muito pouco, Presidente, para chegar-se a esse ato extremo, que é o de quebra do sigilo telefônico.

Reafirmo: partiu-se de ligações anônimas e também da fala de um colaborador. Aí, saindo-se da estaca zero para o ponto de maior constrição – o da interceptação telefônica – só se buscou saber se haveria, ou não – também, pudera! –, oficiais de justiça com aqueles nomes indicados. Não se investigou coisa alguma. Isso não é investigação. Para saber se seriam eles oficiais de justiça, ou não, bastaria um ofício ao Tribunal de Justiça, e este informaria.

Vou, Presidente, à premissa da representação visando à quebra do sigilo das comunicações telefônicas – com um detalhe, mas isso não poderemos adentrar, muito menos para indeferir a ordem –, no caso, houve uma carta em branco para chegar-se a números mediante desvios – não entendo muito bem da área da telefonia. Os telefones, portanto, não foram na sua totalidade determinados no requerimento e as prorrogações – muito embora a lei, que revela exceção quando autoriza a interceptação, cogite do prazo de quinze dias prorrogável por idêntico período e se para aí, não há prorrogações sucessivas – foram sucessivas.

Mas vou, Presidente, ao relato feito ao sensível Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Caruaru, Pernambuco:

> (...)
> 1. Através de colaboradores, obtivemos o informe de que oficiais de justiça desta Comarca estariam associados a traficantes locais. Segundo a informação em anexo (doc. 010) [anônima, do colaborador, não está subscrito; se estivesse, muito bem, abriria a porta para a responsabilidade de quem pudesse ter atuado aqui de forma leviana, via denunciação caluniosa], *Marivânia, Rubens, Boni* e *Anunciada* estariam informando criminosos locais [e, em Direito, o meio justifica o fim, não o fim ao meio, sob pena de ter-se a Babel, a insegurança jurídica] do cumprimento de mandados de busca e apreensão e prisão. Como se pode constatar, tais dados se somaram a outros informes [aí vem o detalhe] anônimos direcionados a esta Delegacia, via telefone.
> 2. Dada a gravidade da denúncia, procuramos confirmar (...).

Foi a única coisa, em termos de investigação – e, para mim, isso não é investigação –, que o delegado fez.

> (...) se realmente existem oficiais de justiça nesta Comarca com os nomes acima, quando obtivemos a qualificação dos citados, sendo eles *José Bonifácio Ramos de Oliveira, José Rubens de Oliveira, Maria Anunciada dos Santos* e *Marivânia Santana de Lima* (v. informação em anexo – doc. 02).
> *Da necessidade de interceptação telefônica* (...).

Partiu-se, de imediato, para o ato extremo de constrição – a interceptação, sem qualquer outra investigação senão confirmar a qualificação de oficiais, dos envolvidos. Servidores públicos.

> 3. Pelos dados colhidos até o presente momento, é possível identificar que a investigação a ser aprofundada (...)

Devia ter aprofundado para depois pedir-se – como nós dissemos no precedente, HC 84.827/TO, se fosse o caso, e presente o art. 4º da Lei 9.296, de 24 de julho de 1996 –, de forma fundamentada, a interceptação.

Mas prossigo:

> 3. Pelos dados colhidos até o presente momento, é possível identificar que a investigação a ser aprofundada recai sobre a prática de crime de associação para o tráfico ilícito de entorpecentes (crime previsto no art. 14 da Lei n. 6.368/1976 e punido com pena de reclusão) e de corrupção passiva majorada, (crime previsto no art. 317, § 1º, do Código Penal e punido também com pena de reclusão).
>
> *Dos indícios razoáveis de autoria*

Então vem um detalhe, a base maior do requerimento.

> 4. Conquanto o início da investigação tenha se baseado num informe de um colaborador, esta Delegacia realizou um levantamento dos dados repassados, confirmando que, de fato, [mas é muito pouco] os suspeitos são oficiais de justiça, sem contar que o informe não foi isolado, somou-se a ligações anônimas, fato que, ao nosso sentir, revela um sério indício de que a denúncia seja verdadeira.

Presidente, a vida gregária pressupõe segurança jurídica. Não me canso de dizer que se paga um preço por se viver em um Estado de Direito. E esse preço não é o atropelo, não é o justiçamento, não é a punição a ferro e fogo; é a observância, principalmente presentes as franquias constitucionais, da ordem jurídica.

Vou à redundância: a única investigação feita neste caso foi para constatar se seriam eles, ou não, oficiais de justiça; isso não é investigação.

O Sr. Ministro Ayres Britto: E também o confronto com outras denúncias anônimas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Foi o que disse, Excelência. Veja: O que se tem na ordem jurídica, considerada a respectiva organicidade? Que imputar a alguém crime de forma leviana gera a responsabilidade penal. Se julgada improcedente a acusação do Ministério Público, terão os oficiais de justiça acesso à denunciação caluniosa para responsabilizar esses anônimos tão bem intencionados? O Brasil está cheio de bem intencionados. Não se avança culturalmente assim.

Peço vênia, Presidente, para, ante esse contexto, reafirmar a óptica que exteriorizei no julgamento – e farei transcrever o voto, porque admiti que poderia haver uma investigação, mas não simplesmente saber-se se fulano guarda, ou não, essa qualidade de oficial de justiça – a fim de, no caso, concluir que a única base para chegar-se ao ato extremo que excepciona a regra da privacidade – o ato

de interceptação telefônica – foi a denúncia anônima e a simples constatação – que poderia resultar até de um ofício ao Tribunal de Justiça – de que realmente aquelas pessoas seriam oficiais de justiça.

Há a contaminação, Presidente. Tudo teve início com base nesse ato discrepante, a meu ver, a mais não poder, da ordem jurídica.

Por isso, concedo a ordem para trancar, quanto aos pacientes, a ação penal em curso, sem prejuízo de que, se se tiver outros elementos que não os resultantes dessa interceptação telefônica, caminhe-se para a responsabilidade de quem claudicou em ato que envolve inclusive o Estado, a administração da própria Justiça.

É como voto.

DEBATE

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente): Eu peço vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio, sempre respeito as suas substanciosas ponderações, para indeferir a ordem.

Eu me louvo, aqui, do despacho proferido pelo eminente e saudoso Ministro Menezes Direito na liminar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Fico a imaginar-me, por exemplo, sendo alvo de uma denúncia anônima, e alguém procedendo como se procedeu, nesse caso, à interceptação de meus telefonemas.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Eu não me incomodaria se alguém me denunciasse a qualquer momento, anonimamente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, Excelência, eu me incomodaria muito, porque gostaria que assumisse a responsabilidade, já que tenho perfil, como homem público, a preservar, e acionaria o instituto a denunciação caluniosa.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Pois eu não. Eu não me incomodo, porque o ordenamento jurídico tem muito mais a perder com a proibição das denúncias anônimas do que com a aceitação delas como ponto de partida para uma investigação criminal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Então, vamos partir para o denuncismo, para a babel, para uma época de verdadeiro terror.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não, Excelência, a criminalidade campeia em nosso País.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência puxou um voto, pretendendo substituir a pena de um traficante de drogas pela restritiva de direito. O crime de tráfico é o mais sério que se tem no cenário.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Sim, mas aí é o princípio da individualização da pena. É diferente, completamente diferente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas ainda voto nessa matéria, e Vossa Excelência disse, inclusive, que me citou, mas num precedente à luz da lei

pretérita de tóxicos, que não previa a proibição, com um detalhe: é que o paciente desse caso concreto, Presidente – estou raciocinando em voz alta –, foi condenado, de início, à pena-base, com a causa de diminuição teve a pena-base diminuída em dois terços, e os cinco anos foram substituídos por um ano e oito meses. Tem-se a colocação que o Ministro fez: a lei especial a afastar a parte geral do Código Penal. Não estaríamos – eu já estou inclusive elucubrando – diante de uma opção político-normativa?

O Sr. Ministro Ayres Britto: acho que o Ministro Lewandowski disse muito bem.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Somente estou lançando essas ideias porque já as manifestei na Turma, em caso concreto.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É que a cidadania, muitas vezes, não tem como colaborar com a investigação criminal senão mediante denúncias apócrifas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E como fica o instituto da denunciação caluniosa? Se se pode driblar esse instituto tão importante para ter-se responsabilidade, principalmente no campo penal, avançar-se-á no campo do aprimoramento da ordem jurídica?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Porque a cidadania teme represália, teme perseguição, teme reação. Isso não significa necessariamente covardia, pusilanimidade, mau-caráter, mau-caratismo, como dizia Odorico Paraguaçu; necessariamente não. E quantos crimes não foram desvendados neste País a partir de uma *notitia criminis* anônima?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Quando disciplinada, no Supremo, a Ouvidoria, foi lançado dispositivo revelando que toda denúncia anônima – e julgamos, depois, um *habeas corpus* na Turma, versando essa matéria – iria para a lata de lixo!

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não, mas a Constituição, quando fala de proibição de anonimato, é em outro contexto, é quanto à elaboração do pensamento, não em matéria criminal. Nunca falou. A Constituição nunca proibiu denúncia anônima.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não argumentei com esse preceito da Constituição. Argumentei, sim, que se chegou a um ato extremo, afastando a privacidade quanto a oficiais de justiça, a partir de denúncia anônima, e ante a simples constatação de que eles seriam, realmente, oficiais de justiça. Para mim, é pouco, muito pouco.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas a vida confirma que, de ordinária, essas denúncias têm consistência. Resultou em quê? Numa ação penal. Não foi em vão a denúncia.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Aí é que está. Em Direito, o meio justifica o fim, não o fim ao meio, sob pena de poder-se construir, na Praça dos Três Poderes, muro de fuzilamento.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Senhor Presidente, eu só gostaria, diante dos debates, de fazer algumas rápidas análises.

Dizer que concordo plenamente com as colocações do Ministro **Marco Aurélio** no sentido de que temos que evitar o denuncismo, temos que evitar que uma denúncia anônima por si só gere uma situação de constrangimento a qualquer cidadão, até porque a própria Constituição Federal veda o anonimato. E exatamente por isso é que eu analisei o caso no sentido de verificar se houve aquilo que vários votos proferidos quando do julgamento do precedente citado – o qual Vossa Excelência foi Relator e o próprio Ministro **Britto** também pediu vista naquele julgamento – permitiram uma investigação preliminar.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Fiz essa distinção entre manifestação do pensamento e denúncia anônima. São coisas completamente diferentes.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência ficou vencido no *habeas,* no julgamento?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Sim. Como Vossa Excelência tantas vezes fica vencido e nem por isso deixa de ter razão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Coisa que não faço questão é de formar na corrente majoritária. Em julgamento não disputo coisa alguma.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Mas muitos dos que votaram acompanhando o eminente Relator fizeram essa ressalva sobre a possibilidade dos procedimentos preliminares. O que verifiquei, aqui, Senhor Presidente, nobres Colegas, é que houve um procedimento preliminar feito de maneira absolutamente sigilosa, sem expor as pessoas. Isso aqui redundou em ação de improbidade, que está proposta, redundou na denúncia e tem depoimento de uma das envolvidas, que chegou, inclusive, em determinado momento, em determinado interrogatório, a apontar que eles recebiam valores por fora para cumprimento de diligência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É a teoria do fruto da árvore envenenada.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Mas o que eu apontei aqui, e por isso não coloquei esses dados das consequências no meu voto, é que, para mim, o que estava em jogo era exatamente o início, se a árvore era uma árvore boa ou se não era uma árvore boa. E verifiquei que, de acordo com os precedentes do Supremo, há realmente a possibilidade de se fazer uma investigação preliminar.

Quando estive à frente da Advocacia-Geral da União, foi levado ao Advogado-geral – a mim, à época – exatamente um pedido de delimitação disso pelas várias denúncias contra servidores públicos federais que chegam anonimamente. Fizemos um parecer normativo para orientar a Controladoria-Geral da União e as consultorias jurídicas de todos os Ministérios de acordo com o precedente do Supremo, ou seja, uma denúncia anônima tem que ser checada. Se se colherem novos elementos em que se mostrem uma possibilidade de haver algum ilícito,

aí sim deve ser instaurado um inquérito administrativo, enfim, um procedimento administrativo para apurar aquela denúncia. De acordo com os precedentes do Supremo Tribunal Federal é que foi feito isso, do ponto de vista da Advocacia-Geral da União.

Aqui, neste caso, verifiquei a existência de duas frentes, a do delegado da Polícia Federal e, paralelamente, a investigação do Ministério Público estadual. Houve uma análise a respeito dos fatos, que redundaram posteriormente nessas ações. Essas ações, tanto a de improbidade quanto a denúncia, entendo que sejam hígidas, no sentido de ter havido a devida cautela para verificar uma eventual veracidade preliminar da denúncia anônima que, sim, sem dúvida nenhuma, deu início a tudo. Não se nega, aqui, mas houve uma checagem inicial.

Por isso, sem querer evidentemente discordar da premissa do Ministro **Marco Aurélio**, mas, nesse caso concreto, eu entendo de acordo com vários votos do qual Sua Excelência discordou; Sua Excelência manteve, realmente, enquanto Relator, uma postura firme de toda e qualquer denúncia anônima ter que ser rechaçada. Mas verifiquei, da leitura dos votos – assim como já o fizera quando da Advocacia-Geral da União para uniformizar o entendimento da Administração Pública, quando lá estive –, que essa investigação preliminar é possível, é legal, é lícita e pode, depois, então, redundar numa ação consequente.

Por isso, mantenho o meu voto, Senhor Presidente, mas também reconheço que a denúncia anônima não pode ser utilizada para fins de atingir a honra ou a imagem das pessoas.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente): Vou pedir vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio por entender também que, após várias denúncias anônimas e também a ação de chamados "colaboradores", o delegado federal de Caruaru logrou chegar a uma série de indícios a partir dos quais ele representou ao juiz federal local competente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas não revelou esses indícios, a menos que se tenha trechos ocultos na peça de representação. Os únicos revelados foram o fato de se ter a notícia anônima e a circunstância de os envolvidos serem oficiais de justiça.

O Sr. Ministro Ayres Britto: E a convergência de sentido com outras informações, outras denúncias anônimas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Anônimas, Excelência!

O Sr. Ministro Ayres Britto: Sim, mas de várias fontes, não é? Ou seja, em vários momentos colhidas essas informações.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente): De qualquer maneira, o juiz, que é o garantidor dos direitos e garantias fundamentais, entendeu que nessa representação estava presente a justificativa necessária para permitir a quebra do

sigilo daqueles investigados. Portanto, o delegado não agiu como, muitas vezes e de forma lamentável, age a polícia, ela própria quebrando sigilos para subsidiar as investigações, mas foi ao Judiciário para pedir a necessária autorização. Portanto, parece-me que nesse aspecto a denúncia está hígida, pelo menos neste momento processual e nesta análise que se faz nos estreitos lindes do remédio heróico constitucional, que é o *habeas corpus*.

De outra parte, eminente Ministro Marco Aurélio, também tenho a mesma preocupação que Vossa Excelência ventilou, com a questão da denunciação caluniosa. Acho que eventual processo por denunciação caluniosa, não ficará, a meu ver, totalmente coactada.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Só se se ajuizar contra o delegado da Polícia Federal!

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente): Ela, fica dificultada, porque, no caso de eventual absolvição para ensejar a abertura de um processo por denunciação caluniosa, a autoridade policial, a meu ver, tem a obrigação de revelar as fontes, sob pena de responsabilidade, ou, então terá de partir para diligências no sentido de encontrar e identificar aquelas fontes ou aqueles "colaboradores" que permitiram a representação ao juiz federal e, finalmente, a apresentação da denúncia. Portanto, entendo que um eventual processo, se houver absolvição ao final, não fica inviabilizado, mas apenas dificultado.

Portanto, com a devida vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio, eu acompanho o eminente Relator para também indeferir a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 95.244/PE — Relator: Ministro Dias Toffoli. Pacientes: José Bonifácio Ramos de Oliveira, José Rubens de Oliveira, Maria Anunciada dos Santos, Marivânia Santana de Lima, Rosivaldo França Costa ou Rosivaldo França da Costa. Impetrante: Francisco Rodrigues da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas* corpus, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Falou o Dr. Francisco Rodrigues da Silva, pelos pacientes. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Mathias.

Brasília, 23 de março de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

HABEAS CORPUS 97.979 — SP

Relatora: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Paciente: José Joaquim de Matos — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Relator do Recurso Especial 1.017.597 do Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Constitucional. Auxílio ao tráfico de drogas e associação para o tráfico. Lei 6.368/1976. Crimes autônomos. Causa de aumento de pena aplicada aos dois crimes. Transnacionalidade. Alegação de *bis in idem*. Não ocorrência. Constrangimento ilegal não caracterizado.**

1. Os delitos de auxílio ao tráfico de drogas e de associação para o tráfico, previstos na Lei 6.368/1976, são autônomos, assim, a causa de aumento consistente na transnacionalidade incide sobre cada um deles de forma independente.

2. Não ocorrência do *bis in idem*.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 3 de novembro de 2009 — Cármen Lúcia, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1**. *Habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pela *Defensoria Pública da União*, em favor do paciente *José Joaquim de Matos*, contra decisão do eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator do Recurso Especial 1.017.597/SP.

2. Tem-se nos autos (fls. 46-47) que o paciente foi condenado pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Franca/SP (Processo 2002.61.13.001542-6), em 23-9-2002, à pena de quatorze anos e oito meses de reclusão, acrescida de duzentos e quarenta e dois dias-multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 12, § 2º, inciso III e 14 c/c o art. 18, inciso I, todos da Lei 6.368/1976 c/c o art. 69, do Código Penal (tráfico internacional e associação para o tráfico internacional de drogas em concurso material).

3. Contra essa decisão a defesa interpôs apelação ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, em 26-9-2006, deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena-base do delito capitulado no art. 14 da Lei 6.368/1976, por entender ter ocorrido o *bis in idem*:

Ementa: Apelação criminal. Tráfico internacional de entorpecentes. Artigo 12, parágrafo 2º, inciso III, c/c inciso I, do 18, c/c 14 da Lei n. 6.368/76. Concurso material. Inexistência de falhas na condução do processo. Preliminar afastada. Autoria e materialidade. Prova. Depoimentos dos policiais. Validade. Testemunhas. Valor das provas colhidas no decorrer do inquérito policial. Interceptação telefônica válida. Internacionalidade do tráfico. Prova. Crime de associação caracterizado. antecedentes criminais, culpabilidade, conduta social, personalidade, circunstâncias e consequências do crime. Fixação da pena-base para os delitos dos artigos 12 e 14 da lei de tóxicos. Dosimetria da pena. Sentença parcialmente reformada. Redução proporcional da pena-base para o delito tipificado no artigo 14 da Lei n. 6.368/76. Afastamento da causa de aumento de pena devida pela internacionalidade do crime de associação criminosa para o tráfico. Apelação conhecida e parcialmente provida.

1. O processo criminal em questão foi conduzido à luz das disposições processuais penais aplicáveis à espécie, razão pela qual não houve falhas que pudessem justificar a decretação da sua nulidade.

2. Preliminar afastada.

3. Materialidade e autoria comprovadas.

4. Depoimentos dos policiais envolvidos na apuração dos fatos não padecem de contradições, não havendo qualquer razão que autorize a sua rejeição, reputando-se absolutamente válidos, até porque, na qualidade de agentes do Estado, estes se encontram permeados pela fé pública, e somente não seriam aceitos em juízo, diante de prova consistente e robusta em sentido contrário.

5. Princípio do livre convencimento. As provas produzidas em sede de inquérito policial, quando corroboradas no decorrer da instrução processual, podem servir de elementos influenciadores do convencimento do órgão julgador.

6. Conjunto probatório comprova a internacionalidade do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes.

7. Crime de associação capitulado do artigo 14 da Lei n. 6.368/76 configurado, uma vez que restou comprovado mais do que mera reunião eventual entre os denunciados, mas sim prévio ajuste entre parceiros, caracterizado pela formação de sociedade criminosa, com evidente cooperação entre os seus integrantes e destinada a fomentar e viabilizar o tráfico de drogas, expandindo, assim, os negócios e potencializando os "lucros".

8. Não há vedação alguma em se considerar a existência de inquérito policial envolvendo o apelante como maus antecedentes. Além do mais, os maus antecedentes não foram a única circunstância desfavorável ao apelante levada em consideração na fixação das suas penas-base. Foram-lhe desfavoráveis, também, a sua culpabilidade, a sua conduta social, a sua personalidade, as circunstâncias e consequências do crime.

9. Dosimetria da pena. Reforma parcial da sentença. Redução das penas privativa de liberdade e de multa no tocante ao delito capitulado no artigo 14 da Lei n. 6.368/76, mediante a readequação proporcional da pena-base, levados em consideração os limites mínimo e máximo previstos para a sua fixação e o afastamento da causa de aumento de pena devida pela internacionalidade do delito, dado que a sentença de primeiro grau incidiu em *bis in idem*.

10. Apelação conhecida. Rejeição da preliminar, e no mérito, dado parcial provimento ao recurso do sentenciado.

(Fls. 73-74.)

4. Inconformado com a decisão, o Ministério Público interpôs o Recurso Especial 1.017.597/SP no Superior Tribunal de Justiça, ao qual o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator, deu provimento para restabelecer a causa de aumento prevista no art. 18, inciso I, da Lei 6.368/1976, nos termos seguintes:

> 1. Cuida-se de Recurso Especial interposto pelo *Ministério Público Federal*, com fundamento no art. 105, III, *a* da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, reformando a sentença de primeiro grau, afastou a causa de aumento contida no art. 18, I, da Lei 6.368/76, reduzindo, por consequência, a pena anteriormente aplicada.
>
> 2. Sustenta o recorrente negativa de vigência ao art. 18, I, da Lei 6.368/76.
>
> 3. Contrarrazões às fls. 770/780; Recurso Especial admitido no Tribunal de origem (fls. 782/784).
>
> 4. Opina o ilustre Subprocurador-Geral da República pelo conhecimento e provimento do apelo excepcional (fls. 796/797).
>
> 5. Conhece-se do Recurso Especial, na medida em que presentes os requisitos para sua admissibilidade.
>
> 6. Constou do aresto combatido:
>
> > Ainda em relação ao crime do artigo 14 da Lei de Tóxicos, verifico que a magistrada sentenciante equivocou-se ao aplicar ao delito a causa de aumento de pena, devida pela internacionalidade, prevista no inciso I do artigo 18 da norma em comento, uma vez que acabou por incidir em *bis in idem*, já que a internacionalidade da conduta já havia sido utilizada para aumentar a pena do crime do inciso III do § 2º do artigo 12 da Lei 6.368/76, razão pela qual, neste aspecto, deve a sentença ser reformada para afastar, na terceira fase de aplicação da pena, a causa de aumento de pena devida pela internacionalidade da conduta (fls. 740/741).
>
> 7. Todavia, nos termos de consolidado entendimento desta Corte Superior, não configura *bis in idem* a incidência da majorante da extraterritorialidade (art. 18, I, da Lei n. 6.368/76), simultaneamente aos crimes dos arts. 12 e 14, da Lei n. 6.368/76.
>
> 8. Confiram-se os seguintes julgados:
>
> > *Recurso especial. Direito penal. Crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e de associação para o tráfico. Extraterritorialidade. Causa de aumento. Art. 18, inciso I, da Lei 6.368/76. Bis in idem. Inexistência.*
> >
> > 1. Não configura *bis in idem* a incidência da majorante da extraterritorialidade simultaneamente aos crimes dos arts. 12 e 14, da Lei n. 6.368/76, em concurso material, porquanto a associação para o tráfico é crime autônomo que deve ser punido de forma mais severa quando visar o tráfico internacional de entorpecentes.
> >
> > 2. O aumento de pena "no caso de tráfico com o exterior ou da extraterritorialidade de lei penal" está expressamente previsto, nos termos do art. 18, inciso I, da Lei n. 6.368/76, para todos os crimes definidos na Lei de Tóxicos.
> >
> > 3. Recurso provido.
>
> (REsp. 738.253/SC, Rel(a). Min(a). *Laurita Vaz*, *DJ* de 1-2-2006.)
>
> > *Penal e processual penal. Habeas corpus (EC n. 22/99). Tráfico de drogas. Reiteração parcial do pedido. Pretenso bis in idem. Regime inicial.*
> >
> > I – Não se conhece de parte do *writ* que é mera reiteração.
> >
> > II – Inexiste, em princípio, *bis in idem* na aplicação do art. 18, inciso I em relação ao art. 14, ambos da Lei de Tóxicos.

> III – O regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, em se tratando de art. 12 da Lei n. 6.368/76, por força do art. 2º § 1º da Lei n. 8.072/90, é o fechado.
>
> *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, aí, indeferido. (HC 10.613/RJ, Rel. Min. *Felix Fischer*, *DJ* de 14-2-2000.)
>
> 9. Isso posto, nos termos do art. 557, § 1º-A do CPC c/c art. 3º do CPP, dá-se provimento ao Recurso Especial, para restabelecer a causa de aumento prevista no art. 18, I, da Lei 6.368/76.
>
> (Fls. 5-7.)

5. Contra essa decisão interpõe-se o presente *habeas corpus*, no qual a impetrante alega a impossibilidade, sob pena de *bis in idem,* de incidir a causa de aumento prevista no art. 18, inciso I, da Lei 6.368/1976, simultaneamente, sobre as penas dos crimes previstos nos arts. 12 e 14 da mesma Lei.

6. Ao final, a impetrante pede:

> a concessão do *writ* para restabelecer o v. Acórdão do TRF da 3ª Região, afastando a incidência da causa de aumento do inciso I do artigo 18 da condenação do paciente pela prática do crime previsto no artigo 14, todos da Lei 6.368/76.
>
> (Fl. 4.)

7. Requer, também, a intimação pessoal do Defensor Público-Geral da União para a sessão de julgamento desta ação.

8. Em 15 de maio de 2009, o Subprocurador-Geral da República Mário José Gisi opinou pela denegação da ordem (fls. 110-113).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): **1**. Conforme relatado, no presente *habeas corpus* alega-se a impossibilidade de se aplicar a causa de aumento prevista no art. 18, inciso I, da Lei 6.368/1976, simultaneamente, às penas previstas para os crimes tipificados nos arts. 12, § 2º, inciso III e 14 da Lei 6.368/1976, sob pena de *bis in idem*. Confira-se a previsão legal:

> Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;
>
> (...)
>
> § 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:
>
> (...)
>
> III – contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.
>
> (...)

> Art. 14. Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 ou 13 desta Lei.
> (...)
> Art. 18. As penas dos crimes definidos nesta Lei serão aumentadas de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços):
> I – no caso de tráfico com o exterior ou de extraterritorialidade da lei penal;

2. Analisando a matéria posta a exame, de início, anoto que os delitos previstos no art. 12, § 2º, inciso III (auxílio ao tráfico ilícito de drogas), e no art. 14 (associação para o tráfico), da Lei 6.368/1976, são autônomos, ou seja, constituem-se em infrações penais independentes uma da outra, o que torna possível a ocorrência do concurso material.

Nesse sentido, os precedentes seguintes:

> *Ementa*: *Habeas corpus* – Os crimes previstos nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/1976 são autônomos, dando margem, assim, ao reconhecimento de concurso material – Não é o *habeas corpus* o instrumento processual hábil para reexame de provas para descaracterizar-se a associação a que se refere o citado art. 14, a fim de reconhecer que o acordo existente caracterizaria apenas concurso de agentes – Fixação da pena justificada pela periculosidade do ora paciente pela grande quantidade de cocaína (160 quilos) e pelos maus antecedentes, levando em conta inquérito contra ele por tráfico de entorpecentes. *Habeas corpus* indeferido.
> (HC 73.878, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 18-6-1996.)

E:

> *Ementa*: *Lei de Tóxicos, arts. 12 e 14. Crimes autônomos. Concurso material. Seria ilógico que, organizado o bando para praticar crimes, deixasse de ser punido exatamente porque realizou os objetivos para que foi constituído. Habeas corpus indeferido*.
> (HC 63.611, Rel. Min. Cordeiro Guerra, *DJ* de 11-4-1986.)

3. Com o mesmo entendimento sobre os crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, já sob a égide da Lei 11.343/2006, que tipifica esses delitos de forma bastante semelhante ao da antiga Lei 6.368/1976, Guilherme de Souza Nucci[1] afirma que:

> Concurso de crimes: viabilidade. Se o agente cometer o delito previsto no art. 33 (antigo art. 12 da Lei 6.368/76) ou no art. 34 (antigo art. 13 da Lei 6.368/76) desta Lei, deve responder por este crime em concurso material com a figura típica do art. 35, que é autônoma. Logicamente, deve-se buscar o ânimo de associação, duradoura e permanente. Assim ocorrendo, nada impede o concurso. Conferir: TJMG: "Os delitos de tráfico ilícito de entorpecentes e de associação para o tráfico, por serem autônomos e independentes, podem coexistir em concurso material". (Ap. 1.0382.04.041441-1, Rel. Jane Silva, 25-10-2005, *DJ* de 22-11-2005.)

---

[1] *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 335/336.

4. Ora, autônomos os crimes de auxílio ao tráfico ilícito de drogas e de associação para o tráfico, é perfeitamente possível que a causa de aumento prevista no art. 18, inciso I, da Lei 6.368/1976 incida, de forma independente, sobre cada um desses crimes, desde que presente a elementar da transnacionalidade do delito.

5. O *bis in idem* somente ocorre quando uma mesma circunstância é utilizada mais de uma vez para sancionar o réu de maneira mais severa por um delito praticado. Contudo, na espécie, está diante de dois delitos, diversos e autônomos, que o legislador, por razões de política criminal, quis reprimir de forma mais severa quando presente a transnacionalidade.

6. Assim, pode ocorrer, por exemplo, de somente o tráfico ilícito de drogas ser feito para o exterior e a associação ser unicamente para a prática do crime dentro do país, quando, neste caso, somente incidiria a causa de aumento no primeiro delito.

7. Na espécie em foco, tanto o crime de auxílio ao tráfico quanto o de associação foram praticados com o elemento da transnacionalidade, o que fez incidir a causa de aumento para cada um deles, separadamente, não havendo que se falar em *bis in idem.*

8. Pelo exposto, **encaminho a votação no sentido de se denegar a presente ordem de *habeas corpus***.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, também acompanho a eminente Relatora.

Também entendo que não há *bis in idem* pelo reconhecimento da causa e aumento de pena devida à internacionalidade dos delitos.

VISTA EM MESA

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, o tema parece muito claro. Não há, nos tipos dos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/1976, já até suplantada pela nova Lei de Tóxicos, especificidade quanto ao tráfico. Os tipos são genéricos e aludem ao tráfico e à associação, sem perquirir se a prática delituosa ocorreu com o objetivo de ir-se para o exterior ou de alcançar os próprios consumidores do território brasileiro. Por isso, peguei o processo para ver qual foi a base para se concluir pelo *bis in idem,* a sobreposição que, realmente, não se coaduna com o Direito Penal.

Ficaria com vista do processo em Mesa, apenas para satisfazer a essa curiosidade, porque o Regional Federal realmente alterou a sentença, no que o Juízo tinha admitido a causa de aumento do art. 18.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): O TRF entendeu que, quando se trata do art. 18, uma vez incidindo em um, não poderia incidir no outro. Este é o resultado que foi, então, alterado pelo STJ.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): É interessante, Ministro Marco Aurélio, como, em nosso país, vivemos meio "ensanduichados" – comparando esse processo com o primeiro que julgamos aqui – entre a influência do tráfico e o tráfico de influência. A todo instante nos deparamos com esse tipo de desafio na seara criminal.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, na terceira fase de aplicação da pena, da dosimetria, o Tribunal Regional Federal excluiu a causa de aumento do inciso I do art. 18 da Lei 6.368/1976 quanto ao crime de quadrilha e não motivou essa decisão. Simplesmente assentou:

> Na terceira fase de aplicação da pena, *afasto a causa de aumento de pena prevista no inciso I, do artigo 18, da Lei 6.368/1976, aplicada na sentença proferida em primeiro grau de jurisdição* e, diante da inexistência de outras causas de aumento ou de diminuição de pena, fixo a pena final privativa de liberdade para este delito em *4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 14 (quatorze) dias de reclusão*.

A meu ver, implicitamente, e não podemos conceber decisão implícita, teve-se como inaplicável ao art. 14 – associação – a causa de aumento. Acontece que o art. 18, inciso I, refere-se aos crimes previstos na lei e, entre esses, está o tipificado no aludido art. 14.

Acompanhando a Relatora, indefiro a ordem no que o Superior Tribunal de Justiça, julgando recurso especial, concluiu pela afronta ao texto da lei e proveu esse recurso para restabelecer o entendimento sufragado pelo Juízo.

EXTRATO DA ATA

HC 97.979/SP — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Paciente: José Joaquim de Matos. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Relator do Recurso Especial 1.017.597 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora. Unânime.

Presidência do Ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 3 de novembro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 98.237 — SP

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Paciente: Sérgio Roberto de Niemeyer Salles — Impetrante: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil — Coatora: Relatora do HC 129.896 do Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus* – Crimes contra a honra – Prática atribuída a advogados – Representação formulada por magistrado em decorrência de manifestação processual produzida pelo paciente (e por seu colega advogado) em sede de razões de apelação – Protesto e crítica por eles formulados, em termos objetivos e impessoais, contra os fundamentos em que se sustentava a decisão recorrida – Intangibilidade profissional do advogado – Ausência do *animus calumniandi vel diffamandi* – Exercício legítimo, na espécie, do direito de crítica, que assiste aos advogados em geral e que se revela oponível a qualquer autoridade pública, inclusive aos próprios magistrados – *Animus narrandi vel defendendi* – Consequente descaracterização dos tipos penais – Acusação deduzida pelo Ministério Público que atribuiu aos advogados a suposta prática dos crimes de calúnia, difamação e injúria – Denúncia que extrapolou os limites materiais dos fatos narrados pelo autor da representação (magistrado federal), que pretendia, unicamente, a responsabilização penal dos advogados pelo delito de injúria. Atuação *ultra vires* do Ministério Público – Inadmissibilidade – Ausência de justa causa para a ação penal – Liquidez dos fatos – Possibilidade de controle jurisdicional em sede de *habeas corpus* – Extinção do processo penal de condenação – Afastamento, em caráter excepcional, no caso concreto, da incidência da Súmula 691/STF – *Habeas corpus* concedido de ofício, com extensão dos seus efeitos ao corréu, também advogado.**

Representação e denúncia: limitação material que resulta do fato objeto da delação postulatória.

– O fato que constitui objeto da representação oferecida pelo ofendido (ou, quando for o caso, por seu representante legal) traduz limitação material ao poder persecutório do Ministério Público, que não poderá, agindo *ultra vires*, proceder a uma indevida ampliação objetiva da *delatio criminis* postulatória, para, desse modo, incluir, na denúncia, outros delitos cuja perseguibilidade, embora dependente de representação, não foi nesta pleiteada por aquele que a formulou. Precedentes.

– A existência de divórcio ideológico resultante da inobservância, pelo Ministério Público, da necessária correlação entre os termos da representação e o fato dela objeto, de um lado, e o

conteúdo ampliado da denúncia oferecida pelo órgão da acusação estatal, de outro, constitui desrespeito aos limites previamente delineados pelo autor da delação postulatória e representa fator de deslegitimação da atuação processual do *Parquet*. Hipótese em que o Ministério Público ofereceu denúncia por suposta prática dos crimes de calúnia, difamação e injúria, não obstante pleiteada, unicamente, pelo magistrado autor da delação postulatória (representação), instauração de *persecutio criminis* pelo delito de injúria. Inadmissibilidade dessa ampliação objetiva da acusação penal.

Inviolabilidade do advogado – Crimes contra a honra – Elemento subjetivo do tipo – O *animus defendendi* como causa de descaracterização do intuito criminoso de ofender.

– A inviolabilidade constitucional do advogado: garantia destinada a assegurar-lhe o pleno exercício de sua atividade profissional.

– A necessidade de narrar, de defender e de criticar atua como fator de descaracterização do tipo subjetivo peculiar aos delitos contra a honra. A questão das excludentes anímicas. Doutrina. Precedentes.

– Os atos praticados pelo advogado no patrocínio técnico da causa, respeitados os limites deontológicos que regem a sua atuação como profissional do Direito e que guardem relação de estrita pertinência com o objeto do litígio, ainda que expressem críticas duras, veementes e severas, mesmo se dirigidas ao Magistrado, não podem ser qualificados como transgressões ao patrimônio moral de qualquer dos sujeitos processuais, eis que o *animus defendendi* importa em *descaracterização* do elemento subjetivo inerente aos crimes contra a honra. Precedentes.

O exercício da advocacia e a necessidade de respeito às prerrogativas profissionais do advogado.

– O Supremo Tribunal Federal tem proclamado, em reiteradas decisões, que o advogado – ao cumprir o dever de prestar assistência àquele que o constituiu, dispensando-lhe orientação jurídica perante qualquer órgão do Estado – converte a sua atividade profissional, quando exercida com independência e sem indevidas restrições, em prática inestimável de liberdade. Qualquer que seja a instância de poder perante a qual atue, incumbe, ao advogado, neutralizar os abusos, fazer cessar o arbítrio, exigir respeito ao ordenamento jurídico e velar pela integridade das garantias – legais e constitucionais – outorgadas àquele que lhe confiou a proteção de sua liberdade e de seus direitos.

– O exercício do poder-dever de questionar, de fiscalizar, de criticar e de buscar a correção de abusos cometidos por órgãos

públicos e por agentes e autoridades do Estado, inclusive magistrados, reflete prerrogativa indisponível do advogado, que não pode, por isso mesmo, ser injustamente cerceado na prática legítima de atos que visem a neutralizar situações configuradoras de arbítrio estatal ou de desrespeito aos direitos daquele em cujo favor atua.

– O respeito às prerrogativas profissionais do advogado constitui garantia da própria sociedade e das pessoas em geral, porque o advogado, nesse contexto, desempenha papel essencial na proteção e defesa dos direitos e liberdades fundamentais.

Controle jurisdicional da atividade persecutória do Estado: uma exigência inerente ao Estado Democrático de Direito.

– O Estado não tem o direito de exercer, sem base jurídica idônea e suporte fático adequado, o poder persecutório de que se acha investido, pois lhe é vedado, ética e juridicamente, agir de modo arbitrário, seja fazendo instaurar investigações policiais infundadas, seja promovendo acusações formais temerárias, notadamente naqueles casos em que os fatos subjacentes à *persecutio criminis* revelam-se destituídos de tipicidade penal. Precedentes.

– A extinção anômala do processo penal condenatório, em sede de *habeas corpus*, embora excepcional, revela-se possível, desde que se evidencie – com base em situações revestidas de liquidez – a ausência de justa causa. Para que tal se revele possível, impõe-se que inexista qualquer situação de dúvida objetiva quanto aos fatos subjacentes à acusação penal ou, até mesmo, à própria condenação criminal. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, superando a restrição fundada na Súmula 691/STF, em conceder, de ofício, ordem de *habeas corpus* ao paciente Sérgio Roberto de Niemeyer Salles, e, por identidade de situação, em estendê-la ao corréu Raimundo Hermes Barbosa, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa.

Brasília, 15 de dezembro de 2009 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: O Ministério Público Federal, **em parecer** da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES, **assim resumiu e apreciou** a presente impetração (fls. 315/328):

PROCESSUAL PENAL. PENAL. DENÚNCIA QUE IMPUTA A ADVOGADO OS CRIMES DE CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGADA: 1) ATIPICIDADE DAS CONDUTAS; 2) AUSÊNCIA DO "ANIMUS CALUNIANDI". CONDUTA ACOBERTADA PELA IMUNIDADE JUDICIÁRIA; 3) DENÚNCIA QUE TERIA EXTRAPOLADO OS TERMOS DA REPRESENTAÇÃO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO "HABEAS CORPUS". SÚMULA 691. NO MÉRITO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. DISCURSO QUE ULTRAPASSOU OS LIMITES DA EXCLUDENTE DO ART. 142, INCISO I, DO CP. NÃO VINCULAÇÃO DO TITULAR DA AÇÃO PENAL À CLASSIFICAÇÃO DADA AO FATO PELO PRÓPRIO OFENDIDO. IRRELEVÂNCIA DE TER O OFENDIDO CONHECIMENTO JURÍDICO. TAL COMO O RÉU, POSSUIDOR DAS MAIS AMPLAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, O MP SE VINCULA AO FATO TRAZIDO E À VONTADE MANIFESTA DE VÊ-LO APURADO, NÃO À CLASSIFICAÇÃO DO FATO, DADA POR AQUELE QUE NÃO É O TITULAR DA AÇÃO PENAL.

***1. Trata-se de "habeas corpus" impetrado** pelo CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, em favor de SÉRGIO ROBERTO NIEMEYER SALLES, **contra decisão** do Superior Tribunal de Justiça **que indeferiu** pedido **liminar** em "habeas corpus" (**HC 129.896/SP**) que, por sua vez, insurgia-se contra decisão denegatória de "habeas corpus", proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.*

***2. O Paciente**, advogado, foi denunciado pelo Ministério Público Federal, juntamente com Raimundo Hermes Barbosa, também advogado, **pela prática dos crimes** previstos **nos artigos** 138, "caput", 139, "caput" e 140, "caput", todos c/c art. 141, inciso II, do Código Penal, em concurso formal (fls. 34/41).*

***3. A denúncia originou-se de representação** oferecida por HÉLIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, Juiz titular da 9ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, que vislumbrou, nas razões da apelação apresentada pelos advogados representados, no bojo da ação penal de nº 2006.61.81.006922-1, que tramitara perante aquele Juízo, a prática de crime contra a sua honra (fls. 223/226).*

***4. Inconformada**, a defesa impetrou "habeas corpus" perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, cuja ordem foi denegada, em decisão assim ementada (fls. 27/243):*

> ***"HABEAS CORPUS" – DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL – CRIMES CONTRA A HONRA DE MAGISTRADO FEDERAL NO EXERCÍCIO DAS SUAS FUNÇÕES – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – PROVA OBTIDA MEDIANTE MEIO ILÍCITO – INOCORRÊNCIA – IMUNIDADE PROFISSIONAL DE ADVOGADO – EXCESSO – TIPICIDADE DA CONDUTA – DESCABIMENTO, NO 'WRIT', DE AVERIGUAÇÃO APROFUNDADA E VALORATIVA DAS PROVAS DO PROCESSO ORIGINÁRIO – CONHECIMENTO PARCIAL E DENEGAÇÃO DA ORDEM.***
>
> ***I – A Justiça Federal é competente para o processo e julgamento dos fatos imputados aos pacientes**, pois da denúncia se extrai que todas as referências consideradas como ofensivas referem-se e são decorrência da atuação do magistrado federal no exercício de suas funções jurisdicionais no âmbito do processo penal originário, no qual os eminentes advogados, ora Pacientes, atuavam na defesa do réu. Aplicação da súmula nº 147 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.*

II – Em se tratando de imputação de três infrações penais conexas*, ainda que algum(uns) deles, isoladamente considerado(s), fosse(m) da competência do juizado especial federal (Lei nº 9.099/95), o processo deve se desenvolver sob o rito do procedimento ordinário, perante a justiça comum e com recurso ao Tribunal Regional Federal, conforme o procedimento do crime mais grave (no caso, o de calúnia).*

III – Alegação de nulidade da ação penal porque teria sido instaurada mediante provas obtidas por meio ilícito *(artigo 5º, LVI, da Constituição Federal), baseando-se o argumento na tese de que o processo originário (em que se deram as supostas ofensas contra o juiz) tramitava sob segredo de justiça, sendo que ao proferir sua sentença o juiz termina seu ofício nos autos, de forma que não poderia mais ter conhecimento de qualquer ato do processo, por isso somente podendo receber cópias do feito mediante prévia autorização do Desembargador Federal relator do processo neste Tribunal, o que, no caso, não existiu, e consequentemente, as cópias extraídas pela senhora Procuradora da República oficiante em primeira instância por sua própria iniciativa, e ao juízo encaminhadas, devem ser consideradas como ilícitas e, assim, inadmissíveis para fundamentar a instauração da ação penal.*

IV – Rejeição desta alegação *porque: **1**) como esclareceu o juízo impetrado, o sigilo processual decretado nos autos do processo penal originário tinha fundamento apenas na existência de provas especiais colhidas naqueles autos (as fiscais, bancárias e de comunicações), de forma que o sigilo não abrangia os demais atos e termos do processo, como as razões do recurso de apelação subscrita pelos advogados que aqui figuram como Pacientes e na qual constam as supostas ofensas; **2**) ainda que se pudesse falar em sigilo de todo o processo, não há razoabilidade na tese de que o juiz de primeira instância estaria impedido de tomar conhecimento de qualquer termo processual após proferir sentença, pois não perde ele a condição de autoridade jurisdicional dentro daquele mesmo processo, tendo ainda inúmeras funções em sua condução (como processar os recursos, atender a requisições do tribunal, resolver questões incidentes, decidir questões ligadas a execução provisória da sentença condenatória, responder pelos seus próprios atos na condução do feito, etc), posição jurisdicional que bem se observa das recentes reformas processuais, especificamente ao alterar a redação do artigo 463 do Código de Processo Civil; **3**) a conduta da Procuradora da República que atuou no processo originário (consistente em extrair cópias da peça recursal e encaminhá-las ao juízo federal ofendido para sua ciência), não configura qualquer ilicitude e nem estava condicionada a autorização do Desembargador Federal relator daquele feito no Tribunal, antes tendo atuado no estrito cumprimento do dever legal, pois o Ministério Público é instituição essencial à Justiça que goza de independência funcional e tem como suas atribuições a promoção da ação penal pública e o zelo pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (Constituição Federal, artigo 127, § 1º, c.c. artigo 129, I e II; Lei Complementar nº 75/1993, artigos 1º, 2º, 4º e 6º, V), salientando-se que a ofensa contra a honra de servidor público em razão de suas funções é delito de ação penal pública condicionada (Código Penal, artigo 145, § único, 2ª parte), motivo pelo qual não há qualquer ilicitude na forma como o juízo obteve conhecimento das ofensas contra ele lançadas,*

*não havendo fundamento para o pedido de trancamento da ação penal; **e 4**) além de tudo isso, se tivesse sido adotado o regular procedimento da apelação, no caso com o protesto da defesa por apresentar razões de apelação em superior instância, os autos deveriam ter sido restituídos ao juízo de primeira instância para colheita das contrarrazões recursais, e não encaminhados diretamente à senhora Procuradora da República oficiante naquele juízo, de forma que o juízo tomaria conhecimento do teor da peça processual onde lhe foram proferidas as supostas ofensas pelos advogados/Pacientes, concluindo-se que o fato desse conhecimento ter vindo com a atuação da Procuradora da República foi absolutamente irrelevante, inócuo, afastando por completo qualquer alegação de ilicitude da prova.*

***V – A imunidade prevista no artigo 133 da Constituição Federal e no artigo 7º**, § 2º da Lei nº 8.906/94 não abrange o crime de calúnia e, mesmo quanto aos delitos de difamação e injúria, não é absoluta, pois o Estado Democrático de Direitos não admite direitos que não devam se harmonizar com todos os demais, dentre os quais o de equilíbrio na manifestação das partes dentro do processo, tratando com urbanidade e respeito as instituições públicas e as demais pessoas que nele atuam, cuidando que o processo seja um palco para debate jurídico e promoção de justiça, e não de ataques pessoais à honra objetiva subjetiva de quem quer que seja, motivo pelo qual os eventuais excessos de linguagem configuram ilícitos penais, vale dizer, quando não se relacionam e exorbitam da discussão normal dos temas jurídicos do processo. Precedentes do E. STJ e desta Corte Regional.*

***VI – A alegação de atipicidade da conduta relativa à ausência de "animus" de ofender** (caluniar, difamar ou injuriar) em princípio deve ser reservada ao julgamento da ação penal, por demandar aprofundado exame fático e valorativo das provas, somente cabendo o trancamento da ação penal no âmbito estreito do "habeas corpus" quando se apresenta clara e induvidosa a ausência do elemento subjetivo do tipo. Precedentes do E. STJ e desta Corte Regional.*

***VII – No caso em exame**, extrai-se da denúncia que as assertivas feitas pelos Pacientes na peça processual claramente excedem o mero direito de defesa dos interesses de seu constituinte, desbordando para os ataques pessoais ao magistrado que atuou e sentenciou o feito, tecendo considerações que se mostram impertinentes com o objeto da lide penal originária e em tese ofensivas à honra objetiva e subjetiva do magistrado.*

***VIII – Afirmar que o magistrado "agiu de forma parcial**, empenhou-se em favorecer a acusação, desviando-se da imparcialidade esperada de forma repugnante, pondo-se como principal e mais covarde adversário do réu, equiparando-o a um justiceiro" bem como que "sua irresponsabilidade seria a toda prova, forjando argumento insustentável e cínico, atuando com manifesta desídia, sendo seus argumentos, no mínimo, desonestos" em tese tipificam os imputados delitos de calúnia, difamação e injúria.*

***IX – Rejeitada a tese de impossibilidade de consumação do delito de difamação** (Código Penal, artigo 139), pois ainda que o processo seja protegido por segredo de justiça, as ofensas inseridas em manifestações nos autos do processo atingem a reputação do ofendido ante outras pessoas que atuam no processo, como os corréus e seus defensores, os representantes do Ministério Público e outros membros do Poder Judiciário em primeira ou em*

superior instância e também os servidores públicos que auxiliam na tramitação do feito, em tese caracterizando o delito.

***X – A matéria relativa à configuração ou não da "provocação pela vítima" ou da "retorsão imediata"** (causas de extinção de punibilidade quanto ao delito de injúria, na forma do art. 140, § 1º, I e II, do Código Penal), exige exame aprofundado e valorativo da prova dos autos, o que é inviável na via estreita do "habeas corpus", somente podendo realizar-se na sentença, ao final da instrução processual.*

***XI – A alegação de absorção dos delitos menos graves** (difamação e injúria) pelo mais grave (calúnia) envolve a apreciação aprofundada e valorativa das provas dos autos para fins de classificação típica da(s) conduta(s) imputada(s) na denúncia, bem como de averiguação da existência de concurso material ou formal de infrações, temas inadequados no âmbito estreito do "habeas corpus", devendo reservar-se para apreciação na sentença, após a devida instrução da ação penal e sujeita a reapreciação pelo tribunal em sede recursal.*

***XII – "Habeas corpus" conhecido parcialmente e nesta parte, denegado**.*

(...)

***5. Impetrou-se**, então, "habeas corpus" perante o Superior Tribunal de Justiça, cuja liminar foi indeferida, com o seguinte fundamento (fls. 276/277):*

*"**Não estão presentes os pressupostos da medida urgente requerida**.*

***Em que pese o encerramento da instrução criminal**, não existe data prevista para a prolação de sentença de mérito, que poderia inclusive absolver o Paciente, ou ameaça direta ao seu direito de locomoção, inexistindo "periculum in mora".*

***Ademais**, o deferir o provimento urgente demanda análise do próprio mérito da impetração, inviável em juízo de cognição perfunctória prelibatória, reservando-se ao Colegiado, em momento oportuno, o pronunciamento definitivo acerca do mérito.*

***Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar**."*

***6. Este, pois, o motivo da impetração do presente "habeas corpus"**.*

***7. A defesa pretende**, em síntese, o trancamento da ação penal. Para tanto, invoca os seguintes fundamentos: (1) os fatos narrados na denúncia são atípicos; (2) o Paciente está acobertado pela imunidade conferida ao advogado, pois praticou os fatos no exercício da profissão; (3) não houve o "animus caluniandi", elemento subjetivo necessário à configuração do crime e (4) a denúncia extrapolou os limites da representação, não havendo condição de procedibilidade para os crimes de calúnia e difamação.*

***8. Às fls. 287/298, o deferimento da liminar**.*

***9. O Paciente, em apelação interposta nos autos da ação penal ajuizada pelo Ministério Público Federal** contra Jorge Kayali – acusado do crime de associação para o tráfico de drogas – atribuiu ao Juiz da causa as qualidades de irresponsável, covarde, insidioso, inidôneo, parcial, desonesto, comparou-o a um justiceiro, acusou-o de negligente na apreciação da prova, de proferir decisões premeditadas e irresponsáveis, de forjar argumento cínico, agindo com parcialidade e se empenhando em beneficiar a acusação.*

***10. Eis os trechos da apelação interposta pelo Paciente** – "extraídos da denúncia" – onde contidas as ofensas irrogadas ao Magistrado:*

*"**Não fora isso o bastante**, a irresponsabilidade do MM. Juízo Federal de primeiro grau é a toda prova, revelando, outrossim, uma suspeita*

recôndita sobre a idoneidade dos defensores quando afirma não ser possível saber qual o material que fora entregue ao perito contratado pela defesa, haja vista que não fora requerida por esta a retirada dos CD's originais depositados na serventia.

(...)

***Não há dúvidas**. Trata-se de genuíno processo kafkaniano!*

***A que ponto chegaram** a Justiça brasileira e o Ministério Público Federal!?!?!? Fazem qualquer coisa para condenar alguém. Alinham-se de modo que o réu não tem de enfrentar apenas aquele que o acusa. Deve também saber que muita vez o juiz será o seu principal e mais covarde adversário, porque insidiosamente desvia-se da imparcialidade que dele se espera e adota uma atitude repugnante, embuçando sob o pálio do poder jurisdicional a ânsia de vindita pessoal informada nas mesmas paixões que acometem o vulgo, encobrindo-a sob a carapuça do pretexto de promover o bem-estar social e livrar a sociedade de todo aquele que seja acusado de algum delito pela polícia e pelo Ministério Público, como se estes fossem os arautos da máxima e absoluta verdade. Entre uma atitude dessa natureza e a ação dos famigerados justiceiros, que se pensam no direito de fazer justiça com as próprias mãos, não há distância, pois a diferença reside apenas nos métodos empregados não nos objetivos que movem uns e outros.*

(...)

***Tem sido habitual os Juízos envidarem os maiores esforços**, chegando às raias do absurdo de forjarem argumentos cuja construção é insustentável, acintosamente provocando e desrespeitando a inteligência da sociedade, na tentativa de salvar provas produzidas ilegalmente pela polícia. Essa atitude paternalista aberra do Estado Democrático de Direito. Testemunha contra a idoneidade e a imparcialidade que deve ter o juiz e, o que é ainda mais abominável, desequilibra a relação processual, solapa o princípio do contraditório, pois faz com que o apelante – o acusado em processo penal – deve litigar não só contra o Ministério Público, que ocupa posição francamente parcial, figurando no polo ativo como autor da ação penal, mas terá também de debater-se contra o Juízo, por este adotar uma atitude veladamente parcial no processo, favorecendo a acusação, com aceitar desvios quanto às disposições previstas na Lei 9.296/1996.*

(...)

***Os argumentos manejados contra o apelante** são, para dizer o mínimo, desonestos. Transformam o discurso em hipótese com fito precípuo de inflingir-lhe a condenação.*

(...)

***É óbvio que esse argumento** tão especioso quanto falacioso seduz, tanto que iludiu o MM. Juiz de primeira instância, o qual, atuando com manifesta desídia, não atentou para a falta de demonstração da inexistência de outros meios investigativos, nem para o fato de que participação das pessoas indicadas, às quais a autoridade policial atribuía a utilização dos terminais telefônicos cujo segredo pretendia vulnerar, nos delitos sob investigação, sequer estava bem esclarecida, desprovidas de qualquer coisa que se assemelhasse a indícios razoáveis.*

(...)

***Primeiro o MM. Juízo 'a quo' para justificar o não colhimento da prova produzida pela defesa do apelante**, põe sob suspeita a idoneidade ética do profissional contratado, chegando mesmo a sugerir ser natural o desvio ético em função de ser a parte quem arca com os honorários do 'expert'. Essa manifestação deve ser veementemente repudiada. Constitui um acinte, e, emanando de um magistrado, beira às raias da irresponsabilidade.*

(...)

***Não fora isso o bastante**, a irresponsabilidade do MM. Juízo Federal de primeiro grau é a toda prova revelando, outrossim, uma suspeita recôndita sobre a idoneidade dos defensores quando afirma não ser possível saber qual o material que fora entregue ao perito contratado pela defesa, haja vista que não fora requerida por esta a retirada dos CD's originais depositados na serventia.*

(...)

*'**In casu**', nenhuma interceptação foi eliminada. O conjunto de interceptações realizadas pela Polícia Federal conta com mais de 158 mil, registrados em arquivos de áudio em nada menos do que 37 CD-Rom's.*

***Essa eiva impregna o processo e ainda serviu de supedâneo** para o MM. Juízo sentenciante forjar argumento totalmente especioso à guisa de sustentar, com argumento cínico, não ter ocorrido cerceamento de defesa uma vez que à defesa permitiu o acesso aos indigitados CD's.*

***Não poderia ocorrer declaração judicial** mais falaciosa e acintosa.*

(...)

***A parcialidade** do MM. Juízo 'a quo', empenhado em favorecer a acusação, evidencia-se nas decisões proferidas ao longo do processo. Na assentada de fls. 2.938, depois de oitiva das testemunhas, o MM. Juízo 'a quo' deferiu prazo de 15 (quinze) dias para que a defesa do apelante especificasse, 'de modo fundamentado e discriminado, os trechos periciados das conversações que alega estarem inquinados de irregularidade e não sejam autênticos e os motivos pelos quais alega tal irregularidade no prazo de 10 dias' ('sic'). Esse prazo foi dilatado para 15 (quinze) dias.*

***Tal decisão afigura-se complexa e perplexa**, portadora de uma cilada sub-reptícia e inesperada, já que vinda de um magistrado a quem incumbe a busca da verdade real e não de verdades furtadas, o que demonstra a parcialidade do MM. Juízo de primeiro grau." (fls. 35/40, ...)*

***11. Preliminarmente, o parecer é pelo não conhecimento do "habeas corpus"**. Insurge-se o Impetrante contra decisão de Relator que, em feito originário, negou a liminar. Nessa hipótese, essa Corte somente tem admitido o conhecimento do "habeas corpus" quando presente situação de insuperável ilegalidade, que importe em constrangimento ao paciente de tal ordem que justifique o julgamento da pretensão antes que o órgão constitucionalmente competente o faça.*

***12. Não existindo essa situação de incontornável constrangimento**, incide o óbice da Súmula 691.*

***13. Este caso não contém essa situação de constrangimento insuperável à liberdade do paciente que autorize o julgamento da causa diretamente por essa Corte**, ante o que o Superior Tribunal de Justiça o faça. O Paciente não está preso nem está sendo ameaçado de sê-lo. A ação penal a que responde estava tramitando regularmente, com a devida e correta observância dos direitos e garantias constitucionalmente conferidos ao Paciente, sendo-lhe permitido, como não poderia deixar de ser, o*

exercício amplo e irrestrito do seu direito de defesa. E tanto é assim, que o Impetrante não invocou na inicial um único ato sequer de cerceamento aos direitos do Paciente.

***14. Nesse contexto**, não há porque proceder-se ao julgamento da pretensão por essa Corte, antes que o Superior Tribunal de Justiça julgue o "habeas corpus" ali impetrado. Assim, impõe-se o não conhecimento do "habeas corpus".*

***15. A alegação de atipicidade da conduta não merece** ser conhecida. Essa Corte somente tem admitido o trancamento de ação penal em sede de "habeas corpus" em situações excepcionais, quando a atipicidade do fato ou a inocência do acusado aparecem evidentes da mera leitura dos autos, sem necessidade de exame aprofundado dos fatos e das provas.*

***16. Este caso não retrata essa situação** de flagrante atipicidade, que autorize o julgamento prematuro da ação penal em favor do Paciente. Não há como afirmar que as qualificações que o Paciente atribuiu ao Juiz não atingiram a sua honra objetiva e subjetiva, de modo a tipificar os crimes arrolados na denúncia.*

***17. Sem dúvida**, qualificar o Juiz de irresponsável, covarde, insidioso, inidôneo, parcial, desonesto e justiceiro tipifica, em tese, o crime de injúria. Dizer que o Juiz foi negligente na apreciação da prova, que proferiu decisões premeditadas e irresponsáveis ao analisar a perícia técnica apresentada pela defesa, consumou o crime de difamação; finalmente dizer que o Juiz forjou argumento cínico para rejeitar fundamento da defesa e que agiu com parcialidade, empenhado em beneficiar a acusação, consumou, em tese, o crime de calúnia, pois o magistrado que pratica os atos descritos pelo Paciente pratica o crime de prevaricação.*

***18. Um exame**, mesmo que superficial, dos fatos descritos na denúncia revela os elementos dos tipos penais atribuídos ao Paciente.*

***19. Afirma a defesa que o discurso reputado** criminoso pela denúncia foi proferido por advogado, no exercício de sua profissão, estando, pois, acobertado pela imunidade judiciária prevista no art. 142, inciso I, do CP.*

***20. No entanto**, a imunidade invocada pela defesa não tem caráter absoluto, possuindo limites de duas ordens: primeiro, só se aplica aos crimes de injúria e difamação e, segundo, não pode sair dos estreitos limites de discussão da causa.*

***21. Este segundo limite** impõe que o uso de determinadas palavras e expressões deva ser imprescindível à argumentação desenvolvida pelo advogado na defesa de sua causa. O objetivo da excludente é o de possibilitar ao advogado o uso de instrumentos de retórica que, conferindo maior peso ou valor às suas alegações, maximize as possibilidades de uma lide vitoriosa. Importante registrar que o objetivo não é possibilitar ao advogado o uso de instrumentos de retórica que simplesmente confiram maior destaque às suas alegações, como um fim em si mesmo.*

***22. Daí a importância de se estabelecer** estreita relação das palavras e expressões proferidas com a causa em discussão.*

***23. Ora**, imputar ao magistrado qualificações como "parcial", "justiceiro", "irresponsável", "desidioso" "covarde" "desonesto" "que forja argumentos", "que apresenta argumentos desonestos", "que atua com desídia", é, às claras, extrapolar os limites da causa.*

***24. Tais afirmações**, longe de se caracterizarem como bons instrumentos de retórica utilizados pelo advogado na defesa de seu cliente, constituem-se, em verdade, em ofensas ao Juiz, que nada contribuiriam para o provimento do apelo interposto, exatamente por passar ao largo das questões atinentes à própria ação penal.*

***25. Afirma**, ainda o Impetrante que a denúncia, ao acusar o Paciente dos crimes de calúnia, difamação e injúria, foi além dos termos da representação, a qual imputava ao Paciente, de forma clara e expressa, somente a prática do crime de injúria.*

***26. Sabe-se que a representação**, condição de procedibilidade para a ação penal pública a ela condicionada, não possui forma prevista em lei, podendo assumir até mesmo a forma oral. Basta, tão só, que o ofendido, ou seu representante, expresse o desejo de que o fato narrado seja devidamente apurado para que o Ministério Público possa, então, agir, como titular da ação penal.*

***27. Logo**, o que vincula o titular da ação é o fato narrado e não a classificação dada ao fato. O Ministério Público, obviamente, não está jungido à qualificação que o ofendido atribui aos fatos.*

***28. Lembre-se**, mais uma vez, de que, não obstante a ação penal seja condicionada à representação, permanece sendo de titularidade do Ministério Público, pública, portanto, sendo descabido atrelar a atuação do órgão ministerial à vontade do ofendido.*

***29. Tanto é assim que o Ministério Público**, diante de uma representação, não está obrigado a agir, mas autorizado a agir, o que reforça, ainda mais, a sua autonomia para, analisando o fato narrado, agir como melhor lhe parecer juridicamente.*

***30. O papel do ofendido se esgota em narrar** o fato e expressar sua vontade em vê-lo apurado. O que passar disso é um plus que não pode redundar em prejuízo para o ofendido, porquanto, por um excesso de cuidado em fazer o que não lhe era pedido – classificar as condutas –, não os veria devidamente punidos ou, em prejuízo para o próprio Estado que, vinculado à classificação dada pelo ofendido, não poderia punir o fato em sua integralidade.*

***31. Claro**, pois, diante de tais ponderações, que ao Ministério Público, como titular da ação penal pública condicionada, cabe, em havendo representação, ater-se aos fatos que lhe foram trazidos e deles extrair a correta classificação.*

***32. Pelo exposto**, **manifesta-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do "habeas corpus" e**, **no mérito**, **pela denegação da ordem**.*
(**Grifei.**)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Trata-se** de "*habeas corpus*" **impetrado** contra decisão **emanada** de eminente Ministra de Tribunal Superior da União, que, **em sede de outra ação** de "*habeas corpus*", **ainda em curso** no Superior Tribunal de Justiça (**HC** 129.896/SP), **denegou medida liminar** que lhe havia sido requerida **em favor** do ora Paciente.

Busca-se, na presente impetração, **a extinção** do processo penal **instaurado** contra o ora Paciente, por "*manifesta atipicidade dos fatos narrados na denúncia*" (fl. 32).

Sustenta-se, em síntese, **neste** "*writ*", **o que se segue**: (**a**) a conduta atribuída ao ora Paciente, **nos autos do Processo** 2007.61.81.004679-5, **apresenta-se destituída** de tipicidade penal; (**b**) as expressões **alegadamente** ofensivas à honra da vítima, um magistrado federal, **foram proferidas** no contexto de uma causa em que o ora Paciente **interveio** na condição de advogado; (**c**) o Ministério Público, **ao oferecer** a denúncia, **agiu** "*ultra vires*", **pois excedeu** os limites materiais da representação que lhe foi dirigida pelo ofendido; **e** (**d**) o Paciente

está sofrendo, **injustamente**, persecução penal **cuja instauração** – motivada por **suposta** prática de crime contra a honra de magistrado – deu-se com **alegada** ofensa à prerrogativa de imunidade material **conferida** aos advogados em geral.

Presente tal contexto, impende verificar, **consoante salientado** por ocasião do exame da medida cautelar, **se** a situação processual versada nestes autos **justifica**, **ou não**, o afastamento, **sempre excepcional**, da Súmula 691/STF.

Como se sabe, esta Suprema Corte tem, **excepcionalmente**, **afastado a incidência** da referida formulação sumular, **sempre** que a matéria em exame **revelar-se** impregnada de alta significação jurídica, **ou**, então, **nos casos** em que o ato impugnado caracterizar-se por sua evidente ilegalidade **ou** abusividade, **ou**, ainda, **quando** a decisão questionada em sede de "*habeas corpus*" **divergir**, frontalmente, **da jurisprudência prevalecente** no Supremo Tribunal Federal.

A não aplicação da Súmula 691/STF **tem ocorrido** na prática processual desta Corte, **como o evidenciam** diversas decisões proferidas **quer** em sede monocrática (**HC 90.112-MC/PR**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – **HC 89.113-MC/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 87.353-MC/ES**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **HC 88.050-MC/SP**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **HC 88.569-MC/PE**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **HC 88.129-AgR/SP**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – **HC 89.132-MC/RS**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **HC 89.414-MC/RS**, Rel. Min. CEZAR PELUSO, **HC 86.634-MC/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**) **quer** em sede colegiada (**HC 84.014-AgR/MG**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **HC 85.185/SP**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – **HC 86.864-MC/SP**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO):

> ***1. COMPETÊNCIA CRIMINAL. "Habeas corpus". Impetração contra decisão de Ministro Relator do Superior Tribunal de Justiça. Indeferimento de liminar em "habeas corpus", sem fundamentação. Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento admitido no caso, com atenuação do alcance do enunciado da súmula. Precedentes.*** *O enunciado da* ***Súmula 691*** *do Supremo não o impede de, tal seja a hipótese, conhecer de "habeas corpus" contra decisão do Relator que, em "habeas corpus" requerido ao Superior Tribunal de Justiça, indefere pedido de liminar.*
> (**HC 87.468/SP**, Rel. Min. CEZAR PELUSO.)

Cumpre registrar, neste ponto, que esta colenda **Segunda Turma** – **considerada a excepcionalidade** de questão jurídico-constitucional **suscitada** em processo de "*habeas corpus*" – **tem afastado a incidência** da Súmula 691/STF, **sempre** que a decisão questionada **perante** o Supremo Tribunal Federal **refletir** hipótese *de manifesta contrariedade* à Constituição, à lei **ou** a diretriz jurisprudencial predominante neste Tribunal (**HC 89.025-AgR/SP**, Rel. p/ o acórdão Min. EROS GRAU – **HC 90.957/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 94.016/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**).

Sendo assim, **considerado** o relevo jurídico dos fundamentos **em que se apoia** a presente impetração, **afasto a incidência**, no caso, **da Súmula** 691/STF **e passo**, em consequência, **a examinar** o pleito nela formulado.

Dentre os vários fundamentos **invocados** pelo E. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, **entendo assistir plena razão** ao Impetrante, **quando se apoia** no fato de que a denúncia **oferecida** pelo Ministério Público, **contra** o ora Paciente, **extrapolou** os limites materiais **delineados** na representação **formulada** pelo magistrado **supostamente** ofendido em sua honra.

Os delitos **contra** a honra são, **ordinariamente**, perseguíveis **mediante** ação penal de iniciativa privada (**CP**, art. 145, "*caput*"). **Tratando-se**, porém, de delitos **contra** a honra **de agentes públicos**, cometidos **em razão** de suas funções (**ou a propósito** delas), **a instauração** da "*persecutio criminis*" **depende**, em regra – **ressalvado** o que enuncia **a Súmula** 714/STF **e excetuadas**, ainda, **as hipóteses legais** de perseguibilidade **mediante** ação penal pública **incondicionada** (como os delitos eleitorais **e** militares contra a honra, **além** daqueles tipificados **no art. 26** da Lei 7.170/1983) –, **de representação** do ofendido **ou**, **cuidando-se** do Presidente da República **ou** de Chefe de Governo estrangeiro, **de requisição** do Ministro da Justiça (**CP**, art. 145, parágrafo único).

O caso em exame **refere-se** a uma **suposta** prática de crime **contra** a honra de magistrado federal, **alegadamente** ofendido **no exercício** de suas funções, **circunstância** que lhe permitiu postular, **mediante** representação **dirigida** ao Ministério Público (**CP**, art. 145, parágrafo único), **o ajuizamento**, **contra** o ora Paciente (**e outro** litisconsorte passivo), **da pertinente** ação penal pública.

A representação da vítima, como se sabe, **constitui**, no autorizado magistério de JOSÉ FREDERICO MARQUES ("**Elementos de Direito Processual Penal**", vol. I/344, item 189, 2. ed., 1965, Forense), "***uma 'delatio criminis' postulatória**: quem a formula, **não só** dá notícia de um crime, **como pede também** que se instaure a persecução penal*" (**grifei**).

Trata-se, pois, de um ato processual **indispensável** ao válido ajuizamento da própria ação penal pública. **A representação**, por isso mesmo, **traduz** um elemento subordinante **e** condicionante do **próprio** ajuizamento, pelo Ministério Público, da ação penal de que é titular. Por essa razão, **cumpre ter presente**, no ponto, **a advertência** de JOSÉ FREDERICO MARQUES (**op**. **cit**., vol. I/345, item 189):

> ***A representação condiciona** tão só o direito do Estado-Administração de deduzir em juízo a pretensão punitiva. O Ministério Público **não pode acusar**, propondo, assim, a ação penal pública, **sem** que o ofendido **formule** a representação.* (**Grifei.**)

Desse modo, **a perseguibilidade** dos crimes **contra** a honra **praticados** contra funcionários públicos (**conceito que abrange**, para efeitos penais, os membros do Poder Judiciário) **depende**, essencialmente, **da representação** manifestada pelo ofendido, **sem a qual** o Ministério Público **será julgado carecedor** da ação penal que tenha eventualmente ajuizado.

Cabe referir, neste ponto, **na linha** da orientação jurisprudencial desta Suprema Corte (**RTJ 117/595**, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA – **RTJ 142/869**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **HC 65.543/RJ**, Rel. Min.

OSCAR CORRÊA – **Inq 546-QO/MS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**), **que a representação** – **para legitimar** o oferecimento, pelo Ministério Público, da denúncia correspondente aos delitos **referidos** na "*delatio criminis*" postulatória **dirigida** ao "*Parquet*" – **não precisa conter** expressões rituais **nem observar** fórmulas sacramentais.

O magistrado federal **de primeira** instância, **ao formular a representação** em causa (fls. 223/226), **manifestou**, inequivocamente, **a sua intenção** de ver os **supostos** autores do delito **processados** por crime contra a honra – **especificamente** contra a honra subjetiva –, **como resulta claro**, dentre **outras** passagens, **do seguinte** fragmento **constante** da *delação postulatória* por ele oferecida: "***Essas e outras expressões****, assacadas de maneira gratuita e desnecessária para o deslinde da causa,* ***atentam****, sem dúvida,* ***contra a honra subjetiva*** *deste magistrado (...)*" (fl. 225 – **Grifei**).

Não custa transcrever, ainda, **outros** trechos dessa "*delatio criminis*" postulatória, **para demonstrar** que a representação ora em exame **cingiu-se** ao crime de injúria (fls. 223/224):

> *(...)* ***oferecer REPRESENTAÇÃO*** *para que seja promovida a competente ação penal* ***contra*** *SÉRGIO ROBERTO DE NIEMEYER SALLES* ***e*** *RAIMUNDO HERMES BARBOSA,* ***ambos advogados****, inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo, respectivamente, sob o nº 172.760 e 63.746, com escritório na Praça Dr. João Mendes Júnior, nº 42, 18º andar, conjunto 183-184, Centro, nesta capital,* ***por prática de crime de injúria****, perpetrado contra a honra deste magistrado,* ***em razão*** *de suas funções (****art. 140****, c.c. art. 141, inc. II,* ***ambos*** *do Código Penal).*
>
> *(...)*
>
> *(...) comparam-me, com* ***inegável "animus injuriandi"****, a um "justiceiro" (...).*
>
> (**Grifei.**)

Vê-se, daí, **que se registrou**, sem qualquer ambiguidade, **a vontade do ofendido de que o Ministério Público** formulasse acusação penal, **contra** o ora Paciente (e seu colega), **tão somente** pela **suposta** prática **do crime de injúria**, eis que – *insista-se* – **tal delito foi o único** que constituiu objeto da representação penal que o magistrado federal em questão **encaminhou** ao "*Parquet*".

O Ministério Público, no entanto, **ofereceu** denúncia, **contra** o ora Paciente (e o seu colega), **por suposto** cometimento dos crimes de calúnia, difamação **e** injúria (**CP**, arts. 138, 139 e 140), **não obstante** o ofendido, em sua representação, **tivesse sido claro** ao manifestar **a sua vontade** de que os autores **das expressões** reputadas contumeliosas respondessem, **unicamente**, por ofensa à honra subjetiva, **tanto** que o magistrado em questão **aludiu**, em **diversas** passagens de sua delação postulatória, **apenas** ao delito de injúria (**CP**, art. 140).

Com esse comportamento, o Ministério Público **agiu** "*ultra vires*", **pois ultrapassou** os limites materiais **previamente** definidos na representação penal em questão, **eis que procedeu** a uma *indevida ampliação objetiva* de mencionada delação postulatória, **considerada** a circunstância – **penalmente relevante** – de

que o magistrado federal em referência **queria** que o ora Paciente **e** o seu colega fossem, **ambos**, denunciados, **exclusivamente**, pela prática do crime de injúria (fls. 223 **a** 225).

Esta Suprema Corte, ao manifestar-se a respeito da questão **pertinente aos limites materiais delineados** na representação, **assim se pronunciou** sobre o tema em análise:

> *(...)* ***II. Ação Penal condicionada à representação: limitação material.***
> ***O fato objeto da representação*** *da ofendida ou de seu representante legal* ***constitui limitação material*** *à ação penal pública a ela condicionada.*
> (**RHC 83.009/RJ**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **Grifei.**)

Impende referir, nesse **mesmo** sentido, decisão **proferida** pelo extinto Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, **que restou consubstanciada** em acórdão assim ementado (**Revista de Julgados**, vol. 14/308):

> ***CRIME DE AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA – ESTRITA CORRELAÇÃO ENTRE A REPRESENTAÇÃO E A DENÚNCIA – NECESSIDADE*** *(...).*
> *(...)*
> *–* ***Nos crimes*** *de ação penal pública* ***condicionada****,* ***defeso ao Ministério Público extrapolar*** *dos termos da representação, emendá-la* ***ou*** *corrigi-la,* ***porque tem função estrita****.* ***Parecendo****, ao órgão oficial da acusação, que a representação se mostra imprecisa,* ***cabe-lhe pedir*** *a intimação da parte para completá-la,* ***se*** *ainda inocorrida a decadência. (...).*
> (**Grifei.**)

Tal como destacado em passagem anterior de meu voto, o magistrado **supostamente** ofendido **demonstrou**, na espécie, **a inequívoca** vontade de ver o Paciente *unicamente* processado, no plano penal, pelo delito da injúria (**CP**, art. 140), **como se pode verificar**, claramente, **da representação** por ele dirigida ao órgão do Ministério Público.

Não poderia, desse modo, o Ministério Público, **agindo** em sede de ação penal **condicionada** à representação, **denunciar** o advogado, ora Paciente, **na extensão** em que o fez, **imputando-lhe**, **para além** do delito de injúria, **também** crimes de calúnia (**CP**, art. 138) **e** de difamação (**CP**, art. 139).

Ao assim proceder o representante do "*Parquet*" **extrapolou** os limites de suas atribuições, **agindo** "*ultra vires*", **pois**, superando as restrições materiais **inequivocamente** definidas pelo magistrado **autor** da "*delatio criminis*" postulatória, **culminou** *por formular*, **contra** o ora Paciente, acusação penal **por outros** *supostos* delitos contra a honra que por ele **teriam** sido cometidos.

Esse comportamento do representante do Ministério Público, **presente** o contexto em exame, **não** encontra fundamento **que possa justificar** a "*persecutio criminis*" ora questionada **nesta** sede processual, **pois** – *insista-se* – **mostra-se vedado**, ao "*Parquet*", nos delitos **perseguíveis** mediante ação penal pública condicionada, **extrapolar** os limites **previamente** estabelecidos na representação.

É que, tal como já o advertira esta Suprema Corte, "*O fato objeto da representação (...)* ***constitui limitação material*** *à ação penal pública a ela condicionada*" (**RHC 83.009/RJ**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **Grifei**).

O Ministério Público, no entanto, **ultrapassando**, *indevidamente*, os limites materiais **traçados** pelo autor da *delação postulatória*, **decorrentes** do próprio fato **objeto** da representação que lhe foi dirigida pelo magistrado, **deixou** de observar a *necessária correlação* **entre** os termos de mencionada representação **e** o conteúdo da própria denúncia penal.

Esse *divórcio ideológico* **torna-se** ainda *mais* evidente quando se tem em consideração a circunstância de que o autor **de referida** delação postulatória, **precisamente** por ser magistrado, **tem pleno conhecimento** *da distinção conceitual* **entre** delitos contra a honra subjetiva **e** aqueles contra a honra objetiva, **tanto que restringiu**, na espécie, a sua representação **ao crime de injúria**, o que afastava, **no caso**, a possibilidade de imputação, ao ora Paciente (e ao seu colega), dos delitos de calúnia **e** de difamação.

Há, ainda, **outro fundamento** que, **invocado** nesta impetração, revela-se suficiente **para afastar** a acusação formulada **quanto** aos delitos de difamação **e** de injúria: **a imunidade judiciária** que o ordenamento positivo **garante**, ao advogado, **como prerrogativa profissional**, em face da essencialidade mesma **que assume** o exercício da advocacia.

Como se sabe, a Constituição de 1988, **ao dispor** sobre as funções essenciais à administração da Justiça, **referiu-se**, de modo expressivo, **à figura do advogado**, **e proclamou**, em seu art. 133, que "*O Advogado* ***é indispensável*** *à administração da justiça,* ***sendo inviolável*** *por seus atos* ***e*** *manifestações* ***no exercício da profissão****, nos limites da lei*" (**grifei**).

Esse preceito constitucional **consagra** um princípio, *o da essencialidade* da advocacia, **e institui** uma garantia, *a da inviolabilidade pessoal* do advogado.

O princípio da indispensabilidade tem um sentido institucional. **Ele erige** a advocacia à condição jurídica **de instituição essencial** à ativação da função jurisdicional do Estado, **de órgão imprescindível** à formação do Poder Judiciário **e**, também, **de instrumento indispensável** à tutela das liberdades públicas.

A proclamação constitucional da inviolabilidade do advogado, por seus atos **e** manifestações no exercício da profissão, **traduz**, por isso mesmo, significativa garantia **do exercício pleno** dos relevantes encargos cometidos pela ordem jurídica **a esse indispensável** operador do direito.

É certo, como tem advertido o Supremo Tribunal Federal, **que a garantia** da intangibilidade profissional do advogado **não se reveste** de caráter absoluto, **eis** que a cláusula assecuratória **dessa especial** prerrogativa jurídico-constitucional expressamente **submete** a sua prática **aos limites** da lei.

Daí a advertência desta Suprema Corte, **no julgamento do HC 68.170/RS**, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, **no sentido de que** "***A inviolabilidade*** *a que se refere o art. 133 da Constituição Federal,* ***e que protege*** *o Advogado por seus atos*

e manifestações ***no exercício*** *da profissão,* ***encontra*** *seus limites na lei,* ***conforme dispõe*** *aquele mesmo preceito* ***e****, assim,* ***se*** *comete crime,* ***por ele responde***" (**grifei**).

É de registrar, neste ponto, **com** JOSÉ AFONSO DA SILVA ("**Curso de Direito Constitucional Positivo**", p. 504, 5. ed., 1989, RT) – **e na linha** da orientação jurisprudencial **já firmada** por esta Corte –, que "*A inviolabilidade do Advogado, prevista no art. 133, não é absoluta*", **eis que pressupõe** o exercício regular **e** legítimo de sua atividade profissional, **que se revela incompatível** com práticas abusivas **ou** atentatórias à dignidade da profissão **ou** às normas ético-jurídicas que lhe regem o exercício (**HC 75.783/DF**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – **HC 80.881/SP**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **HC 82.190/RN**, Rel. Min. GILMAR MENDES, **v**.**g**.).

Cabe reconhecer que, no caso, **atua**, **em favor** do advogado, ora paciente – **tratando-se** de delitos de difamação **e/ou** de injúria por ele **supostamente** cometidos em sua atividade profissional **e** na defesa de seu constituinte –, **a causa** de exclusão da delituosidade, **tal como prevista** no art. 142, **inciso** I, do Código Penal, **que consagra**, em favor desse profissional do Direito, **a cláusula de imunidade judiciária**.

É **sempre** importante relembrar que essa regra de proteção **foi reafirmada** pelo art. 7º, **§ 2º**, do Estatuto da Advocacia (**Lei** 8.906/1994), **que estabeleceu**, no tema, **que o advogado** "*tem imunidade profissional*", **não constituindo** injúria **ou** difamação qualquer pronunciamento de sua parte **no exercício** de sua atividade, **valendo referir**, no ponto, **a precisa** abordagem que faz, dessa matéria, GISELA GONDIN RAMOS ("**Estatuto da Advocacia**", p. 144, 4. ed., 2003, OAB/SC Editora), **para quem** "*(...) o instituto da imunidade profissional do advogado retira do fato a característica de ilícito penal*".

O exame das expressões reputadas contumeliosas, **que constam** das razões de apelação **assinadas** pelo ora Paciente **e** por outro advogado (**recurso** interposto **contra** sentença condenatória proferida pelo magistrado **alegadamente** ofendido), **revela** que tais irrogações decorreram **do estrito** exercício, pelo paciente, **de sua atividade profissional** como advogado, **eis** que as passagens **supostamente** ofensivas **guardam** nexo de causalidade **e** de pertinência com o objeto do litígio em cujo âmbito o recurso penal foi deduzido.

Entendo, na linha **de anteriores** precedentes **emanados** desta Suprema Corte (**HC 87.451/RS**, Rel. Min. EROS GRAU – **Inq 1.674/PA**, Rel. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, **v**.**g**.), **que a cláusula de imunidade judiciária** prevista no art. 142, **inciso** I, do CP, **relacionada** à prática da advocacia, **reveste-se** da maior relevância, **ao assegurar**, ao advogado, **a inviolabilidade** por manifestações que haja exteriorizado **no exercício** da profissão, **ainda** que a suposta ofensa tenha sido proferida **contra** magistrado, **desde** que observado vínculo de pertinente causalidade com o contexto em que se desenvolveu determinado litígio (**RT** 612/347).

Essa **percepção** do tema – **reconhecimento** da imunidade profissional do advogado, **mesmo** em face de discurso contumelioso **dirigido** a magistrado – **foi**

revelada, no sentido ora exposto, pela colenda **Segunda Turma** do Supremo Tribunal Federal, **em julgamento** proferido no exame **do RHC 81.750/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

Impende registrar, por relevante, **julgado** que o E. Superior Tribunal de Justiça **proferiu no exame do RHC 2.090/SP**, Rel. Min. ASSIS TOLEDO, **no qual reconheceu** a inviolabilidade profissional do advogado (**RSTJ** 50/389):

> ***ADVOGADO. INVIOLABILIDADE (ART. 133 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL).***
>
> ***Críticas severas ao juiz**, em petição de "habeas corpus" que atacava decreto de prisão preventiva, de três linhas, desfundamentado, reportando-se à "cota" do Promotor.*
>
> ***Expressões** que, **embora excessivas e desnecessárias**, **continham-se** nos limites da lei **e da discussão** da causa ante a existência de um despacho realmente lamentável, comodamente apoiado no parecer do Ministério Público, desprovido de fundamentação própria.*
>
> ***Incidência da inviolabilidade constitucionalmente assegurada ao advogado**.*
>
> *Recurso de "habeas corpus" provido, **para conceder-se** a ordem **e trancar** a ação penal por crime de injúria.*
>
> (**Grifei.**)

Vale rememorar, neste ponto, por **inteiramente** aplicável ao caso ora em exame, **expressivo** fragmento de conhecida decisão, **da lavra** do saudoso Desembargador RAPHAEL MAGALHÃES, do E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, **que bem destacou** "*a ratio*" **subjacente** à imunidade profissional **concedida** aos advogados em geral (**RF** 51/628):

> ***O advogado** precisa **da mais ampla** liberdade de expressão **para bem desempenhar** o seu mandato. **Os excessos de linguagem** que porventura comete, **na paixão** do debate, **lhe devem ser relevados**. **São**, **muitas vezes**, **recursos de defesa** que a dificuldade da causa **justifica ou**, pelo menos, **atenua**. **Mesmo** no arrazoado escrito, **onde** tais demasias mais facilmente se podem evitar, **a lei as não reputa passíveis de pena criminal** (...).*
>
> (**Grifei.**)

Não constitui demasia assinalar **que as prerrogativas profissionais** dos advogados **representam** emanações da própria Constituição da República, **pois**, embora explicitadas no Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994), **foram concebidas** com o elevado propósito **de viabilizar** a defesa da integridade dos direitos fundamentais das pessoas em geral, **tais** como formulados e proclamados em nosso ordenamento constitucional. **Compõem**, por isso mesmo, **considerada** a finalidade que lhes dá sentido **e** razão de ser, **o próprio** *estatuto constitucional das liberdades públicas*.

As prerrogativas profissionais **não devem** ser confundidas **nem** identificadas com meros privilégios de índole corporativa, **pois se destinam**, enquanto instrumentos vocacionados a preservar *a atuação independente* do advogado, **a conferir efetividade** às franquias constitucionais invocadas em defesa daqueles cujos interesses lhe são confiados.

O Supremo Tribunal Federal, por isso mesmo, **compreendendo** a alta missão institucional **que qualifica** a atuação dos advogados **e tendo consciência** de que as prerrogativas desses profissionais **existem** para permitir-lhes a tutela efetiva dos interesses e direitos de seus constituintes, **construiu importante jurisprudência**, que, **ao destacar a vocação protetiva** inerente à ação desses imprescindíveis operadores do Direito, **tem a eles dispensado** o amparo jurisdicional necessário **ao desempenho integral** das atribuições de que se acham investidos.

Ninguém ignora – mas é sempre importante renovar tal proclamação – **que cabe**, **ao advogado**, **na prática** do seu ofício, **a prerrogativa** (que lhe é dada por força **e** autoridade da Constituição **e** das leis da República) **de velar pela intangibilidade** dos direitos **daquele** que o constituiu **como patrono** de sua defesa técnica, **competindo-lhe**, por isso mesmo, **para o fiel desempenho** do "*munus*" de que se acha incumbido, **o pleno** exercício dos **meios** destinados à realização **de seu legítimo** mandato profissional.

Esta Suprema Corte já assinalou, com particular ênfase, **que o advogado** – ao cumprir o dever de prestar **assistência** àquele que o constituiu, **dispensando-lhe** orientação jurídica perante **qualquer** órgão do Estado – **converte**, a sua atividade profissional, **quando exercida** com independência **e** sem indevidas restrições, **em prática inestimável de liberdade**. Qualquer que seja o espaço institucional de sua atuação (Poder Legislativo, Poder Executivo **ou** Poder Judiciário), **ao advogado** incumbe **neutralizar** os abusos, **fazer cessar** o arbítrio, **exigir respeito** ao ordenamento jurídico **e velar** pela integridade das garantias – legais **e** constitucionais – **outorgadas àquele** que lhe confiou a **proteção** de sua liberdade e de seus direitos.

O exercício do poder-dever de questionar, de fiscalizar, de criticar **e** de buscar a correção de abusos cometidos por órgãos públicos e por agentes e autoridades do Estado, **inclusive** magistrados, **reflete** prerrogativa indisponível do advogado, **que não pode**, por isso mesmo, **ser cerceado**, injustamente, **na prática legítima** de atos **que visem a neutralizar** situações configuradoras de arbítrio estatal **ou** de desrespeito aos direitos daquele em cujo favor atua.

É por tal razão que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, **já advertiu** que o Poder Judiciário **não pode permitir que se cale a voz do advogado**, cuja atuação – livre e independente – **há de ser permanentemente assegurada** pelos juízes **e** Tribunais, **sob pena de subversão** das franquias democráticas **e de aniquilação** dos direitos do cidadão.

Não se pode tergiversar na defesa dos postulados do Estado Democrático de Direito **e** na sustentação da autoridade normativa da Constituição da República, **eis que nada pode justificar** o desprezo pelos princípios que regem, em nosso sistema político, as relações **entre** o poder do Estado **e** os direitos do cidadão – **de qualquer** cidadão.

O respeito às prerrogativas profissionais do advogado **constitui** uma garantia **da própria** sociedade **e** das pessoas em geral, **porque o advogado**, nesse contexto, **desempenha papel essencial** na proteção e defesa dos direitos e garantias fundamentais.

Há a considerar, finalmente, **um outro fundamento**, que tem suporte **nas denominadas** *excludentes anímicas*.

Como se sabe, a configuração dos crimes contra a honra **exige**, dentre **outros** elementos, **a inequívoca intenção dolosa** de ofender, moralmente, a honra da vítima, **conforme já decidiu** este Supremo Tribunal Federal (**RTJ** 168/498 – **RT** 612/395).

Entendo que o ora Paciente praticou ato **que se insere**, **estritamente**, **na esfera** de seus deveres **como advogado** na defesa da liberdade de seu constituinte, **não se podendo inferir**, de **quaisquer** expressões por ele proferidas, **a ocorrência**, no caso, **do** "***animus injuriandi vel diffamandi***".

As expressões que foram reputadas contumeliosas pelo magistrado federal de primeira instância **permanecem**, a meu juízo, **nos limites** do exercício da atividade da advocacia, **eis** que o contexto em que proferidas – **razões de recurso de apelação** interposto contra sentença condenatória proferida pelo magistrado supostamente ofendido – **revela a presença**, na espécie, *do* "*animus defendendi*", subjacente **e** indissociável da conduta do ora Paciente.

Na realidade, **a inexistência** do elemento subjetivo **pertinente** aos delitos contra a honra ("***animus injuriandi vel diffamandi***") **afasta** a própria caracterização formal do crime de injúria, que exige, **sempre**, a presença do dolo específico, **sem** o qual **não** se aperfeiçoa a figura delituosa em questão.

É por essa razão que autores **como** NELSON HUNGRIA ("**Comentários ao Código Penal**", vol. VI/50, item 125, 5. ed./1. tir., 1982, Forense), MAGALHÃES NORONHA ("**Direito Penal**", vol. 2/121, item 347, 22. ed., 1987, Saraiva), DAMÁSIO E. DE JESUS ("**Código Penal Anotado**", p. 406, 4. ed., 1994, Saraiva) **e** HELENO CLÁUDIO FRAGOSO ("**Lições de Direito Penal – Parte Especial – arts. 121 a 160 CP**", p. 190/191, item 182, 6. ed., 1981, Forense), **ao analisarem** o tipo subjetivo nos crimes **contra** a honra, **exigem**, sempre, como elemento **essencial** à caracterização de tais delitos, **o propósito de ofender**.

A intenção de ofender, desse modo, **constitui** um dos "***essentialia delicti***". **Sem** o propósito deliberado de ofender – **que traduz** elemento subjetivo do tipo penal –, **não se realiza** o crime de difamação **e** de injúria.

Nesse contexto, as denominadas ***excludentes anímicas*** (**dentre as quais**, o "*animus defendendi*") **desempenham** papel de grande relevo jurídico-penal, **por implicarem descaracterização** do elemento subjetivo dos crimes contra a honra. **Tal circunstância**, configurada no caso, **afasta** a ocorrência dos delitos contra a honra, **nos quais** o dolo **jamais resulta** "*da própria expressão objetivamente ofensiva*", **eis que**, nesse tema, **não sendo** de cogitar do dolo "*in re ipsa*", **não há** como simplesmente presumi-lo (HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, "***op. loc. cit.***").

Cumpre ressaltar, por oportuno **e** relevante, **que o Supremo Tribunal Federal**, revelando essa **mesma** percepção a respeito do tema, **já reconheceu** que as referidas ***excludentes anímicas***, **quando presentes** no discurso **alegadamente ofensivo**, **descaracterizam a própria delituosidade** do comportamento dos agentes:

*– **Nos delitos** de calúnia, difamação e injúria, **não se pode prescindir**, para efeito de seu formal reconhecimento, da vontade deliberada e positiva do agente de vulnerar a honra alheia. **Doutrina e jurisprudência**.*

*– **Não há crime contra a honra**, se o discurso contumelioso do agente, motivado por um estado de justa indignação, traduz-se em expressões, ainda que veementes, pronunciadas em momento de exaltação emocional ou proferidas no calor de uma discussão. **Precedentes**.*

(**RTJ 168/498**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

O fato irrecusável, na espécie, **é que o exame** dos dados produzidos nestes autos – **e cuja liquidez resultou plenamente evidenciada – não revela a existência**, no comportamento atribuído ao ora Paciente, do "*animus diffamandi vel injuriandi*", **sem o qual não se tem** por realizado o elemento subjetivo **essencial** à caracterização da infração penal em causa.

A jurisprudência dos Tribunais **tem ressaltado**, **a partir** do magistério expendido pela doutrina (JULIO FABBRINI MIRABETE, "**Manual de Direito Penal**", vol. 2/141 e 148, 7. ed., 1993, Atlas; DAMÁSIO E. DE JESUS, "**Código Penal Anotado**", p. 401 e 411, 4. ed., 1994, Saraiva; EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, "**Direito Penal – Crimes contra a Pessoa**", p. 239, 2. ed., 1973, **RT**, dentre outros), **que as expressões** eventualmente contumeliosas, **quando proferidas** em momento de exaltação **ou** no calor de uma discussão, **bem assim o exercício**, pelo agente, **do direito de crítica ou de censura profissional**, ainda que veemente, **atuam como fatores de descaracterização do elemento subjetivo peculiar** aos tipos penais definidores dos crimes contra a honra (**RT** 481/307 – **RT** 525/391 – **RT** 544/381).

Desse modo, **e consideradas** as razões expostas, **evidencia-se** que o comportamento profissional do advogado ora Paciente **está protegido** pelo manto da imunidade judiciária, **eis que** as expressões por ele utilizadas em sede recursal **não se mostram impregnadas** de caráter delituoso, **porque** delas **ausente** o indispensável elemento subjetivo.

O ora Paciente, **ao insurgir-se** contra comportamento processual (**que lhe pareceu** tecnicamente equivocado) do magistrado em questão, **exerceu**, de modo **inteiramente** legítimo, **direito** que, **fundado** em prerrogativa profissional (**direito de crítica**), **assiste** aos advogados **quando em defesa** dos interesses de seus constituintes.

Inquestionável, desse modo, que os atos **praticados** pelo advogado **no patrocínio técnico** da causa, **respeitados** os limites deontológicos **que regem** a sua atuação como profissional do Direito **e que guardem** relação **de estrita** pertinência com o objeto do litígio, **ainda** que expressem críticas duras, veementes **e** severas, **mesmo** se dirigidas ao magistrado, **não podem** ser qualificados como transgressões ao patrimônio moral **de qualquer** dos sujeitos processuais, **eis** que o "*animus defendendi*" **importa** em descaracterização do elemento subjetivo **inerente** aos crimes contra a honra.

Cumpre esclarecer, *finalmente*, **que a discussão** em torno **da ausência** de justa causa **depende**, essencialmente, **da incontestabilidade** dos elementos

que informam a imputação penal, **não se viabilizando** o debate em questão, **quando** – suscitado em sede de "*habeas corpus*" – **disser respeito** a hipóteses em que se registre **dúvida fundada** a propósito dos fatos alegados (**RTJ** 43/484 – **RTJ** 136/166 – **RTJ** 136/1221 – **RTJ** 137/198 – **RTJ** 139/904 – **RTJ** 165/877-878 – **RTJ** 168/853 – **RTJ** 168/863-865, **v.g.**).

Ocorre, no entanto, que o caso em exame, **ao contrário** dos precedentes referidos, **caracteriza-se** por inquestionável liquidez dos fatos, **cuja realidade evidencia** – tal como **anteriormente** demonstrado neste voto – que o comportamento **atribuído** ao ora Paciente **não** se qualifica **nem** se identifica como gesto de transgressão à legislação penal, **eis** que fundado **em regular exercício** de prerrogativa profissional **que lhe é assegurada**, na condição de advogado, pela Constituição da República **e** pelo Estatuto da Advocacia.

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, **e superando** a restrição fundada na Súmula 691/STF, **concedo**, *de ofício*, **a ordem** de "*habeas corpus*" **em favor** de Sérgio Roberto de Niemeyer Salles, **para extinguir**, *definitivamente*, **desde** a origem, **o processo penal** contra ele instaurado (**Processo-crime** 2007.61.81.004679-5 – 10ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP), **eis que destituída** de qualquer tipicidade penal **a conduta** que lhe foi atribuída.

Por ausentes quaisquer circunstâncias de índole pessoal **e considerando** que se registra, no caso, **identidade** de situações, **estendo**, *de ofício*, **ao corréu** Raimundo Hermes Barbosa, **igualmente** advogado, **os efeitos** da presente decisão.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

HC 98.237/SP — Relator: Ministro Celso de Mello. Paciente: Sérgio Roberto de Niemeyer Salles. Impetrante: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (Advogado: Alberto Zacharias Toron). Coatora: Relatora do HC 129.896 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por unanimidade, superando a restrição fundada na Súmula 691/STF, concedeu, de ofício, ordem de *habeas corpus* ao paciente Sérgio Roberto de Niemeyer Salles, e, por identidade de situação, estendeu-se ao corréu Raimundo Hermes Barbosa, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Ministro Joaquim Barbosa. Compareceu à Turma o Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Tribunal, a fim de julgar processos a ele vinculados, assumindo, nesta ocasião, a Presidência da Turma, de acordo com o art. 148, parágrafo único, RISTF. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 15 de dezembro de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 98.992 — RS

Relatora: Ministra Presidente

Paciente: Tiago da Silva Vidal — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Relator do Recurso Especial 1.036.505 do Superior Tribunal de Justiça

Penal. *Habeas corpus*. Violação ao princípio do *non bis in idem*. Inocorrência. Reincidência usada apenas como circunstância agravante. Pena-base aumentada em razão de outras circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. Precedentes do STF. *Writ* indeferido.

1. A Defensoria Pública da União impetrou o presente *writ* alegando que os maus antecedentes não podem ser considerados como circunstância judicial desfavorável e para agravar a pena pela reincidência, em face do princípio do *non bis in idem*.

2. O Juiz de primeiro grau, ao dosar a pena, assentou, expressamente, que os antecedentes criminais do paciente não seriam considerados para o aumento da pena-base, mas tão somente como circunstância agravante da reincidência.

3. Deste modo, observo que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal não por força dos maus antecedentes do paciente, mas, sim, em razão das demais circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

4. Assim, no caso concreto, não houve violação ao princípio do *non bis in idem*, eis que a reincidência não foi considerada simultaneamente como circunstância judicial e circunstância agravante.

5. Conforme já decidiu esta Suprema Corte "o aumento da pena, em função da reincidência, expressamente prevista no art. 61, I, do Código Penal, não constitui *bis in idem* quando não utilizada como circunstância judicial para a fixação da pena-base" (HC 93.812/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE* 172, 11-9-2008).

6. Ante o exposto, indefiro o presente *writ*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 15 de dezembro de 2009 — Ellen Gracie, Presidente e Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão do eminente Ministro Arnaldo Esteves Lima, que deu parcial provimento ao Recurso Especial 1.036.505/RS interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, para reconhecer que o agravamento da pena pela reincidência, não implica em *bis in idem*, se esta não foi considerada como circunstância judicial.

2. Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de um ano e seis meses de reclusão pela prática do crime previsto no art. 180, *caput* do Código Penal (fls. 12/18).

Alega a impetrante, em síntese, que "o princípio do *non bis in idem* proíbe a consideração de uma mesma situação, por mais de uma vez, para o agravamento da pena que está sendo aplicada" (fl. 5).

Requer a concessão da ordem para anular a decisão do STJ e restabelecer o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reduziu a pena do paciente para um ano de reclusão (fl. 7).

3. Parecer da Procuradoria-Geral da República no sentido do indeferimento do *writ* (fls. 34/37).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. A Defensoria Pública da União impetrou o presente *writ* alegando que os maus antecedentes não podem ser considerados como circunstância judicial desfavorável e para agravar a pena pela reincidência, em face do princípio do *non bis in idem*.

Inicialmente, ressalto que neste *habeas corpus* não se questiona a constitucionalidade da reincidência, matéria que está pendente de apreciação pelo Plenário desta Corte, no RE 591.563, de relatoria do eminente Ministro Cezar Peluso.

Além disso, a matéria aqui discutida foi recentemente apreciada por esta Colenda Segunda Turma, no julgamento do HC 94.839/RJ (*DJE* 195, 16-10-2009), de relatoria do Ministro Cezar Peluso, quando ficou assentado que, "a jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de que o *bis in idem* na fixação da pena somente se configura quando o mesmo fato – a mesma condenação definitiva anterior – é considerado como signo de maus antecedentes (circunstância judicial do art. 59 do Código Penal) e como fator de reincidência (agravante genérica do art. 61 também do Código Penal)."

2. A questão foi bem resolvida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como se depreende da decisão do eminente Ministro Arnaldo Esteves Lima (fls. 28/29):

A reincidência constitui agravante expressamente prevista no art. 61, I, do Código Penal, *verbis*: "São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – a reincidência".

Além disso, nos termos do art. 67 do Estatuto Penal, a reincidência é considerada circunstância preponderante na aplicação da pena. Trata-se de circunstância cuja consideração encontra-se em harmonia com os princípios da individualização da pena e da isonomia, tendo em vista a maior reprovabilidade da conduta do agente que reitera na prática criminosa.

Negar a aplicação do gravame constitui efetiva e direta ofensa ao texto legal, além de contrariar todo o sistema jurídico-penal, para o qual a reincidência é considerada circunstância basilar na dosimetria da pena.

É necessário ressaltar, ainda, o teor da Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça:

> "A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial."

Na espécie, o Juízo de primeiro grau consignou a existência de condenações anteriores do recorrido que justificariam o aumento da reprimenda tão somente na 2ª fase da dosimetria da pena, conforme se depreende do seguinte excerto da sentença (fl. 175): "O réu *Tiago da Silva Vidal* registra antecedentes criminais, inclusive com sentenças condenatórias, conforme certidões de fls. 148, 153/154, aqui não considerados em razão da reincidência".

Todavia, quando do julgamento do apelo defensivo, equivocou-se o Tribunal de origem ao interpretar a dicção do magistrado singular, haja vista ter declarado a existência de valoração negativa dos antecedentes do réu na 1ª fase do cálculo da pena, nestes termos (fl. 225): "Se verifica que a pena-base foi fixada em 1 ano e 6 meses, aumento que resulta adequado tendo em vista os antecedentes do réu (fls. 148/149 e 168/169)".

Dessa forma, não se justifica, no caso, o afastamento, pela Corte *a quo*, da majoração da pena decorrente da reincidência, uma vez que, diversamente do que afirmou, não ocorreu a consideração, pelo Juízo de primeiro grau, da reincidência como circunstância judicial e circunstância agravante – *bis in idem* –, não sendo, portanto, o caso de incidência da Súmula 241/STJ.

De outra parte, é patente que o pedido ministerial referente à consideração das "condenações anteriores para fins de antecedentes quando da fixação da pena-base" (fl. 243) restou atingido pela preclusão, tendo em vista a inexistência de recurso de apelação do Ministério Público impugnando o trecho da sentença que não valorou negativamente a referida circunstância judicial.

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, **dou parcial provimento** ao recurso especial, tão somente para restabelecer a pena privativa de liberdade do réu, tal como imposta na sentença condenatória, qual seja, 1 ano e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto.

3. Com efeito, o Juiz de primeiro grau, ao dosar a pena, assentou, expressamente, que os antecedentes criminais do paciente não seriam considerados para o aumento da pena-base, mas tão somente como circunstância agravante da reincidência.

Transcrevo, por oportuno, o seguinte trecho da sentença (fl. 17):

> O réu *Tiago da Silva Vidal* registra antecedentes criminais, inclusive com sentenças condenatórias, conforme decisão de fls. 148, 153/154, aqui não considerados em razão da reincidência; personalidade sem elementos para avaliar; culpabilidade elevada, sendo exigível que agisse de outro modo; conduta antissocial pela natureza do delito, e pelo incremento de crimes de roubo e furto de automóveis por receptadores; motivos voltados ao lucro fácil; circunstâncias próprias do delito, mas sempre negativas, pois houve a colaboração de outro agente, não identificado pelo réu; consequências, em parte favoráveis, pela apreensão do veículo, por isso fixo a pena base em um ano e seis meses de reclusão.

Deste modo, observo que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal não por força dos maus antecedentes do paciente, mas, sim, em razão das demais circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

4. Assim, no caso concreto, não houve violação ao princípio do *non bis in idem*, eis que a reincidência não foi considerada simultaneamente como circunstância judicial e circunstância agravante.

5. Conforme já decidiu esta Suprema Corte "o aumento da pena, em função da reincidência, expressamente prevista no art. 61, I, do Código Penal, não constitui *bis in idem* quando não utilizada como circunstância judicial para a fixação da pena-base" (HC 93.812/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 172, 11-9-2008).

6. Ante o exposto, **indefiro** o presente *writ*.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

HC 98.992/RS — Relatora: Ministra Presidente. Paciente: Tiago da Silva Vidal. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Relator do Recurso Especial 1.036.505 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por unanimidade, indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Ministro Joaquim Barbosa. Compareceu à Turma o Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Tribunal, a fim de julgar processos a ele vinculados, assumindo, nesta ocasião, a Presidência da Turma, de acordo com o art. 148, parágrafo único, RISTF. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 15 de dezembro de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

RECURSO EM HABEAS CORPUS 101.887 — RJ

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Recorrente: Gilmar Couto Guimarães — Recorrido: Ministério Público Federal

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Redimensionamento da pena. Prescrição da pretensão punitiva. Inocorrência. Recurso desprovido.

1. O fato de o redimensionamento da pena, em sede de *habeas corpus*, ter ocorrido mais de dezoito anos após a prolação da sentença condenatória não influi na contagem da prescrição, que é regida pelos marcos interruptivos previstos no art. 117 do Código Penal.

2. Tratando-se de pena de seis anos, onze meses e seis dias de reclusão, nos termos do art. 109, III, do Código Penal, a prescrição se opera em doze anos, que não decorreram entre a data do fato (abril de 1988), o recebimento da denúncia, a prolação da sentença (10-1-1989) e o trânsito em julgado da condenação (7-2-1991).

3. Não há notícia de que tenha ocorrido a interrupção do cumprimento da pena, fato que poderia afetar a contagem da prescrição da pretensão executória.

4. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Eros Grau, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 8 de junho de 2010 — Ellen Gracie, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por *Gilmar Couto Guimarães* contra julgamento do HC 53.540/RJ, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, anteriormente ajuizado perante o Superior Tribunal de Justiça.

O recorrente foi condenado em primeira instância pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, inciso II, na forma do art. 71, ambos do Código Penal, à pena de nove anos, sete meses e seis dias de reclusão.

A sentença condenatória foi mantida pelo Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro, ao negar provimento à apelação interposta pela defesa. O trânsito em julgado ocorreu em 7-2-1991.

No *habeas corpus* aforado no Superior Tribunal de Justiça, a impetrante alegou a nulidade da sentença, em virtude da utilização de prova emprestada em desrespeito ao contraditório, e a inobservância do sistema trifásico para a aplicação da pena. A Relatora do *writ* julgou prejudicada a impetração. Contra a decisão foi interposto agravo regimental.

A Relatora reconsiderou sua decisão, que havia julgado prejudicado o *habeas corpus*, para encaminhá-lo a julgamento pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. O colegiado concedeu em parte a ordem para redimensionar a pena aplicada ao paciente, fixando-a em seis anos, onze meses e seis dias de reclusão, em regime fechado.

Foram opostos embargos de declaração com a finalidade de se ver reconhecida a prescrição da pena do paciente. Os declaratórios, entretanto, foram rejeitados. Daí o presente recurso ordinário.

2. Neste recurso ordinário constitucional em *habeas corpus*, o recorrente busca o reconhecimento da prescrição de sua condenação. Alega que, com o redimensionamento da pena, o lapso temporal para o reconhecimento da prescrição com base na pena em concreto teria ocorrido.

3. O Ministério Público Federal apresentou suas contrarrazões requerendo o desprovimento do recurso, por entender que não ocorreu a prescrição no caso.

4. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. O recurso é próprio e tempestivo. Contudo, não merece provimento.

2. O recorrente assevera que houve intervalo de tempo de mais de dezoito anos entre o julgamento da apelação pelo Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro e a decisão do Superior Tribunal de Justiça que redimensionou a pena. Alega que, diante da nova pena em concreto aplicada, a prescrição da pretensão punitiva teria ocorrido.

3. O argumento do recorrente não pode ser acolhido por ser desprovido de qualquer amparo legal.

4. A Ministra Maria Thereza de Assis Moura tratou da questão de maneira irretocável em seu voto, que rejeitou os embargos de declaração opostos no *habeas corpus* ajuizado perante o Superior Tribunal de Justiça em favor do ora recorrente, de modo que o tomo como razões de decidir (fl. 288):

Os embargos de declaração têm âmbito de cognição restrito às hipóteses do art. 619 do Código de Processo Penal, quais sejam, a ambiguidade, a contradição, a omissão ou a obscuridade da decisão atacada. Na hipótese, o aresto atacado não está eivado de quaisquer desses vícios.

Muito embora seja possível declarar, de ofício, a extinção da punibilidade em razão da prescrição, por se tratar de matéria de ordem pública, no caso do autos, não se constata ter ocorrido a prescrição, razão pela qual o acórdão atacado deve ser mantido na íntegra.

Com efeito, o fato de o redimensionamento da pena, em sede de *habeas corpus*, ter ocorrido mais de dezoito anos após a prolação da sentença condenatória não influi na contagem da prescrição, que é regida pelos marcos interruptivos previstos no art. 117 do Código Penal.

Tratando-se de pena de 6 anos, 11 meses e 6 dias de reclusão, a teor do art. 109, III, do Código Penal, a prescrição se opera em 12 anos, que não decorreram entre a data do fato (abril/1988 – fl. 96), o recebimento da denúncia, a prolação da sentença (10-1-1989 – fl. 108) e o trânsito em julgado da condenação (7-2-1991 – fl. 94). Não há notícia de que tenha ocorrido a interrupção do cumprimento da pena, fato que poderia afetar a contagem da prescrição da pretensão executória.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

5. Como se vê, não há que se cogitar em extinção da punibilidade com base na prescrição da pretensão punitiva.

6. Ante o exposto, **nego provimento** ao presente recurso.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

RHC 101.887/RJ — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Recorrente: Gilmar Couto Guimarães (Advogada: Karine Faria Braga de Carvalho). Recorrido: Ministério Público Federal (Procurador: Procurador-Geral da República).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto da Relatora. Ausente, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa.

Presidência do Ministro Eros Grau. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie e Gilmar Mendes. Ausente, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 8 de junho de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 101.893 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Paciente: Adriano Rodrigues Laignier — Impetrante: Adriano Rodrigues Laignier — Coatores: Superior Tribunal de Justiça e Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Magé – Forum Regional de Vila Inhomirim

***Habeas corpus*. Processual penal. Crime de coação no curso do processo (art. 344 do Código Penal). Alegação de inépcia da denúncia. Ausência de elementares do tipo. Trancamento da ação penal. Possibilidade. Ordem concedida.**

1. Inexistência, no caso concreto, de ato praticado pelo paciente que possa estar subsumido ao tipo penal do art. 344 do Código Penal. Dos fatos narrados não se vislumbra a ocorrência de violência ou grave ameaça, elemento fundamental da figura típica.

2. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 20 de abril de 2010 — Dias Toffoli, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, impetrado por Adriano Rodrigues Laignier em proveito próprio, alegando, em apertada síntese, ter sido ineptamente denunciado pela prática de delito previsto no art. 344 do Código Penal (coação no curso do processo), tendo, entretanto, aceitado a oferta feita pelo Ministério Público de suspensão condicional do processo para evitar, segundo afirma, continuidade de sua manutenção no cárcere, o que se dava há mais de 40 dias.

Informa, ainda, que foi inicialmente investigado pela prática do delito previsto no art. 299 do CP (falsidade ideológica), ficando 43 dias na prisão. A denúncia, entretanto, foi ofertada pelo delito tipificado no art. 344 do mesmo diploma legal.

Depois, seguindo os trâmites legais, aceitou a suspensão condicional do processo, fazendo-se representar por colega nos autos em primeiro grau de jurisdição.

O decreto de suspensão condicional do processo, porém, segundo alega, teria ceifado o desenvolvimento regular do devido processo legal, até porque a

conduta imputada na denúncia seria atípica, já que jamais se teria provado qualquer grave ameaça à suposta vítima.

O acórdão do STJ aqui atacado recebeu a seguinte ementa:

> *Habeas corpus. Processual penal. Paciente denunciado sob a acusação de infringir o art. 344 do Código Penal. Inépcia da denúncia. Inexistência. Trancamento da ação penal. Impossibilidade.*
>
> 1. Cotejando o tipo penal incriminador indicado pela denúncia com a conduta supostamente atribuível ao Paciente, vê-se que, conquanto sucinta, a acusação atende aos requisitos legais do art. 41 do Código de Processo Penal, de forma suficiente para a deflagração da ação penal, bem assim para o pleno exercício de sua defesa.
>
> 2. "O reconhecimento da inocorrência de justa causa para a persecução penal, embora cabível em sede de *habeas corpus*, reveste-se de caráter excepcional. Para que tal se revele possível, impõe-se que inexista qualquer situação de iliquidez ou de dúvida objetiva quanto aos fatos subjacentes à acusação penal" (STF – HC 94.592/SP, Segunda Turma, Rel. Min. *Celso de Mello*, *DJe* de 2-4-2009). Na hipótese, ao contrário, há indícios nos autos de que os fatos tenham ocorrido como descritos na denúncia, razão pela qual não há justificativa para o trancamento da ação penal, mormente quando já aceita proposta de transação pelo Paciente.
>
> 3. *Habeas corpus* indeferido.

Vindas as informações solicitadas, o Ministério Público Federal ofertou parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves, que recebeu a seguinte ementa:

> *Habeas corpus. Crime de coação no curso do processo. Conhecimento parcial. Alegação de inépcia da inicial acusatória, de atipicidade do fato e de ausência de provas. Inocorrência. Ausência de constrangimento ilegal. Denúncia que descreve fatos e circunstâncias de modo suficiente.*
>
> 1. Não é possível a essa Eg. Corte conhecer de tema não apreciado pelo STJ.
>
> 2. *In casu*, a descrição dos fatos e circunstâncias na denúncia, ainda que de modo sucinto, permite a plena defesa do paciente, razão pela qual não há falar em inépcia.
>
> 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que "o trancamento de ação penal só se verifica nos casos em que há prova evidente da falta de justa causa, seja pela atipicidade do fato, seja por absoluta carência de indício de autoria, ou por outra circunstância qualquer que conduza, com segurança, à conclusão firme da inviabilidade da ação penal". (RHC 99.397, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, *DJe* 18-12-2009).
>
> 4. Parecer pelo parcial conhecimento e, nessa parte, pela **denegação**.
>
> (Fl. 156.)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem analisados os autos, tenho para mim a manifestação do Ministério Público Federal merece acolhida, de modo a conhecer-se em parte da impetração e, na parte conhecida, denegar-se a ordem.

Pontuo, primeiramente, que, se as ilegalidades e violações a prerrogativas da Advocacia tiverem de ser apuradas, como o impetrante alegou em várias oportunidades, outro é o caminho processual, não sendo tal possível nesta sede.

Neste *habeas corpus* somente é possível analisar-se a regularidade da oferta da denúncia e de seu recebimento, do pedido de "suspensão da transação penal" (fl. 27) bem como o pedido de trancamento da ação.

Entendo que assiste razão à Procuradoria-Geral da República no aspecto em que salienta que o questionamento da proposta de suspensão condicional do processo não foi objeto da impetração no STJ, sendo indevida a pretendida supressão de instância. Não é possível, pois, conhecer dessa parte da impetração, sob pena de incorrer em supressão de instância.

Quanto aos demais argumentos, penso que também não assiste razão ao impetrante.

É que, por ocasião da oferta da denúncia, a consideração que prepondera não é a presunção de inocência, mas a de *in dubio pro societate*.

Em outras palavras, havendo presença dos indícios de autoria e estando evidenciada a materialidade do delito, recebe-se a denúncia.

Somente ao longo da instrução criminal é que se pode cogitar de provas quanto ao elemento subjetivo do tipo ou relativamente a algum fato específico, como, no caso, à existência de real ameaça à vítima do delito de coação no curso do processo.

A exordial acusatória veicula, inegavelmente, fato típico, cujo deslinde haveria de ser submetido ao crivo do contraditório.

Transcrevo trecho pertinente da acusação, constante às fls. 65 e 66:

> O denunciado, dizendo-se advogado de indiciado por crime de roubo no citado procedimento, no período referenciado, efetuou ligações telefônicas para a residência da vítima Sueli da Silva Carius, que figura também como vítima naquele inquérito. Segundo o denunciado, a vítima deveria "auxiliar em seu trabalho" afirmando que "seu cliente não era o autor do crime de roubo".
>
> No dia 10 de agosto de 2008, o denunciado mandou que terceira pessoa não identificada, sendo certo que parente do autor do crime de roubo, encontrasse a vítima, transmitindo-lhe a exigência de que assinasse declaração, segundo a qual este era inocente no crime de roubo.
>
> No dia 12 de agosto de 2008, o denunciado, consciente e voluntariamente, através de ligação telefônica, exigiu que a vítima declarasse falsamente que seu cliente não seria autor do crime de roubo, a fim de favorecer interesse deste, em processo judicial. Para isso, marcou encontro com a vítima na frente da 66ª DP, ocasião em que foi preso em flagrante.
>
> A grave ameaça, embora não verbalizada, era consubstanciada na pressão exercida sobre a vítima, insistentemente procurada em sua residência, em nome de autor do crime de roubo, crime violento, que antes a vitimara. Consistiu ainda a grave ameaça no efetivo fornecimento dos dados qualificativos da vítima a familiares do criminoso ou a outros malfeitores.

O tipo do art. 344, do CP, por sua vez, encontra-se assim explicitado:

> Coação no curso do processo
> Art. 344. Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral:
> Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Estando formalmente correta a descrição do delito alegadamente cometido pelo paciente, com base em investigação policial que embasava a denúncia, ainda que se antecipe a dificuldade da produção da prova ao longo do processo prestes a iniciar-se, não há falar em falta de justa causa para a persecução penal.

Encontrava-se presente, com efeito, a materialidade do delito de ameaça, existindo, ademais, indícios suficientes de autoria que justificavam a movimentação do Estado-juiz na busca da verdade real no curso de ação criminal.

Anoto, por oportuno, que o impetrante aceitou a suspensão condicional do processo, a qual que não chegou a ser analisada no STJ, não podendo ser aceita, aqui, a alegação de que teria sido obrigado a aceitar a proposta porque estava preso há mais de quarenta dias não poderia mesmo prosperar.

De qualquer modo, parece no mínimo estranho que, depois de aceitar as condições da suspensão condicional de um processo a ser instaurado, o impetrante e também paciente, advogado com defesa técnica exercida por colega devidamente constituído nos autos, não tenha sopesado o risco de possível condenação a partir de uma denúncia como a apresentada.

Em face do exposto, conheço em parte da impetração denegando a ordem na parte conhecida.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, peço vênia a Vossa Excelência, mas não encontro no texto da denúncia relatada por Vossa Excelência, posteriormente citado no seu douto voto, a presença de grave ameaça ou de violência que tenha sido praticada pelo impetrante.

E é a própria denúncia que realmente o diz quando especifica que a grave ameaça, embora não verbalizada, é consubstanciada na pressão exercida sobre a vítima, insistentemente procurada em sua residência. Constam, ao que foi dito, da denúncia três ligações e um encontro que houve entre o paciente e a vítima.

Ora, o paciente era advogado de um cidadão que estava sendo acusado de um crime, cuja vítima teria sido a mesma deste caso. O mero contato do paciente com essa vítima não configura, para mim, nenhum ato que possa estar subsumido ao tipo penal do art. 344. Dos fatos narrados, não configuro que tenha havido violência nem grave ameaça nesses contatos.

Bem por isso, Senhor Presidente, vou pedir vênia a Vossa Excelência para conceder a ordem de *habeas corpus* para o trancamento da ação penal.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, eu também estou tendo dificuldade neste caso e, rapidamente, farei duas considerações.

A primeira, a despeito de Vossa Excelência haver dito que inclusive não conhece, com o que eu concordaria inteiramente de que o *sursis* processual foi apresentado e que ele teria aceito, acolhido, e, portanto, daí se vê que haveria uma contradição.

Ocorre que o impetrante está dizendo que ele estava preso, numa penitenciária de segurança máxima, há quarenta e três dias depois de haver comparecido quando foi ofertado, pelo que eu entendi, absolutamente em condições de não poder exercer a sua liberdade, para aceitar, ou não, para que nós possamos tomar isso como uma pessoa, no exercício da liberdade, de um advogado que vai para uma delegacia – e aí nem entro ainda no mérito de ele ter ou não ido para esta ou aquela finalidade, ainda que descuidadamente, ainda que de forma até negligente ou enfim –, mas que dali é preso e quarenta e três dias depois alguém oferece uma alternativa para ele suspender o processo.

Eu acho que é uma tendência natural do ser humano – o Ministro Marco Aurélio costuma dizer que se toma como regra o que normalmente acontece. Normalmente uma pessoa que saiu de casa para uma delegacia, na condição de advogado, se vê numa condição de preso em flagrante, numa penitenciária de segurança máxima, evidentemente a situação normal é que você não exerce amplamente a sua liberdade nem está raciocinando para saber se isso é melhor ou pior.

Por essa razão eu acolheria o não conhecimento de Vossa Excelência, mas estou tomando isso como um dos dados que, apesar de toda a dificuldade – e nem me lembro de já haver acolhido alguma vez o trancamento de ação penal, que acho realmente muito grave nessa fase e tudo o mais –, mas, neste caso, o que vem aqui, tanto no parecer do Ministério Público quanto no que Vossa Excelência relatou e, principalmente, no voto transcreve, do que posto e do memorial oferecido, ratificação de renúncia, o exercício de uma atividade como a advocacia em que você procura realmente defender o seu cliente, ainda que esse limite possa eventualmente ter exorbitado, mas que não me parece haver dados mínimos para que se pudesse cogitar da ação penal.

Hoje, tenho estudado, de uma forma especial – e aí faço apenas um comentário –, sobre o que a própria ação penal, que, claro, é onde o Estado exerce – como diz Vossa Excelência –, a partir não de uma presunção de não culpabilidade, mas a presunção da defesa da sociedade, mas a partir de dados que sejam minimamente consistentes, porque a ação penal já é uma forma, principalmente, por exemplo, no caso de empresas de advogados, já é um peso enorme para a pessoa ter de responder, porque isso acaba cravando ou tatuando algo na vida dessa pessoa.

De modo que, neste caso, peço vênia a Vossa Excelência, que, no seu brilhante voto, traça um raciocínio extremamente coerente com a jurisprudência, mas, em face das peculiaridades do caso concreto, peço vênia para acompanhar a divergência iniciada pelo Ministro Dias Toffoli.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Se me permite, Ministro **Marco Aurélio**, apenas para agregar ao meu voto um fato que a Ministra **Cármen Lúcia** mencionou do voto do eminente Relator.

Para mim, não causa nenhum efeito jurídico, a fim de verificar a petição de *habeas corpus*, o fato de ter havido a aceitação da proposta do art. 89, de suspensão condicional do processo. Para mim, não causa nenhum efeito em qualquer tipo de presunção de veracidade dos fatos lançados ou de gravidade.

Só gostaria de registrar isso, até porque a suspensão do processo e o cumprimento das condições tornam extinto qualquer tipo de punibilidade.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, creio que todos acordamos sobre a neutralidade do fato de o paciente haver aceito a suspensão do processo.

Estamos de acordo, considerado não o contexto existente à época – quanto a uma espontânea manifestação da vontade –, mas a premissa de que, não observadas as condições impostas, tem-se a sequência da ação penal. Se há um defeito inicial nessa ação penal, presente a impropriedade da denúncia, evidentemente a aceitação da suspensão não pode obstaculizar o questionamento da matéria.

Presidente, não reconheço, na imunidade do advogado, um direito absoluto, mesmo porque a cláusula constitucional remete aos termos da lei. Mas presumo o que normalmente ocorre. A regra é ter-se a atuação em prol dos interesses do constituinte, uma atuação que deve ser desassombrada. Colho do próprio estatuto da Ordem dos Advogados que:

> Art. 2º O advogado é indispensável [como está na Carta da República] à administração da Justiça.
>
> § 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.
>
> § 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação [os esforços devem estar direcionados nesse sentido, sob pena de haver até patrocínio infiel] de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.
>
> § 3º No exercício da profissão [aí repete o que está na Carta da República], o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

O que houve na espécie? Houve, por isso ou por aquilo, flagrante defronte a uma delegacia policial, no que, nesse local – o que é sintomático quanto a um

procedimento razoável por parte do paciente, se ele tivesse de fazer alguma pressão, não a faria diante da repartição policial –, foi marcado o encontro com a vítima e o marido dela.

Há mais, Presidente, a revelar, sob a minha óptica – e nisso acompanho os colegas que divergiram de Vossa Excelência na concessão da ordem –, a fragilidade – para dizer o mínimo – dessa peça acusatória.

Em primeiro lugar, consignou-se:

> Entre os dias 4 e 8 de agosto, em locais não precisados [outro dado aqui que gera uma certa perplexidade], e no dia 13 de agosto de 2008, no interior da 66ª Delegacia de Polícia, nesta Comarca, o denunciado, consciente e voluntariamente, usou de grave ameaça, com o fim de favorecer interesse alheio, contra parte, a saber, vítima, chamada a intervir em inquérito policial de número (...), que apura o crime de roubo.
>
> O denunciado, dizendo-se advogado [como se não o fosse] de indiciado por crime de roubo no citado procedimento, no período referenciado, efetuou ligações telefônicas para a residência da vítima (...), que figura também como vítima naquele inquérito. Segundo o denunciado, a vítima deveria "auxiliar em seu trabalho" afirmando que "seu cliente não era o autor do crime de roubo".
>
> No dia 10 (...), o denunciado mandou que terceira pessoa não identificada, [mais um detalhe] sendo certo que parente do autor do crime de roubo, encontrasse a vítima, transmitindo-lhe a exigência [o que se apoiou como exigência à colocação para que ela realmente excluísse a culpa do assistido] de que assinasse declaração, segundo a qual este era inocente no crime de roubo.

O paciente aponta, no memorial, com honestidade de propósito, que ligara "três vezes", e que combinara, inclusive, "encontro na igreja". Há ainda uma notícia – e Vossa Excelência leu esse trecho, que penso ser de manifestação, se não da denúncia, de qualquer forma do Ministério Público – de que a grave ameaça não teria sido verbalizada. Como teria, então, ocorrido essa grave ameaça – e o crime do art. 344 pressupõe o dolo –, que era consubstanciada na pressão exercida sobre a vítima? Onde está a narração dos fatos? Onde está a especificidade do que se tomou como pressão exercida sobre a vítima? Pretender-se, em nome do constituinte, que a vítima realmente exclua a culpabilidade daquele que está envolvido na investigação é pressionar?

Presidente, além desses aspectos – se não fosse o defeito da peça primeira da ação penal –, temos que não houve um exame – e o recebimento, ou não, de denúncia consubstancia decisão interlocutória, e toda decisão tem de ser fundamentada – dos parâmetros dessa mesma peça. Simplesmente lançou o colega de ofício: recebo a denúncia, revestida das formalidades legais. Costumo dizer que fundamentação que sirva para todo e qualquer processo não o é, é bateção de carimbo.

Já glosaria o ato do Juízo quanto à falta de fundamentação. Mas cinjo-me, Presidente, à causa de pedir do *habeas* – que passou pelo crivo de instâncias outras, e a última trincheira do cidadão é o Supremo –, que é a inadequação – em termos de figurino legal, em termos de tipologia, em termos de dados mínimos a viabilizarem a defesa do acusado – da denúncia.

Peço vênia a Vossa Excelência para acompanhar a divergência e conceder a ordem.

Para chegar-se – digo isso em profissão de fé – à responsabilidade do advogado atuando em prol do constituinte é preciso muito mais, principalmente na área penal. A regra, como ressaltei, é a imunidade, a exceção está no afastamento dessa.

Concedo a ordem para trancar a ação penal.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente e Relator): Antes de proclamar o resultado, farei algumas brevíssimas considerações que fundamentaram o meu voto, talvez na leitura não tenha dado a ênfase necessária, mas que darei agora, para que fique registrado nas notas taquigráficas.

Como aprendi a dizer com o meu eminente amigo e colega Ministro Marco Aurélio, o que temos na espécie? Temos o seguinte: cidade do Rio de Janeiro, cidade violentíssima, como todas as grandes capitais desse País.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Embora maravilhosa!

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente e Relator): Continua maravilhosa, e tenho a honra de haver nascido lá; mas como acontece nas grandes capitais, inclusive naquela na qual eu moro, São Paulo, alguém, uma pessoa foi vítima de um roubo, deu queixa na polícia, e a partir daí viu-se acossada por um advogado, em sua residência, que lhe dá sucessivos telefonemas em nome do suposto autor desse roubo, dizendo: a senhora, ou o senhor – a senhora deve auxiliar o meu trabalho, o meu cliente não é autor do roubo. Dias depois, o advogado, segundo consta da denúncia, manda um parente do suposto roubador encontrar-se com a vítima para dizer: olha, assine uma declaração no sentido de que o meu parente não foi o autor do roubo – uma mulher, no Rio de Janeiro. Em seguida, o advogado volta a telefonar, marca um encontro com a vítima na frente da delegacia, e é preso em flagrante. Muito bem, é preso em flagrante, e fica preso por um determinado número de dias. Ele, advogado, constitui outro advogado nos autos. Temendo as conseqüências de seus atos que, a meu ver, desbordam em muito o exercício normal, para não dizer legal da advocacia, e se apressa a assinar o *sursis* processual, temendo as consequências de seus atos. Liberado, vai a seu escritório e arquiteta uma estratégia de defesa, vem pessoalmente e consegue sensibilizar os nobres Ministros desta Corte, dizendo que a denúncia não está em termos.

Com o devido respeito pelas opiniões dos eminentes Pares, entendo que esta denúncia, como dezenas e centenas de outras que examinamos nesta Corte, está em termos, ela veicula a materialidade do delito e indícios suficientes de autoria.

A meu ver, o que ocorre na espécie? O advogado – insisto – temeroso das consequências de seus atos, que desbordaram em muito na prática habitual da advocacia, assinou o pedido de suspensão do processo.

Quanto ao recebimento da denúncia, com todo respeito, não se exigia – e era praxe até recentemente, diferentemente do que ocorre no Supremo Tribunal

Federal – que o ato de recebimento da denúncia fosse circunstanciado, seja fundamentado.

O juiz, simplesmente, quase que de forma automática, como um carimbo, verificando que a denúncia estava formal e materialmente em ordem, recebia a denúncia.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, mais um detalhe apenas: consideremos a denúncia, a peça atacada. O que se tem? Alude-se ao art. 344 do Código Penal: grave ameaça. Mas, na hora de se explicitar, realmente, essa grave ameaça, consignou-se em bom vernáculo que não teria sido verbalizada. Grave ameaça implícita?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente e Relator): *Data venia*, isso seria matéria de prova ao longo da instrução criminal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É o que está na denúncia.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente e Relator): Ora, o suposto parente do alegado autor do roubo seria ouvido, a vítima seria ouvida e esses fatos todos se aclarariam ao longo do contraditório na ação penal, a meu ver. Mas respeito o ponto de vista de Vossa Excelência e de todos os demais Colegas.

EXTRATO DA ATA

HC 101.893/RJ — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Relator para o acórdão: Ministro Dias Toffoli. Paciente: Adriano Rodrigues Laignier. Impetrante: Adriano Rodrigues Laignier. Coatores: Superior Tribunal de Justiça e Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Magé – Forum Regional de Vila Inhomirim.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma deferiu o pedido de *habeas corpus*, vencido o Ministro Ricardo Lewandowski, Relator Presidente. Falou o Dr. Adriano Rodrigues Laignier pelo paciente. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Ayres Britto. Relator para o acórdão, o Ministro Dias Toffoli.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson de Almeida.

Brasília, 20 de abril de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 361.829 — RJ

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Embargante: Município do Rio de Janeiro — Embargados: Ação S.A. Corretora de Valores e Câmbio e outro

Direito constitucional e tributário. Embargos de declaração em recurso extraordinário. Imposto sobre serviços. LC 56/1987. Lista de serviços anexa. Caráter taxativo. Serviços executados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central. Exclusão. Hipótese de não incidência tributária. Embargos de declaração. Suprimento de omissão. Inexistência de efeito modificativo. Desnecessidade de intimação para impugnação. Não violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Encaminhamento ao Plenário. Competência da Turma. Declaração incidental de inconstitucionalidade por órgão fracionário do STF. Violação à reserva de Plenário. Ausência.

1. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que a lista de serviços anexa à LC 56/1987 é taxativa, consolidando sua jurisprudência no sentido de excluir da tributação do ISS determinados serviços praticados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, não se tratando, no caso, de isenção heterônoma do tributo municipal.

2. Não há falar em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez inexistente o caráter infringente de anterior acórdão embargado, mas, apenas, o aspecto supletivo processualmente previsto.

3. O encaminhamento de recurso extraordinário ao Plenário do STF é procedimento que depende da apreciação, pela Turma, da existência das hipóteses regimentais previstas e não, simplesmente, de requerimento da parte.

4. O STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da Constituição Federal.

5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, rejeitar os embargos, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 2 de março de 2010 — Ellen Gracie, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Município do Rio de Janeiro de acórdão (fls. 811-839) que deu provimento a recurso extraordinário para entender ilegítima a exigência do ISS sobre serviços executados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, expressamente excluídas da lista anexa à LC 56/1987.

2. O Município alega, em síntese:

a) apesar de o acórdão embargado ter dado efeito modificativo aos embargos de declaração opostos anteriormente pela parte ora embargada, não houve sua intimação para prévia apresentação de contrarrazões;

b) o próprio recurso extraordinário foi rejulgado com fundamento em novos argumentos a respeito dos quais o Município também não foi chamado a se contrapor;

c) o presente processo discute tema de extrema importância para todos os Municípios da Federação, visto que trata do ISS incidente sobre as atividades administrativas das instituições financeiras, sendo que o desenlace do feito não pode se dar sem a rígida observância do princípio do contraditório, sob pena de violação do art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal;

d) os embargos de declaração anteriormente opostos deveriam ter sido apreciados pelo Plenário do STF, em razão de expresso pedido formulado pela parte então embargante, devendo a Segunda Turma rejeitá-los caso entendesse o pedido incabível;

e) o acórdão embargado merece ser anulado porque a matéria aqui discutida, além de ser inédita na jurisprudência do STF, é de competência do Plenário da Corte e afrontou o art. 97 da Constituição Federal, porquanto a Turma, sem *quorum* qualificado, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da lei municipal;

f) quanto à matéria de fundo, entende o Município que o paradigma utilizado como razão de decidir não se presta para o caso dos autos, uma vez que a redação dos dispositivos do Decreto 406/1968 ali citados concerne a uma específica e diferente base de cálculo do ISS e não à hipótese de isenção debatida nos autos;

g) existe uma diferença substancial entre isenção e não incidência, sendo certo que as exceções contempladas na lista do Decreto 406/1968 são hipóteses de isenção heterônoma, revogada pela Constituição Federal.

3. Intimada a manifestar-se (fl. 880), a parte embargada pugnou pela rejeição dos embargos (fls. 883-896).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. Inicialmente, ressalto que os embargos de declaração não constituem meio processual cabível para reforma do

julgado, não sendo possível atribuir-lhes efeitos infringentes, salvo em situações excepcionais, não vislumbradas no presente caso.

2. Não há qualquer vício a ser sanado nestes embargos. É dizer, não há qualquer omissão, contradição ou obscuridade a ser dirimida.

3. Primeiramente, quanto à alegada ofensa ao art. 5º, LIV, LV, da Constituição Federal, em razão da ausência de impugnação aos embargos de declaração de fls. 782-790, verifico que o acórdão de fls. 794-803 não lhes deu efeitos infringentes, mas, tão somente, acolheu-os diante da omissão apontada, o que ensejou a anulação do julgado e não a sua modificação, já que esta ocorreria diante da hipótese de efeitos modificativos dos embargos opostos. Assim, a Turma, em sessão posterior, nada mais fez do que reapreciar o recurso extraordinário interposto, o qual já havia sido impugnado por meio das contrarrazões de fls. 622-632, argumento que afasta a alegação de que o Município a ele não pôde se contrapor.

4. Ademais, por ocasião do novo julgamento do recurso extraordinário, do qual foram as partes regularmente intimadas (pauta publicada no *DJ* de 7-12-2005), foi facultada ao Município embargante a oportunidade de sustentar oralmente as razões de sua irresignação. No entanto, como se nota da certidão de fl. 810, apenas a parte contrária fez uso da palavra durante o julgamento do recurso extraordinário.

5. Não merece amparo, da mesma forma, a alegação do Município de que seria necessária a remessa do feito ao Plenário da Corte, em razão de pedido formulado à fl. 789 dos embargos de declaração. Nos termos do RISTF, o presente recurso extraordinário somente seria julgado pelo Plenário por decisão da Turma se este órgão fracionário considerasse relevante a arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida pelo Plenário (art. 11, I), o que não se deu, haja vista que prosseguiu no julgamento do recurso extraordinário. Assim, mero requerimento de envio dos autos ao Plenário não induz, por si só, a necessidade de sua remessa ao Colegiado maior.

6. Não há falar, também, em violação ao art. 97 da Constituição Federal pelo acórdão ora embargado, uma vez que o Supremo Tribunal Federal exerce por excelência o controle de constitucionalidade, ainda que de maneira difusa quando da apreciação do recurso extraordinário. Ademais, por expressa disposição regimental, as Turmas integrantes do STF detêm competência para julgamento de recurso extraordinário, via apropriada à discussão de violação constitucional.

7. De resto, o STF reconheceu que a lista anexa à LC 56/1987 é taxativa, não se podendo tributar categoria de serviços não prevista na citada lista, exclusão que não configura isenção heterônoma de tributo municipal. Nesse sentido o RE 419.849/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJE* de 16-3-2007; RE 464.844-AgR/SP, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, unânime, *DJE* de 9-5-2008; e o RE 450.342-AgR/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, unânime, *DJE* de 3-8-2007, este último assim ementado:

> *Imposto sobre Serviços (ISS) – Serviços executados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central – Inadmissibilidade, em tal hipótese, da*

incidência desse tributo municipal – Caráter taxativo da antiga lista de serviços anexa à LC 56/1987 – Impossibilidade de o Município tributar, mediante ISS, categoria de serviços não prevista na lista editada pela União Federal – Exclusão, de referida lista, pela União Federal, de determinados serviços executados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central – Hipótese de não incidência tributária – Legitimidade constitucional dessa exclusão normativa – Não configuração de isenção heterônoma – Inocorrência de ofensa ao art. 151, III, da vigente Constituição – Precedentes do Supremo Tribunal Federal – Recurso improvido. – Não se revelam tributáveis, mediante ISS, serviços executados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, eis que esse tributo municipal não pode incidir sobre categoria de serviços não prevista na lista elaborada pela União Federal, anexa à LC 56/1987, pois mencionada lista – que se reveste de taxatividade quanto ao que nela se contém – relaciona, em *numerus clausus*, os serviços e atividades passíveis da incidência dessa espécie tributária local. Precedentes. – As ressalvas normativas contidas nos itens 44, 46 e 48 da lista de serviços anexa à LC 56/1987 – que excluem, do âmbito de incidência do ISS, determinadas atividades executadas por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central – não configuram concessão, pela União Federal, de isenção heterônoma de tributo municipal, expressamente vedada pela vigente Constituição da República (art. 151, III). – Essa exclusão de tributabilidade, mediante ISS, das atividades executadas por referidas instituições qualifica-se como situação reveladora de típica hipótese de não incidência do imposto municipal em causa, pois decorre do exercício, pela União Federal, da competência que lhe foi outorgada, diretamente, pela própria Carta Federal de 1969 (art. 24, II), sob cuja égide foi editada a LC 56/1987, a que se acha anexa a lista de serviços a que alude o texto constitucional. Precedentes.

8. Dessa forma, o acórdão embargado, não divergindo da orientação já existente nesta Corte, há de ser mantido em sua integralidade.

9. Verifica-se, portanto, que a parte embargante apenas repisa argumentos já devidamente apreciados por esta Turma.

10. Ante o exposto, **rejeito** os presentes embargos.

EXTRATO DA ATA

RE 361.829-ED/RJ — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Embargante: Município do Rio de Janeiro (Advogado: André Luiz Faria Miranda). Embargados: Ação S.A. Corretora de Valores e Câmbio e outro (Advogados: Eduardo Ferrão e outro).

Decisão: Rejeitados os embargos. Votação unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Presidência do Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 2 de março de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 480.432 — SP

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Agravante: Município de Araraquara — Agravado: José Amilton da Silva.

Constitucional. Administrativo. Agravo regimental em agravo de instrumento. Servidor público. Art. 41 da Constituição Federal. Admissão por concurso público antes do advento da EC 19/1998. Estabilidade. Reintegração. Precedente do Plenário.

1. A jurisprudência desta Corte consignou que a estabilidade assegurada pelo art. 41 da Constituição Federal, na sua redação original, estende-se aos empregados públicos, admitidos por concurso público antes do advento da EC 19/1998, pois "se refere genericamente a servidores". Precedente do Plenário: MS 21.236/DF.

2. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 23 de março de 2010 — Ellen Gracie, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de agravo regimental em decisão proferida pelo meu ilustre antecessor, Ministro Gilmar Mendes (fl. 206), que negou seguimento ao agravo de instrumento contra inadmissibilidade do recurso extraordinário por ofensa ao art. 41 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

> *O acórdão recorrido extraordinariamente está em consonância com a jurisprudência desta Corte, conforme se depreende do julgamento do RE 187.229, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 14-5-1999; e o RE 247.678, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 26-11-1999, assim ementado:*
>
> "*Ementa*: Justiça do Trabalho. Disponibilidade de empregado público.
>
> – O Plenário desta Corte, ao julgar o MS 21.236, firmou o entendimento de que 'a garantia constitucional da disponibilidade remunerada decorre da estabilidade no serviço público, que é assegurada, não apenas aos ocupantes de cargos, mas também aos empregos públicos, já que o art. 41 da CF se refere genericamente a servidores.'
>
> Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.
>
> Recurso extraordinário conhecido e provido."

2. O Município de Araraquara alega, em síntese (fls. 209-213), que a Suprema Corte reconhece que a estabilidade do art. 41 da Constituição Federal

destina-se apenas aos servidores públicos estatutários e que a matéria não foi analisada à luz da EC 19/1998.

3. Instado a se manifestar (fl. 219), o agravado pleiteou a manutenção da decisão impugnada, pelos seus próprios fundamentos (fls. 225-232).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. A decisão agravada, proferida pelo meu ilustre antecessor, Ministro Gilmar Mendes, não merece reforma, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

2. Como foi demonstrado no *decisum* impugnado (fl. 206), o Plenário do Supremo Tribunal, ao julgar o MS 21.236/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 25-8-1995, por unanimidade, decidiu que a estabilidade assegurada pelo art. 41 da Constituição Federal, na sua redação original, estende-se aos empregados públicos admitidos por concurso público e que tenham cumprido estágio probatório antes do advento da EC 19/1998, pois "se refere genericamente a servidores". Nesse mesmo sentido seguiram-se reiteradas decisões de ambas a Turmas desta Corte, entre outros, vejam-se: AI 510.994-AgR/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, unânime, *DJ* de 24-3-2006; e AI 472.685-AgR/BA, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, unânime, *DJE* de 7-11-2008.

3. Não há, portanto, que falar em divergência de entendimento. Como bem assinalou o agravante, "o tema não foi analisado à luz da Emenda Constitucional n. 19/98, que imprimiu nova redação ao art. 41 da CF/88". Assim, nenhum dos argumentos deduzidos se presta para desconstituir os fundamentos da decisão agravada.

4. Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

AI 480.432-AgR/SP — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Agravante: Município de Araraquara (Advogados: José Francisco Zaccaro e outros). Agravado: José Amilton da Silva (Advogados: Antonio Daniel Cunha Rodrigues de Souza e Francisco Antonio de Camargo Rodrigues de Souza e outros).

Decisão: Negado provimento. Votação unânime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Eros Grau.

Presidência do Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 23 de março de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 495.740 — DF

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Agravante: Distrito Federal — Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios — Interessado: Gustavo Julian de Félix Silva (representado por Elisabeth Regina Félix)

Responsabilidade civil objetiva do Poder Público – Elementos estruturais – Pressupostos legitimadores da incidência do art. 37, § 6º, da Constituição da República – Teoria do risco administrativo – Infecção por citomegalovírus – Fato danoso para o ofendido (menor impúbere) resultante da exposição de sua mãe, quando gestante, a agentes infecciosos, por efeito do desempenho, por ela, de atividades desenvolvidas em hospital público, a serviço da Administração estatal – Prestação deficiente, pelo Distrito Federal, de acompanhamento pré-natal – Parto tardio – "Síndrome de West" – Danos morais e materiais – Ressarcibilidade – Doutrina – Jurisprudência – Recurso de agravo improvido.

Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes.

A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes.

A jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o *eventus damni* ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica.

Servidora pública gestante, que, no desempenho de suas atividades laborais, foi exposta à contaminação pelo citomegalovírus, em decorrência de suas funções, que consistiam,

essencialmente, no transporte de material potencialmente infecto-contagioso (sangue e urina de recém-nascidos).

Filho recém-nascido acometido da "Síndrome de West", apresentando um quadro de paralisia cerebral, cegueira, tetraplegia, epilepsia e malformação encefálica, decorrente de infecção por citomegalovírus contraída por sua mãe, durante o período de gestação, no exercício de suas atribuições no berçário de hospital público.

Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 15 de abril de 2008 — Celso de Mello, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Trata-se de recurso de agravo**, tempestivamente interposto, **contra decisão que conheceu e deu provimento** ao recurso extraordinário **deduzido** pela parte ora recorrida (fls. 371/376).

Inconformado com essa decisão, o Distrito Federal, parte ora agravante, **postula** seja ela reformada, **apoiando-se**, em síntese, **nos seguintes** fundamentos (fls. 384/385):

> ***Depreende-se**, portanto, o equívoco na decisão monocrática ora agravada, evidenciando-se que o conjunto probatório dos autos apontou no sentido de afastar a responsabilidade do Distrito Federal, porquanto não restou comprovado que a doença sofrida pelo autor foi ocasionada por conduta do Estado.*
>
> ***Assim**, **considerando** que a Responsabilidade Civil, seja ela objetiva ou subjetiva, requer a comprovação do nexo de causalidade, não há que se falar em dever de indenizar por parte do Estado.*
>
> (**Grifei.**)

Por não me convencer das razões expostas, **submeto**, à apreciação desta colenda Turma, o **presente** recurso de agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Não assiste razão** à parte ora recorrente, **eis que** a decisão agravada **ajusta-se**, com integral fidelidade, **à diretriz jurisprudencial** que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria em exame.

Com efeito, e tal como acentuado na decisão agravada, o recurso extraordinário **deduzido** pela parte ora recorrida **foi interposto** contra acórdão, que, **emanado** do E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, **reconheceu inexistente**, no caso ora em exame, o nexo de causalidade material **entre** "*(...) a doença contraída, geradora de paralisia cerebral, cegueira e má-formação encefálica* ***e*** *a conduta da rede hospitalar pública (...)*" (fl. 295).

A parte ora recorrida, **ao interpor** o apelo extremo em questão, **sustentou** que o Tribunal *a quo* **teria transgredido** o preceito inscrito no art. 37, **§ 6º**, da Constituição da República.

O Ministério Público Federal, **em parecer** da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. WAGNER DE CASTRO MATHIAS NETTO, **ao opinar pelo conhecimento e provimento** do recurso extraordinário (fls. 355/358), **reconheceu subsistir**, na espécie, **a responsabilidade civil objetiva** do Distrito Federal:

> ***Este recurso extraordinário é interposto de acórdão que****, em grau de apelo,* ***negou****, por* ***não*** *vislumbrar nexo de causalidade* ***entre*** *a atuação administrativa* ***e*** *o dano,* ***direito à indenização****, em favor da requerente, por prejuízos morais e materiais* ***sofridos*** *em virtude de sua contaminação,* ***enquanto servidora*** *do berçário do Hospital Regional de Planaltina-DF,* ***no período gestacional****, por citomegalovírus, com graves e irreparáveis consequências para o feto.*
>
> ***Insurge-se****, o recorrente,* ***alegando*** *violação ao art. 37, § 6º da CF/88.* ***Quer cabível*** *a iniciativa com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional.*
>
> ***Cumpridos os requisitos objetivos*** *de admissibilidade,* ***o recurso é de ser conhecido e provido****.*
>
> ***O Estado deve ser responsabilizado*** *quando,* ***apesar*** *de não ter agido diretamente para causar o dano,* ***expõe alguém a situação de risco****, desencadeando o processo que nele resulta.* ***Conquanto decorra****, de forma mediata, de ato comissivo, aplica-se-lhe o princípio da responsabilidade objetiva.*
>
> ***Firmada a premissa****, na espécie, é incontroverso, prescindindo de nova avaliação do contexto probatório, o manuseio, pela servidora do berçário ELIZABETH REGINA FÉLIX, acometida de infecção por citomegalovírus, de elementos potencialmente contaminantes, quais sejam, urina e sangue de recém-nascidos.*
>
> ***De outra parte****, o Estado* ***não*** *arcou, sequer, com o pagamento do adicional de insalubridade, devido nessas circunstâncias (fls. 18-22),* ***submetendo a funcionária a situação de contágio****,* ***sem opção de mudança*** *de setor ou qualquer compensação financeira.*
>
> ***Constatada a gravidez, nada foi alterado no panorama descrito****,* ***recalcitrando o poder público na exposição da servidora a risco injustificado****, principalmente porque,* ***exercendo*** *o cargo de técnica de administração pública,* ***não deveria estar*** *transportando urina e sangue para os exames laboratoriais.* ***Assim****,* ***enquanto empregador****,* ***assumiu****, com a conduta,* ***o risco deliberado de lesionar o feto****, o que*

ocorreu a partir do contágio da gestante por citomegalovírus, com consequências desastrosas e permanentes, refletidas em tetraplegia, epilepsia e má-formação encefálica, com grave sofrimento para a mãe e a criança e vultosas despesas, incompatíveis com sua situação econômica, para o tratamento clínico da enfermidade e suas repercussões.

***A falha do Estado**, todavia, **não se exauriu** na exposição da gestante aos agentes infecciosos, **estendendo-se** ao acompanhamento pré-natal, **em que**, apesar de **obrigatório**, não requisitou o exame para detectar a presença de eventual infecção por citomegalovírus, **que poderia ter minorado** as lesões do feto, revelando-se deficiente e inadequado o atendimento público.*

***O caso continuou a ser agravado** pela Administração, **através** de seus agentes, que, **por ocasião** do parto, **não agiram** com a necessária presteza, **submetendo o bebê**, em razão da demora, a estado de sofrimento **e** ingestão de mecônio.*

***Com efeito**, a teoria do risco administrativo é o substrato da responsabilidade civil objetiva do Estado pelos danos que os agentes públicos, nessa qualidade, tenham causado. **A tanto**, é irrelevante a caracterização de culpa ou da efetiva demonstração da falta do serviço, **bastando** a materialização do dano e a possibilidade de se inferir o vínculo de causalidade entre sua ocorrência e a atuação administrativa – que se evidencia, "in casu", em três momentos distintos, como já referido: a submissão da servidora a agentes infecciosos, no período gestacional; a prestação deficiente do acompanhamento pré-natal – com a prevalência de interesses patrimoniais do Estado sobre a inafastável e superior proteção à vida; o parto tardio, com evidente agravamento do estado de saúde, já debilitado, do recém-nascido.*

***Inexistente**, por outro lado, **qualquer elemento** que indicie a culpa exclusiva da vítima – **totalmente desprovida de escolhas e defesas** em seu estado de hipossuficiência – **impõe-se a condenação do poder público a indenizar-lhe os danos**, de caráter irreversível, **devendo arcar**, ainda, com todas as despesas necessárias à manutenção da criança, sob pena de se ratificar o abuso e descaso demonstrados na hipótese.*

***Ora**, **a ordem democrática fundamenta-se**, sobretudo, **na garantia dos direitos fundamentais**, elevando-se, acima de todos os bens, o respeito ao ser humano que vive sob a égide de um poder, cuja legitimidade emana do povo. Não pode o Judiciário eximir-se da defesa de tais valores primordiais e prestar-se a ratificar a violência originalmente praticada pelo Estado, relegando suas vítimas ao desamparo, em flagrante desconformidade com a Carta Política, contrariando, inclusive, a finalidade do seu art. 37, § 6º. (...).*

(**Grifei.**)

O exame destes autos **convence-me de que assiste plena** razão à douta Procuradoria-Geral da República, **quando observa que se acham presentes**, na espécie, **todos os elementos configuradores** da responsabilidade civil **objetiva** do Poder Público.

Com efeito, a situação de fato **que gerou** o trágico evento narrado neste processo **põe em evidência a configuração**, no caso, **de todos os pressupostos primários que determinam** o reconhecimento da responsabilidade civil **objetiva** da entidade estatal ora recorrente.

Como se sabe, **a teoria do risco administrativo**, consagrada em **sucessivos** documentos constitucionais brasileiros, **desde a Carta Política de 1946**, revela-se fundamento de ordem doutrinária **subjacente** à norma de direito positivo **que**

instituiu, em nosso sistema jurídico, **a responsabilidade civil objetiva** do Poder Público, pelos danos que seus agentes, **nessa** qualidade, **causarem** a terceiros, por ação **ou** por omissão (**CF**, art. 37, § 6º).

Essa concepção teórica – que informa o princípio **constitucional** da responsabilidade civil **objetiva** do Poder Público, **tanto** no que se refere **à ação quanto** no que concerne **à omissão** do agente público – **faz emergir**, da mera ocorrência de lesão causada à vítima pelo Estado, **o dever de indenizá-la** pelo dano moral **e/ou** patrimonial sofrido, **independentemente de caracterização de culpa** dos agentes estatais, **não importando** que se trate de comportamento positivo (**ação**) **ou que se cuide** de conduta **negativa** (**omissão**) daqueles investidos da representação do Estado, **consoante enfatiza o magistério da doutrina** (HELY LOPES MEIRELLES, "**Direito Administrativo Brasileiro**", p. 650, 31. ed., 2005, Malheiros; SERGIO CAVALIERI FILHO, "**Programa de Responsabilidade Civil**", p. 248, 5. ed., 2003, Malheiros; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 90, 17. ed., 2000, Forense; YUSSEF SAID CAHALI, "**Responsabilidade Civil do Estado**", p. 40, 2. ed., 1996, Malheiros; TOSHIO MUKAI, "**Direito Administrativo Sistematizado**", p. 528, 1999, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 213, 5. ed., 2001, Saraiva; GUILHERME COUTO DE CASTRO, "**A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro**", p. 61/62, 3. ed., 2000, Forense; MÔNICA NICIDA GARCIA, "**Responsabilidade do Agente Público**", p. 199/200, 2004, Fórum, **v**.**g**.), **cabendo ressaltar**, no ponto, **a lição** expendida por ODETE MEDAUAR ("**Direito Administrativo Moderno**", p. 430, item n. 17.3, 9. ed., 2005, RT):

> ***Informada*** *pela "teoria do risco",* ***a responsabilidade*** *do Estado* ***apresenta-se*** *hoje, na maioria dos ordenamentos, como "responsabilidade objetiva".* ***Nessa linha****, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da Administração.* ***Necessário se torna existir*** *relação de causa e efeito* ***entre ação ou omissão administrativa e dano*** *sofrido pela vítima.* ***É o chamado nexo causal*** *ou nexo de causalidade.* ***Deixa-se de lado****, para fins de ressarcimento do dano,* ***o questionamento*** *do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração.* ***Demonstrado*** *o nexo de causalidade,* ***o Estado deve ressarcir****.*
> (**Grifei.**)

É certo, no entanto, que o princípio da responsabilidade objetiva **não se reveste** de caráter absoluto, **eis que admite abrandamento e**, **até mesmo**, **exclusão** da própria responsabilidade civil do Estado **nas hipóteses excepcionais** (de todo **inocorrentes** na espécie em exame) configuradoras de situações liberatórias – **como o caso fortuito e a força maior** – ou evidenciadoras de culpa **atribuível** à própria vítima (**RDA** 137/233 – **RTJ** 55/50 – **RTJ** 163/1107-1109, **v**.**g**.).

Impõe-se destacar, neste ponto, **na linha da jurisprudência prevalecente** no Supremo Tribunal Federal (**RTJ 163/1107-1109**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v**.**g**.), **que os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil** da responsabilidade civil **objetiva** do Poder Público **compreendem**

(**a**) **a alteridade** do dano, (**b**) **a causalidade material** entre o *eventus damni* **e** o comportamento positivo (**ação**) **ou** negativo (**omissão**) do agente público, (**c**) **a oficialidade** da atividade causal e lesiva **imputável** a agente do Poder Público, que, **nessa** condição funcional, **tenha incidido em conduta comissiva ou omissiva**, **independentemente** da licitude, ou não, do seu comportamento funcional (**RTJ** 140/636) **e** (**d**) **a ausência** de causa excludente da responsabilidade estatal (**RTJ** 55/503 – **RTJ** 71/99 – **RTJ** 91/377 – **RTJ** 99/1155 – **RTJ** 131/417).

A compreensão desse tema **e o entendimento** que resulta da exegese dada **ao art. 37**, **§ 6º**, da Constituição **foram bem definidos e expostos** pelo Supremo Tribunal Federal **em julgamentos** cujos acórdãos estão assim ementados:

> ***RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.***
>
> *– **A teoria do risco administrativo**, consagrada em **sucessivos** documentos constitucionais brasileiros **desde a Carta Política de 1946**, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, **faz emergir**, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, **independentemente** de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.*
>
> *– **Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil** da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (**a**) **a alteridade** do dano, (**b**) **a causalidade material** entre o **eventus damni** e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (**c**) **a oficialidade** da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta **comissiva** ou **omissiva**, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (**RTJ** 140/636) e (**d**) **a ausência** de causa excludente da responsabilidade estatal (**RTJ** 55/503 – **RTJ** 71/99 – **RTJ** 91/377 – **RTJ** 99/1155 – **RTJ** 131/417).*
>
> *– **O princípio da responsabilidade objetiva** não se reveste de caráter absoluto, eis que **admite** o abrandamento e, **até mesmo**, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas **hipóteses excepcionais** configuradoras de situações liberatórias – **como o caso fortuito e a força maior** – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (**RDA** 137/233 – **RTJ** 55/50). (...).*
>
> (**RTJ 163/1107-1108**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

> *– **Recurso extraordinário**. **Responsabilidade civil do Estado**. **Morte de preso** no interior do estabelecimento prisional. 2. Acórdão que proveu parcialmente a apelação e condenou o Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de indenização correspondente às despesas de funeral comprovadas. **3**. **Pretensão de procedência da demanda indenizatória**. **4**. **O consagrado princípio da responsabilidade objetiva** do Estado **resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo** e não só da culpa do agente. **Omissão por parte** dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o homicídio. **5**. **Recurso conhecido e provido para condenar** o Estado do Rio de Janeiro a pagar pensão mensal à mãe da vítima, a ser fixada em execução de sentença.*
>
> (**RTJ 182/1107**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – **Grifei.**)

É por isso que a ausência de qualquer dos pressupostos legitimadores da incidência da regra inscrita **no art. 37, § 6º**, da Carta Política **basta para descaracterizar** a responsabilidade civil objetiva do Estado, **especialmente** quando ocorre circunstância **que rompe** o nexo de causalidade material **entre** o comportamento do agente público (positivo **ou** negativo) **e** a consumação do dano moral **ou** patrimonial infligido ao ofendido.

As circunstâncias do presente caso **evidenciam** que o nexo de causalidade material **restou plenamente configurado em face do comportamento omissivo** em que incidiu o Poder Público, **que se absteve** de promover **a transferência** da mãe do menor Gustavo **para outro** setor do Hospital Regional de Planaltina, no qual **não** houvesse exposição da gestante, **no desempenho** de seu trabalho, **a agentes infecciosos**.

A douta Procuradoria-Geral da República, **ao opinar** na presente sede recursal, **pôs em destaque** as **gravíssimas** omissões **em que incidiu** o Distrito Federal, **enfatizando** aspectos **que bem demonstram** a configuração plena, no caso ora em exame, da responsabilidade civil **objetiva** dessa pessoa política (fls. 356/357):

> *(...)* ***é incontroverso***, ***prescindindo*** *de nova avaliação do contexto probatório,* ***o manuseio****, pela servidora do berçário ELIZABETH REGINA FÉLIX,* ***acometida*** *de infecção por citomegalovírus, de elementos* ***potencialmente contaminantes****, quais sejam, urina e sangue de recém-nascidos.*
>
> ***De outra parte****, o Estado* ***não*** *arcou, sequer,* ***com o pagamento*** *do adicional de insalubridade,* ***devido*** *nessas circunstâncias (fls. 18-22),* ***submetendo*** *a funcionária* ***a situação de contágio****,* ***sem opção*** *de mudança de setor* ***ou*** *qualquer compensação financeira.*
>
> ***Constatada a gravidez****,* ***nada*** *foi alterado no panorama descrito,* ***recalcitrando*** *o poder público* ***na exposição*** *da servidora a risco injustificado,* ***principalmente*** *porque, exercendo o cargo de técnica de administração pública,* ***não deveria estar transportando*** *urina e sangue para os exames laboratoriais.* ***Assim****,* ***enquanto empregador****,* ***assumiu****, com a conduta,* ***o risco deliberado*** *de lesionar o feto,* ***o que ocorreu*** *a partir* ***do contágio da gestante por citomegalovírus****, com consequências desastrosas* ***e*** *permanentes,* ***refletidas*** *em tetraplegia, epilepsia e má-formação encefálica,* ***com grave sofrimento*** *para a mãe e a criança e vultosas despesas,* ***incompatíveis*** *com sua situação econômica,* ***para o tratamento*** *clínico da enfermidade e suas repercussões.*
>
> ***A falha do Estado****, todavia,* ***não se exauriu*** *na exposição da gestante aos agentes infecciosos,* ***estendendo-se*** *ao acompanhamento pré-natal,* ***em que****, apesar de obrigatório,* ***não requisitou*** *o exame para detectar a presença de eventual infecção por citomegalovírus,* ***que poderia ter minorado*** *as lesões do feto,* ***revelando-se deficiente e inadequado*** *o atendimento público.*
>
> ***O caso continuou a ser agravado*** *pela Administração,* ***através*** *de seus agentes, que,* ***por ocasião*** *do parto,* ***não agiram*** *com a necessária presteza,* ***submetendo*** *o bebê,* ***em razão*** *da demora, a estado de sofrimento* ***e*** *ingestão de mecônio.*
>
> (**Grifei.**)

Lamentavelmente, **essa incompreensível omissão** estatal **foi causa do evento danoso**. **Se** o Distrito Federal **houvesse** agido com diligência **em face** do que

se vem de registrar, **ter-se-ia** evitado **o gravíssimo** quadro apresentado pelo menor impúbere em questão, que "*(...) **não anda**, **não fala**, **não enxerga**, **não come**, **não ri**, **não realiza**, enfim, **a mais básica** ação **sem** ajuda de outrem*" (fl. 392 – **grifei**).

Esclareça-se, por oportuno, **que todas** as considerações já feitas **aplicam-se**, sem qualquer disceptação, **em tema** de responsabilidade civil **objetiva** do Poder Público, a situações – **como a destes autos** – em que o *eventus damni* **ocorre** em hospitais públicos (**ou mantidos** pelo Poder Público) **ou deriva** de tratamento médico **inadequado** ministrado por funcionário público (**RT 304/876**, Rel. Min. VILAS BOAS) **ou**, então, **resulta** de conduta **imputável** a servidor público **com atuação** na área médica (**RT** 659/139 – **RJTJSP** 67/106-107, **v.g.**):

> ***O Estado responde** pela cegueira consequente a infecção adquirida por pessoa internada **em hospital por ele mantido**.*
> (**RF 89/178**, Rel. Des. MÁRIO GUIMARÃES – **Grifei.**)

> ***PROCESSUAL CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**.*
> *I – "**Se** o erro **ou** falha médica **ocorrer** em hospital **ou** outro estabelecimento público, a responsabilidade **será** do Estado (Administração Pública), **com base** no art. 37, § 6º, da Constituição Federal (...)."*
> (**AC 278427**, Rel. Juiz CASTRO AGUIAR – TRF/2ª Região, **DJU** de 22-8-2003, p. 255 – **Grifei.**)

> ***CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL**. DANOS MATERIAIS **E** DANOS MORAIS. INVALIDEZ RESULTANTE DE ATO CIRÚRGICO. **RESPONSABILIDADE OBJETIVA**. **INDENIZAÇÃO DEVIDA**.*
> *1. A Fundação Universidade Federal de Mato Grosso, na qualidade de mantenedora do Hospital Universitário Júlio Müller, **responde objetivamente pelos danos** resultantes de ato cirúrgico a que foi submetido o autor naquele nosocômio (**CF**, art. 37, § 6º).*
> (**AC 01000520560**, Rel. Juiz DANIEL PAES RIBEIRO – TRF/1ª Região, **DJU** de 3-4-2003, p. 142 – **Grifei.**)

> *(...) 2. **Sendo objetiva** a responsabilidade do Hospital conveniado e do INAMPS, **estes respondem** pelos danos causados ou produzidos diretamente por agentes que estavam a seu serviço, **independentemente** da apuração de culpa ou dolo. **O constituinte estabeleceu para todos os entes do Estado** e seus desmembramentos administrativos **a obrigação de indenizar** o dano causado **a terceiro** por seus servidores, **independentemente** de prova de culpa no cometimento da lesão. **Adotou a Constituição** a regra do princípio **objetivo** de responsabilidade **sem** culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados.*
> (**AC 01000054165**, Rel. Juiz MÁRIO CESAR RIBEIRO – TRF/1ª Região, **DJU** de 18-6-1999, p. 298 – **Grifei.**)

O douto voto vencido, **proferido** pelo eminente Desembargador MARIO-ZAM BELMIRO, **quando** do julgamento do recurso de apelação pelo E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, **analisou**, de forma adequada,

a controvérsia suscitada nesta causa, **nela vislumbrando**, **corretamente**, a presença **de todos** os elementos **que compõem a estrutura constitucional** da responsabilidade civil **objetiva** do Poder Público (fls. 307/308):

> ***Em que pese*** *o entendimento externado pelos eminentes Desembargadores Relator e Revisor, peço vênia para deles divergir, pois entendo que a responsabilidade, "in casu", é objetiva, uma vez que se trata de serviço prestado pelo Estado, e, a teor do que estatui o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, somente pode ser elidida mediante comprovação da culpa exclusiva da vítima pela efetiva produção do evento danoso ou diante da ocorrência de caso fortuito ou de força maior, hipóteses em que não há obrigação de indenizar. Entretanto, não é o que se verifica no caso dos autos.*
>
> ***Assim***, ***para que surja o direito à indenização***, ***basta***, *portanto,* ***a ocorrência*** *do dano* ***resultante*** *da atuação administrativa,* ***independentemente*** *de culpa.*
>
> ***A esse respeito***, *precisa a lição do mestre Hely Lopes Meirelles ("in" Direito Administrativo Brasileiro. 25ª ed. p. 605):*
>
> > *"****Para obter a indenização***, *basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar."*
>
> ***Destarte***, *não obstante o entendimento dos eminentes Pares,* ***tenho que***, *na hipótese vertente,* ***não cabe à parte autora provar a culpa do Estado***, ***mas***, *sim,* ***a ocorrência do dano e o nexo de causalidade*** *entre aquele e a atuação estatal.* ***Estes requisitos***, *a meu ver,* ***estão sobejamente demonstrados***.
>
> ***O primeiro se verifica*** *à medida que as lesões que acometeram o menor, ora apelante (tetraplegia, epilepsia e má formação encefálica decorrente de infecção por citomegalovírus) estão comprovadas mediante farta documentação médica, não sendo, inclusive, objeto de controvérsia entre as partes, pois o próprio Estado reconhece que o menor é "portador de grave neuropatia" (fl. 102 da contestação).*
>
> ***O segundo se evidencia na omissão do Estado em não solicitar*** *o exame a fim de detectar eventual infecção pelo famigerado vírus. E nem se diga que não havia, à época, recomendação para a feitura do referido exame, ante a sua pouca incidência. Ora, pouca incidência não se confunde com ausência de incidência. Se havia qualquer possibilidade de contração do vírus, por mais remota que fosse, cabia ao Estado requisitar o exame, mormente no caso da mãe do autor, que trabalhava no berçário do hospital, cuidando do transporte de sangue e urina dos recém-nascidos para o laboratório.*
>
> ***Nesse ponto***, ***reveja-se o que afirma*** *o Dr. Amaury Jorge Lins Leal, Chefe da Unidade de Neonatologia do Hospital Regional de Planaltina, ora apelado "As infecções ocorrem de maneira direta ou indireta de pessoas para pessoas. Os principais lócus de excreção viral são: urina, secreção de orofaringe, vaginal e cervical, sêmen, lágrima, órgãos (rins, glândulas parótidas e salivares) e sangue", (fl. 100 – sem grifo no original).*
>
> ***Vale ressaltar***, *ainda,* ***a afirmação*** *feita* ***pelo próprio*** *réu em sua contestação: "Hospital será sempre fonte de contaminação e o berçário como parte da estrutura geral também" (fl. 102).* ***Dessa forma***, ***evidenciado o nexo de causalidade***, *a procedência do pleito indenizatório é medida que se impõe.*
>
> **(Grifei.)**

Ao assim decidir, o eminente Desembargador MARIO-ZAM BELMIRO **interpretou**, **com absoluta fidelidade**, a norma constitucional **que consagra**, em nosso sistema jurídico, **a responsabilidade civil objetiva** do Poder Público. Esse douto voto, **ao fazer aplicação** do preceito constitucional em referência, **reconheceu**, no caso em exame, **com inteiro acerto**, **a cumulativa ocorrência** dos requisitos concernentes (**1**) **à consumação** do dano, (**2**) **à omissão** administrativa, (**3**) **ao vínculo causal** entre o evento danoso **e** o comportamento estatal **e** (**4**) **à ausência** de qualquer causa excludente de que pudesse eventualmente decorrer a exoneração da responsabilidade civil do Estado.

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, **nego provimento** ao presente recurso de agravo, **mantendo**, em consequência, **por seus próprios fundamentos**, a decisão ora questionada.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RE 495.740-AgR/DF — Relator: Ministro Celso de Mello. Agravante: Distrito Federal (Advogada: PGDF – Luciana Ribeiro e Fonseca). Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Interessado: Gustavo Julian de Félix Silva (representado por Elisabeth Regina Félix).

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 15 de abril de 2008 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

TUTELA ANTECIPADA EM REFERENDO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 495.740 — DF

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios — Recorrido: Distrito Federal — Interessado: Gustavo Julian de Félix Silva (representado por Elisabeth Regina Félix)

Tutela antecipatória – Possibilidade, em regra, de sua outorga contra o poder público, ressalvadas as limitações previstas no art. 1º da Lei 9.494/1997 – Verossimilhança da pretensão de direito material – Ocorrência de situação configuradora do *periculum in mora* – Atendimento, na espécie, dos pressupostos legais (CPC, art. 273, I e II) – Consequente deferimento, no caso, da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional – Legitimidade jurídica da utilização das *astreintes* contra o poder público – Doutrina – Jurisprudência – Decisão referendada em maior extensão – Tutela antecipatória integralmente deferida.

Possibilidade jurídico-processual de outorga, contra o poder público, de tutela antecipatória.

– O ordenamento positivo brasileiro não impede, em regra, a outorga de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional contra o poder público, uma vez atendidos os pressupostos legais fixados no art. 273, I e II, do CPC, na redação dada pela Lei 8.952/1994, ressalvadas, no entanto, as situações de pré-exclusão referidas, taxativamente, no art. 1º da Lei 9.494/1997, cuja validade constitucional foi integralmente confirmada, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 4/DF, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello. Existência, no caso, de decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu, em favor do menor impúbere, o direito em seu nome vindicado. Ocorrência, ainda, de situação configuradora de *periculum in mora* (preservação das necessidades vitais básicas do menor em referência).

Legitimidade jurídica da imposição, ao poder público, das *astreintes*.

– Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A *astreinte* – que se reveste de função coercitiva – tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do poder público, a cumprir o preceito. Doutrina. Jurisprudência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello (RISTF, art. 37, II), na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em referendar, em maior extensão, a decisão proferida pelo Relator, para, além da postulação sob *a* (fl. 396), também deferir a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional quanto aos pleitos deduzidos sob letras *b* e *c*, constantes do pedido às fls. 396 e 397, estabelecendo, para efeito do pagamento das verbas nelas mencionadas (*b* e *c*), o prazo de trinta dias, sob pena, em caso de descumprimento dessa determinação, de imediata incidência da multa cominatória de R$ 20.000,00 por dia, nos termos do art. 461, § 5º, do CPC, observados, ainda, os termos do voto do Relator no que concerne ao deferimento do pleito sob *a* (fl. 396) e à cominação da multa diária em caso de inexecução de qualquer das medidas objeto da presente tutela antecipatória (itens *a*, *b* e *c*, às fls. 396/397). Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 2 de junho de 2009 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Por entender configurados**, na espécie, os requisitos **pertinentes** à verossimilhança **e** ao "*periculum in mora*", **proferi**, na presente sede recursal extraordinária, **decisão que concedeu**, em parte, **antecipação dos efeitos** da tutela jurisdicional, **postulada**, em formação litisconsorcial ativa, pelo Ministério Público Federal **e** pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, **fazendo-o** com apoio nas seguintes razões (**fls. 408/416**):

> ***Trata-se*** *de "tutela antecipada"* ***requerida*** *com o objetivo* ***de fazer preservar*** *condições* ***mínimas*** *de subsistência* ***e*** *de dignidade* ***que garantam****, ao interessado,* ***menor impúbere*** *que "(...)* ***não anda****,* ***não fala****,* ***não enxerga****,* ***não come****,* ***não ri****,* ***não realiza****, enfim,* ***a mais básica*** *ação* ***sem ajuda*** *de outrem" (fls. 392 –* ***Grifei****),* ***a plena fruição*** *do direito* ***que lhe foi reconhecido****,* ***na presente*** *causa, pela colenda* ***Segunda Turma*** *do Supremo Tribunal Federal (fls. 390/397).*
>
> ***O Ministério Público*** *Federal* ***e o Ministério Público*** *do Distrito Federal* ***e*** *Territórios,* ***em promoção destinada a amparar*** *o menor impúbere Gustavo Julian de Félix Silva, com* ***quase*** *10 (dez) anos de idade (fl. 14),* ***representado*** *por sua mãe, Elisabeth Regina Félix –* ***e tendo em consideração as lastimáveis****,* ***terríveis e degradantes*** *condições,* ***absolutamente incompatíveis*** *com* ***a essencial*** *dignidade da pessoa humana (fl. 392),* ***a que referido*** *menor se acha* ***reduzido por efeito*** *de comportamento* ***inteiramente*** *imputável ao Distrito Federal (****tal como o entendeu****, em julgamento colegiado,* ***esta*** *Suprema Corte) –,* ***postulam a adoção****,* ***em sede*** *liminar,* ***das seguintes providências*** *(fls. 396/397):*
>
> > *"****a****)* ***a inclusão****, a partir de 1º de outubro de 2008, na folha de pagamento da entidade pública (Secretaria de Saúde do Distrito Federal) do valor mensal referente a 2 (dois) salários mínimos, a título de pensão, enquanto viver o hipossuficiente (CPC, art. 475-Q, § 2º).*

b) o pagamento, em 5 (cinco) dias úteis, dos valores atrasados da pensão mensal, desde o nascimento do menor, em 22 de dezembro de 1999 (cf. certidão de fl. 14), até o corrente mês de setembro de 2008, devidamente atualizados – juros de 0,5% até a edição do novo Código Civil e de 1% após a vigência do novo Código Civil –, conforme planilha anexa efetivada pelo Setor de Perícias e Diligências do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

*c) o pagamento, em 5 (cinco) dias úteis, dos valores correspondentes a 80 (oitenta) salários mínimos, a título de dano moral, devidamente corrigido na forma supra, a partir da citação do Distrito Federal, em 10 de janeiro de 2002 (fls. 92/93), de acordo com a referida planilha confeccionada pelo Setor de Perícias do MPDFT." (**Grifei.**)*

Cabe verificar, preliminarmente, se se revela viável, ou não, a concessão da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional contra o poder público.

Como se sabe, o ordenamento positivo brasileiro não impede a concessão de tutela antecipada contra o poder público.

*Esse entendimento – que admite a antecipação jurisdicional dos efeitos da tutela, especialmente quando condenada a Fazenda Pública em regular processo de conhecimento – resulta de autorizado magistério doutrinário (NELSON NERY JUNIOR/ROSA MARIA ANDRADE NERY, "**Código de Processo Civil Comentado**", p. 752, item 26, 4ª. ed., 1999, RT; SERGIO SAHIONE FADEL, "**Antecipação da Tutela no Processo Civil**", p. 85, item 25.1, 1998, Dialética; CARLOS ROBERTO FERES, "**Antecipação da Tutela Jurisdicional**", p. 45, item 14, 1999, Saraiva; REIS FRIEDE, "**Tutela Antecipada**, **Tutela Específica e Tutela Cautelar**", p. 195/196, item 18, 5ª .ed., 1999, Del Rey; J. E. S. FRIAS, "**Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública**", "in" Revista dos Tribunais 728/60-79, **69-70**; DORIVAL RENATO PAVAN/CRISTIANE DA COSTA CARVALHO, "**Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública para Recebimento de Verbas de Cunho Alimentar**", "in" Revista de Processo 91/137-169, **145**, **v.g**.).*

*Na realidade, uma vez atendidos os pressupostos legais fixados no art. 273, I e II, do CPC, **na redação** dada pela Lei 8.952/1994 – e observadas as restrições estabelecidas no art. 1º da Lei 9.494/1997 (cuja validade constitucional vem de ser confirmada, por esta Suprema Corte, **no julgamento final da ADC 4/DF**, Rel. p/ o ac. Min. CELSO DE MELLO) –, tornar-se-á lícito **ao magistrado deferir** a tutela antecipatória requerida contra a Fazenda Pública.*

Isso significa, portanto, que juízes e Tribunais – sem incorrerem em desrespeito à eficácia vinculante decorrente do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na apreciação da ADC 4/DF, Rel. p/ o ac. Min. CELSO DE MELLO – poderão antecipar os efeitos da tutela jurisdicional em face do poder público, desde que o provimento de antecipação não incida em qualquer das situações de pré-exclusão referidas, taxativamente, no art. 1º da Lei 9.494/1997.

*A Lei 9.494/1997, ao dispor sobre o tema ora em análise, assim disciplinou a questão pertinente à antecipação da tutela **relativamente** aos órgãos e entidades do poder público:*

*"Art. 1º - Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, e no art. 1º e seu § 4º da Lei 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992." (**Grifei.**)*

O exame dos diplomas legislativos mencionados no preceito em questão evidencia que o Judiciário, em tema de antecipação de tutela contra o poder público,

somente não pode deferi-la *nas hipóteses que importem em: (***a***)* **reclassificação funcional ou equiparação** *de servidores públicos; (***b***)* **concessão** *de aumento* **ou** *extensão de vantagens pecuniárias; (***c***)* **outorga ou acréscimo** *de vencimentos; (***d***)* **pagamento** *de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público* **ou** *(***e***)* **esgotamento**, *total ou parcial, do objeto da ação,* **desde que** *tal ação diga respeito,* **exclusivamente**, *a qualquer das matérias* **acima** *referidas.*

Daí a correta observação *feita por SERGIO SAHIONE FADEL (“***Antecipação da Tutela no Processo Civil***”, p. 85 e 87, item 25.1, 1998, Dialética),* **em lição** *na qual –* **após destacar** *que as restrições legais ao deferimento da tutela antecipatória* **apenas enfatizam** *o fato “***de ser inquestionável o seu cabimento***” contra o poder público (***pois***, “caso contrário, não haveria necessidade de a norma legal restringir o que estaria explicitamente proibido ou vedado”) –* **assinala que as limitações** *impostas pela Lei 9.494/1997 (art. 1º)* **apenas alcançam** *as ações,* **propostas** *contra a Fazenda Pública,* **que impliquem** *“pagamentos a servidores públicos com a incorporação, em folha de pagamento, de vantagens funcionais vencidas, equiparações salariais ou reclassificações”.*

Impõe-se reconhecer, *portanto,* **que a pretensão** *deduzida, em litisconsórcio ativo, pelo Ministério Público Federal* **e** *pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (fls. 390/397)* **não incorre** *em qualquer das hipóteses taxativas* **de restrição** *legal* **ao deferimento** *da tutela antecipada.*

Feitas essas considerações, **passo ao exame** *do pedido de medida liminar ora formulado* **nesta** *sede processual.* **E**, *ao fazê-lo,* **enfatizo** *que a antecipação dos efeitos da tutela* **supõe**, *para legitimar-se,* **a ocorrência** *de determinados requisitos,* **como a verossimilhança** *da pretensão de direito material (***CPC**, art. 273, “caput”)* **e** *o “periculum in mora” (***CPC**, art. 273, I).*

Na realidade, **a antecipação** *dos efeitos da tutela* **reclama**, *para sua concessão,* **mais** *do que o simples “fumus boni juris”,* **pois**, *para tal propósito, o ordenamento positivo* **impõe que se satisfaça a exigência da verossimilhança** *da pretensão de direito material (***CPC**, art. 273, “caput”),* **a significar**, *tratando-se de recurso extraordinário,* **a ocorrência** *de uma “***muito forte probabilidade, para não dizer extrema probabilidade – o que é mais do que ocorre com o “fumus boni iuris”** – **de o recorrente vir a sair vitorioso** *quando esta Corte decidir a questão em causa” (***Pet 2.768-QO/SP**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **Grifei**).*

E foi*, *precisamente*, *o que se registrou *na espécie ora em exame,* **pois o direito material vindicado** *em favor* **do menor impúbere** *foi* **plenamente** *reconhecido* **por este** *Supremo Tribunal Federal,* **no julgamento** *da presente causa,* **de que resultou** *a sucumbência integral do Distrito Federal.*

Vê-se, *portanto, que,* **mais do que verossimilhança** *do pleito jurídico,* **acha-se presente**, *no caso,* **o próprio** *reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal,* **da postulação** *de direito material* **deduzida** *nesta causa,* **a legitimar**, *em consequência,* **o atendimento**, *ainda que parcial,* **da pretendida** *antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.*

Cabe assinalar, *no ponto, por relevante,* **que o entendimento** *que ora venho de expor vem sendo* **reiteradamente** *afirmado, por esta Suprema Corte,* **em sucessivas decisões** *sobre este tema (***RTJ 183/955**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **AC 457-MC/MG**, Rel. Min. CARLOS BRITTO – **AC 301-AgR/SP**, Rel. Min. CARLOS BRITTO – **Pet 2.696-QO/PR**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **Pet 2.393-QO/SP**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **Pet 2.784-QO/RS**, Rel. Min. MOREIRA ALVES, **v.g.**):*

> *“(…)* **Cuida-se**, *neste processo,* **de antecipação da tutela** *requerida no próprio recurso,* **cujo deferimento depende** *do ‘convencimento de*

*verossimilhança, **que se traduz em muito forte probabilidade** de o recorrente vir a sair vitorioso no julgamento do recurso extraordinário' (**Pet 2.696-QO**, Rel. Min. Moreira Alves, entre outros precedentes). (...)." (**AC 613-AgR/SP**, Rel. Min. CARLOS BRITTO – **Grifei.**)*

***Entendo**, por isso mesmo, **em face** do contexto em exame, **que se acha plenamente caracterizada**, na espécie, como já referido, **a própria existência** do direito material **reconhecido** ao menor impúbere em questão (**muito mais**, portanto, do que a simples **verossimilhança** exigida pelo art. 273 do CPC), **pois foi pleno** o sucesso processual de Gustavo Julian de Félix Silva, cuja pretensão **foi integralmente** acolhida pela colenda **Segunda Turma** do Supremo Tribunal Federal, **que**, **ao confirmar**, por inteiro, **a decisão** por mim proferida (fls. 371/376), **veio a negar provimento** ao recurso de agravo **interposto** pelo Distrito Federal, **de tudo resultando a total procedência** da ação ordinária **ajuizada**, **em nome** do referido menor, por sua mãe, Elisabeth Regina Félix.*

***Impende enfatizar**, por relevante, **que a antecipação** dos efeitos da tutela **também supõe**, para legitimar-se, **que se demonstre**, objetivamente, **a ocorrência** de situação configuradora do "periculum in mora".*

***Reconheço** que o Ministério Público **justificou**, de maneira **inteiramente** adequada, as razões **que caracterizam a concreta ocorrência**, na espécie, da situação **de fundado** receio de dano irreparável **ou** de difícil reparação (**CPC**, art. 273, I), **enfatizando**, a esse propósito, **o que se segue** (fls. 392/393):*

*"**O receio de dano irreparável** também se afirma inquestionável na espécie, **eis que**, **indeferida a antecipação** da tutela, **o menor continuará a sofrer danos incompatíveis** com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana **inscrito** no art. 1º, inciso III, da Carta Política.*

***Ora**, **o hipossuficiente**, desde o nascimento, **há 9 (nove) anos**, **vem sobrevivendo pelo esforço sobre-humano** de seus pais, **pessoas simples**, **sem receber** a indispensável recomposição financeira **de responsabilidade** do Distrito Federal, **agora reconhecida** pela firme e justa proclamação do Supremo Tribunal Federal.*

***Não é preciso muito** para imaginar **os dispendiosos** cuidados – **p. e.**, locomoção, auxílio de terceiros quando os pais se ausentam para trabalhar, **além de condições especiais** de higiene e acomodação – **requisitados** pelo jovem vitimado pela doença incapacitante **e** generalizada resultante **da ação ilícita** do recorrido, **tudo a exigir gastos vultosos** que o Supremo Tribunal Federal **determinou** ao Estado suprir **com a condenação** por danos físicos **e** morais.*

***Em uma palavra**: sem o adiantamento da tutela, **a criança tem recrudescidas** suas precárias condições dia a dia, **sem que se possa contornar**, eficazmente, a situação em futuro incerto.*

***A propósito**, o feito ainda **não** transitou em julgado, **cabendo**, em tese, **a dedução** de novos recursos pelo ente estatal, **não se viabilizando**, sequer, execução provisória, porquanto somente reconhecido o direito do menor, após longos e longos anos, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, embora pleiteada, ainda na inicial, a concessão de tutela provisória (item b, fl. 10).*

***A tutela antecipada**, em consequência, **é o único meio eficaz para garantir ao incapaz** Gustavo Julian de Félix Silva **a subsistência e afastar o iminente risco de morte que**, conforme dispensa demonstração, **ameaça** cotidianamente o menor. **Ressoa**, nesse passo, **a natureza alimentar e mandamental** da pretensão." (**Grifei.**)*

***Como assinalei**, **têm** **inteira** **razão** os ilustres representantes do Ministério Público, **quando** **demonstram** o gravíssimo quadro que se criou **em torno** do menor impúbere em questão, **que permanentemente necessita** de cuidados especiais **tão dispendiosos** que chegam **a comprometer** o **modestíssimo** orçamento doméstico de sua família.*

*O Ministério Público **definiu**, com precisão, **o** **estado** **lastimável** a que se acha relegada a criança em referência, **em** **cujo favor** **e** **amparo** interveio, decisivamente, o "Parquet", **que** **assim** **relatou**, com palavras que a realidade **não pode** obscurecer, **a** **triste** **e** **dramática** **situação** desse menor impúbere (fl. 392):*

*"(...) **não** **anda**, **não fala**, **não** **enxerga**, **não** **come**, **não** **ri**, **não** **realiza**, enfim, **a** **mais** **básica** ação **sem** **ajuda** de outrem." **(Grifei.)***

***É** **preciso** **reconhecer**, tendo em vista **o** **quadro** **pungente** ora exposto, **que** **se** **trata** de situação – **inteiramente** **imputável** ao Distrito Federal, **conforme** **reconhecido**, em duas decisões (fls. 371/376 **e** 388), pelo Supremo Tribunal Federal – **diretamente** **lesiva** ao postulado da dignidade da pessoa humana, **que** **representa** – considerada a **centralidade** desse princípio essencial (**CF**, art. 1º, III) – **significativo** vetor interpretativo, **verdadeiro** **valor-fonte** que conforma **e** inspira todo o ordenamento constitucional **vigente** em nosso País **e** **que** **traduz**, de modo expressivo, **um** **dos fundamentos** em que se assenta, **entre** **nós**, a ordem republicana **e** democrática **consagrada** pelo sistema de direito constitucional positivo.*

***Ou**, em outras palavras, **cumpre** **enfatizar** **que** **a** **demora** **irrazoável** na efetivação da prestação jurisdicional, **por** **efeito** de obstáculo criado **pelo** **próprio** Estado (o Distrito Federal, no caso), **revela-se** **conflitante** com esse paradigma ético-jurídico **conformador** da própria organização institucional do Estado brasileiro.*

***Incontestável**, portanto, **a** **ocorrência**, na espécie, **de** **situação** **configuradora** do "periculum in mora".*

***Desse** **modo**, e em face das razões expostas, **defiro**, em parte, o pedido ora formulado pelo Ministério Público Federal **e** pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, **constante** **do** **item** "**a**" (fl. 396), **determinando**, em consequência, "(...) **a** **inclusão**, a partir de 1º de outubro de 2008, **na folha** de pagamento da entidade pública (Secretaria de Saúde do Distrito Federal) **do** **valor** **mensal** referente a 2 (dois) salários mínimos, **a título** de pensão, **enquanto viver** o hipossuficiente (**CPC**, art. 475-Q, § 2º)", **sob pena** de, em **não** **o fazendo** o Distrito Federal, **submeter-se** a uma "multa diária de R$ 20.000,00 (vinte mil reais)", **nos termos** do que prescreve **o** **§** **5º** do art. 461 do CPC.*

***Ressalto**, neste ponto, **por oportuno**, **que** **as** "**astreintes**" **podem** ser legitimamente impostas às pessoas jurídicas de direito público, **consoante** **adverte** autorizado magistério doutrinário (LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, "**Algumas Questões sobre as Astreintes (Multa Cominatória)**", "in" "Revista Dialética de Direito Processual 15", p. 95/104, item 7, junho-2004; GUILHERME RIZZO AMARAL, "**As Astreintes e o Processo Civil Brasileiro: multa do art. 461 do CPC e outras**", p. 99/103, item 3.5.4, 2004, Livraria do Advogado Editora; EDUARDO TALAMINI, "**Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de não Fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**", p. 246/247, item 9.3.4, 2. ed., 2003, Editora Revista dos Tribunais, **v.g.**).*

***Esse** **entendimento** **doutrinário**, por sua vez, **reflete-se** **na** **jurisprudência** firmada pelos Tribunais, **cujas** **decisões** (**RT** 808/253-256 – **RF** 370/297-299 – **Resp** **201.378/SP**, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES – **Resp** **784.188/RS**, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI – **Resp** **810.017/RS**, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, **v.g.**) **já** **reconheceram** a possibilidade jurídico-processual*

de condenação *da Fazenda Pública* ***na multa cominatória*** *prevista* ***no § 5º*** *do art. 461 do CPC.*

Deixo de acolher*, no entanto,* ***os pleitos*** *formulados* ***sob os itens*** *"****b****"* ***e*** *"****c****"* ***veiculados*** *à fl. 397,* ***porque incide****, quanto a eles,* ***obstáculo*** *fundado* ***no art. 100*** *da Constituição Federal,* ***que impõe****, para cobrança de quantias* ***anteriores*** *à indenização,* ***a observância estrita*** *da disciplina constitucional do precatório,* ***mesmo que se cuide*** *de obrigação de natureza alimentar,* ***não obstante*** *o caráter* ***de absoluta preferência*** *de que se revestem,* ***para efeito*** *de pagamento, os "créditos de natureza alimentícia":*

> *"****PRECATÓRIO*** *–* ***DISCIPLINA CONSTITUCIONAL*** *–* ***FINALIDADE*** *–* ***CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTÍCIA*** *–* ***SUBMISSÃO NECESSÁRIA AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS PRECATÓRIOS*** *–* ***CF, ART. 100****, "****CAPUT****" –* ***RE CONHECIDO E PROVIDO****.*
>
> *–* ***A jurisprudência*** *do Supremo Tribunal Federal,* ***ao interpretar*** *o alcance da norma* ***inscrita*** *no 'caput' do art. 100 da Constituição,* ***firmou-se*** *no sentido de considerar imprescindível,* ***mesmo tratando-se*** *de crédito de natureza alimentícia,* ***a expedição de precatório****, ainda que reconhecendo,* ***para efeito*** *de pagamento do débito fazendário,* ***a absoluta prioridade*** *da prestação de caráter alimentar sobre os créditos ordinários* ***de índole comum****.* ***Precedentes****.*
>
> *–* ***O processo de execução*** *por quantia certa* ***contra*** *a Fazenda Pública* ***rege-se****, nos termos do que prescreve a própria Constituição,* ***por normas especiais*** *que se estendem* ***a todas*** *as pessoas jurídicas de direito público interno,* ***inclusive*** *às entidades autárquicas.*
>
> *–* ***O sentido teleológico*** *da norma* ***inscrita*** *no 'caput' do art. 100 da Carta Política –* ***cuja gênese reside****, no que concerne aos seus aspectos essenciais,* ***na Constituição Federal de 1934*** *(art. 182) –* ***objetiva viabilizar****, na concreção do seu alcance,* ***a submissão incondicional*** *do poder público* ***ao dever de respeitar*** *o princípio* ***que confere*** *preferência jurídica* ***a quem dispuser*** *de precedência cronológica ('prior in tempore, potior in jure').*"
>
> (**RE 188.285/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Para os fins a que se refere o art. 21, **inciso** V, do RISTF, **submeto**, Senhora Presidente, **ao referendo** desta colenda **Segunda Turma** do Supremo Tribunal Federal, a decisão em causa.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Referendo**, integralmente, **por seus próprios fundamentos**, **a decisão** que proferi a fls. 408/416.

Comunique-se, com urgência, ao Senhor Procurador-Geral, ao Senhor Secretário de Finanças **e** ao Senhor Secretário de Saúde do Distrito Federal, **o resultado** do presente julgamento, **que referendou** a decisão de fls. 408/416, **para efeito** de sua **imediata** execução **no que concerne** ao pedido de antecipação de tutela, que foi **parcialmente** deferido (fl. 396, **item** 22, **n. I**, "**a**"), **sob pena de incidência**, no caso, **nos termos** do art. 461, **§ 5º**, do CPC, **de** "***multa diária*** *de R$ 20.000,00 (vinte mil reais)*", **se descumprido** o presente ato decisório.

A comunicação em questão **deverá ser instruída** com cópia da decisão ora referendada, da petição de fls. 390/400 **e** da certidão pertinente ao presente julgamento.

O depósito em questão **deverá** ser efetivado na conta bancária **da mãe** (Elisabeth Regina Félix) do menor impúbere, **indicada** à fl. 397, **item** IV.

Saliento, finalmente, Senhores Ministros, que, **embora** a decisão "*sub examine*" tenha concedido, **em parte**, tutela antecipatória **em favor** do menor impúbere interessado, **desejo registrar** que estou aberto **a ponderações** de Vossas Excelências, **disposto**, até mesmo, **a ampliar** o alcance do ato decisório ora submetido ao referendo desta colenda Turma.

É o meu voto.

PROPOSTA

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, eu tenho uma sugestão.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Pois não.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Pondero que o prazo de cinco dias parece um pouco exíguo, sobretudo por causa desses trâmites burocráticos intransponíveis das Fazendas. Sugeriria que concedêssemos prazo de trinta dias e que fosse pelo menos depositado todo o valor em juízo até que se decida a causa, porque, no instante em que se esgotarem os recursos mais relevantes, se for o caso, é só mandar levantar os valores imediatamente.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Eu estou de pleno acordo com a proposta de Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Trinta dias e fica depositado em juízo. Assim que transitar em julgado, ou em caso de recurso com efeito manifestamente protelatório, o Tribunal determinará que se levante a indenização.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Referenda-se**, portanto, **em maior extensão**, **a decisão** ora submetida ao exame desta colenda Turma.

Em consequência, **estende-se** a antecipação de tutela **às postulações** deduzidas, em litisconsórcio ativo, pelo Ministério Público Federal **e** pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, **em ordem a também abranger** o que se contém **nos itens** "**b**" **e** "**c**" (fls. 396/397) do pedido de "*tutela antecipada*", **ampliado**, para 30 (trinta) dias, **o prazo** referido em mencionados itens, **em face** da sugestão apresentada pelo eminente Ministro CEZAR PELUSO.

Registro, por necessário, **em virtude** da decisão ora referendada em **maior** extensão, que o Distrito Federal **estará** sujeito **à multa cominatória** de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) por dia (**CPC**, art. 461, § 5º) **em caso** de descumprimento **de qualquer dos itens** "**a**", "**b**" **ou** "**c**" constantes do pedido de antecipação de tutela (fls. 396/397).

Proclama-se, portanto, **nesse** sentido, **o resultado** do presente julgamento.

EXTRATO DA ATA

RE 495.740-REF-tutela antecipada/DF — Relator: Ministro Celso de Mello. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Distrito Federal (Advogados: PGDF – Zélio Maia da Rocha e PGDF – Mariana Pessoa de Mello Peixoto). Interessado: Gustavo Julian de Félix Silva (representado por Elisabeth Regina Félix).

Decisão: A Turma, por votação unânime, referendou, em maior extensão, a decisão proferida pelo Relator, para, além da postulação sob *a* (fl. 396), também deferir a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional quanto aos pleitos deduzidos sob letras *b* e *c*, constantes do pedido às fls. 396 e 397, estabelecendo, para efeito do pagamento das verbas nelas mencionadas (*b* e *c*), o prazo de trinta dias, sob pena, em caso de descumprimento dessa determinação, de imediata incidência da multa cominatória de R$ 20.000,00 por dia, nos termos do art. 461, § 5º, do CPC, observados, ainda, os termos do voto do Relator no que concerne ao deferimento do pleito sob *a* (fl. 396) e à cominação da multa diária em caso de inexecução de qualquer das medidas objeto da presente tutela antecipatória (itens *a*, *b* e *c*, às fls. 396/397). Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu este julgamento o Ministro Celso de Mello.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Brasília, 2 de junho de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

———

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 545.308 — SP

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Relatora para o acórdão: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Recorrente: Schlatter do Brasil Representações Ltda. — Recorrida: União

Direito tributário. Contribuição social sobre o lucro. Base de cálculo: limitações à dedução de prejuízos fiscais. Art. 58 da Lei 8.981/1995: constitucionalidade. Arts. 5º, incisos II e XXXVI; 37; 148; 150, inciso III, *b*; 153, inciso III; e 195, inciso I e § 6º, da Constituição da República. Precedente: RE 344.994. Recurso extraordinário não provido.

1. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado no julgamento do RE 344.994, Rel. Min. Eros Grau, no qual se declarou a constitucionalidade do art. 42 da Lei 8.981/1995, "o direito ao abatimento dos prejuízos fiscais acumulados em exercícios anteriores é expressivo de benefício fiscal em favor do contribuinte. Instrumento de política tributária que pode ser revista pelo Estado. Ausência de direito adquirido".

2. Do mesmo modo, é constitucional o art. 58 da Lei 8.981/1995, que limita as deduções de prejuízos fiscais na formação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro.

3. Recurso extraordinário não provido.

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 maioria, em conhecer e negar provimento ao recurso extraordinário. Vencido o Ministro Marco Aurélio, Relator. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, o Ministro Eros Grau e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Falou pela recorrida a Dra. Cláudia Aparecida de Souza Trindade, Procuradora da Fazenda Nacional.

Brasília, 8 de outubro de 2009 — Cármen Lúcia, Relatora para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Tribunal Regional Federal da 3ª Região não conheceu de pedido formulado em apelação e, em remessa oficial, reformou a sentença, ante fundamentos assim resumidos à fl. 237:

Constitucional. Tributário. Compensação/dedução. Imposto de Renda. CSL. Prejuízos fiscais e base de cálculo negativa. MP 812/1994. Lei 8.981/1995, arts. 42 e 58. Lei 9.065, arts. 12, 15 e 16. Limitação de 30%. Constitucionalidade.

1. Caracterizada a intempestividade da apelação fazendária, interposta além do prazo em dobro contado da notificação da autoridade impetrada, dela não se conhece.

2. A medida provisória é instrumento idôneo à veiculação de normas de direito tributário, sendo possível a reedição com cláusula de convalidação. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (ADIMC 1.417, DJU de 22-3-96, p. 8233; ADIMC 1.533 e despacho presidencial na ADIMC 1.558-3, DJU de 4-2-97).

3. A limitação à dedução de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas não violou qualquer dos princípios constitucionais invocados, sendo imperativa, para a compreensão do problema sob tal enfoque, a consideração da autonomia dos períodos-base como princípio ordenador do sistema tributário nacional, que se reflete na configuração da dedução, com transposição do resultado de um período para outro distinto, como benefício fiscal e, portanto, vinculado à específica regência legal.

4. A alteração da legislação, aplicando-se ao acertamento futuro das bases de cálculo, não acarreta a vulneração do princípio da irretroatividade, pois a lei aplicável, para a orientação do procedimento, é a vigente na data da dedução, quando possível é a implementação do "encontro de contas", e não a existente no momento em que apurados os prejuízos fiscais e as bases de cálculo negativas.

5. O princípio da anterioridade restou observado, em relação ao imposto de renda, face à publicação veiculada no Diário Oficial de 31-12-94.

6. Embora esta Turma tenha reconhecido que, em relação à CSL, a incidência da limitação de 30% fica sujeita à implementação do prazo previsto no art. 195, § 6º, da Constituição Federal, computado da MP 812/94, tal interpretação não interfere na solução do caso concreto, pois o contribuinte pretende a dedução das bases de cálculo negativas, a partir do exercício posterior em que consta a apuração de lucro tributável, mas em que já superado o prazo nonagesimal.

No extraordinário de fls. 243 a 253, interposto com alegada base na alínea *a* do permissivo constitucional, a recorrente articula com a ofensa aos arts. 5º, II e XXXVI; 37; 148; 150, III, *b*; 153, III; e 195, I e § 6º, da Carta da República. Sustenta o conflito dos arts. 42 e 58 da Lei 8.981/1995 com o Diploma Maior, porquanto implicaram a alteração do sistema de compensação de prejuízos fiscais até então em vigor, retirando a limitação temporal, mas restringindo a forma de efetivação. Aduz, relativamente às perdas acumuladas e não deduzidas até 31 de dezembro de 1994, possuir o direito adquirido, por atender aos requisitos da legislação vigente à época do fato. Assevera que, ao impor restrição à compensação integral dos prejuízos, o legislador instituiu, via instrumento normativo impróprio, inadmissível empréstimo compulsório.

No tocante ao Imposto de Renda, consigna que a Lei 8.981, publicada em *Diário Oficial* do ano de 1995, só poderia ser aplicada em relação ao exercício de 1996. O fato de a MP 812/1994, convertida na referida lei, haver sido veiculada no *Diário* de 31 de dezembro de 1994 não mudaria essa conclusão, por haver recaído o dia 31 em um sábado. Entende, então, desrespeitado o princípio da anterioridade. Em relação à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), afirma que a MP 812/1994 somente poderia alcançar os fatos geradores ocorridos após o decurso de noventa dias da sua publicação, nos moldes do art. 195, § 6º, da Lei Fundamental.

Por fim, argumenta que a nova disciplina normativa trouxe óbice à utilização do montante integral acumulado do prejuízo, possibilitando a dedução de

somente uma parcela do eventual lucro. A hipótese significaria tributar parcela de patrimônio de empresa, de modo distinto das bases legais eleitas no fato gerador e na previsão constitucional de "renda" e "lucro".

A Fazenda Nacional apresentou as contrarrazões de fls. 259 a 262, alegando a harmonia da Lei 8.981/1995 com o Diploma Maior.

O ato do juízo primeiro de admissibilidade encontra-se à fl. 264.

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 270 e 271, preconiza o provimento parcial do recurso, somente para ser atendido o princípio da anterioridade na apuração da contribuição social.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Na interposição deste recurso, foram observados os pressupostos gerais de recorribilidade. Os documentos de fls. 22 e 254 evidenciam a regularidade da representação processual e do preparo. Quanto à oportunidade, a notícia do acórdão recorrido foi veiculada no *Diário* de 22 de setembro de 2004, quarta-feira (fl. 239), ocorrendo a manifestação do inconformismo em 7 de outubro imediato, quinta-feira (fl. 243), no prazo assinado em lei.

Valho-me de trecho do voto que proferi quando do julgamento do RE 344.994-0/PR, em que analisada a constitucionalidade do critério relativo ao cômputo de prejuízos exclusivamente em relação ao Imposto de Renda:

> (...) a MP 812/1994, transformada na Lei 8.981/1995, implicou realmente profunda alteração do critério relativo ao cômputo dos prejuízos, no que estes resultam na perda de valor dos bens patrimoniais, repercutindo na noção de lucro real ante a passagem do tempo, a dinâmica da vida do contribuinte. Nota-se que o acórdão revela a observância do princípio da anterioridade, ficando potencializada a circunstância de, no apagar das luzes do ano de 1994, haver-se, em atenção justamente a esse princípio, disciplinado a matéria de forma precária e efêmera, quando o certo, tendo em conta o tempo e a repercussão existente, seria o encaminhamento de projeto de lei. O passo mostrou-se demasiadamente largo, desaguando em procedimento que longe fica de atender ao objetivo maior da publicação dos atos normativos, que outro não é senão evitar surpresa, tendo os cidadãos, ao menos sob o ângulo ficto – já que não há costumeiramente a leitura do *Diário Oficial* –, conhecimento da normatividade em vigor. Vigência do ato normativo não prescinde do conhecimento por todos, presumindo-se o fenômeno quando verificada a publicação no jornal oficial. Considere-se a necessidade de atentar-se para o que normalmente ocorre e, portanto, de ter-se a veiculação do ato da forma comumente utilizada, ou seja, com a edição – e, mais do que isso, a circulação – do jornal em data habitual. Pois bem, de acordo com o calendário de 1994, o último dia desse ano caiu em um sábado e é notório que não sói acontecer, nesse dia, a edição de *Diário Oficial da União*. Aliás, trata-se de data em que os expedientes, quer no setor público, quer no setor privado, nos dias da semana de segunda a sexta-feira, ficam até mesmo truncados, quando não há o recesso total. O que se dirá se o 31 de dezembro recai em um

sábado? Tem-se, assim, que a Lei 8.981/1995, resultante da conversão da MP 812, de 31 de dezembro de 1994, somente poderia ser observada, dada a anterioridade, no exercício seguinte, isto é, no exercício de 1996. A publicação da medida provisória no sábado, 31 de dezembro de 1994, pouco importando que nesse dia o *Diário* tenha, sob o ângulo simplesmente formal, circulado, gerou conclusão sobre a vinda à balha da nova disciplina da consideração dos prejuízos na segunda-feira, 2 de janeiro de 1995, mostrando-se insuficiente a verdadeira artimanha utilizada, o drible que se pretendeu dar à garantia constitucional dos contribuintes, que é a anterioridade. A não se entender assim, estará sendo desprezado, em sua concretude maior, o princípio da anterioridade e, mais do que isso, o princípio do determinismo, segundo o qual a razão suficiente há de fazer-se presente na vida gregária, como proclamado pelos filósofos materialistas gregos há 2.500 anos, conforme fragmento de Leocipo – nada nasce sem causa, mas tudo surge por alguma razão e em virtude de uma necessidade.

No mais, é de levar-se em conta a norma do art. 42 da Lei 8.981/1995:

> "Art. 42. A partir de 1º de janeiro de 1995, para efeito de determinar o lucro real, o lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões previstas ou autorizadas pela legislação do Imposto de Renda, poderá ser reduzido em, no máximo, trinta por cento.
>
> Parágrafo único. A parcela dos prejuízos fiscais apurados até 31 de dezembro de 1994, não compensada em razão do disposto no *caput* deste artigo poderá ser utilizada nos anos-calendário subsequentes."

Vê-se que o teor do citado artigo consagra o recolhimento do imposto de renda sem que, ante a dinâmica da vida da pessoa jurídica, haja lucro real. Seguramente, a mitigação do instituto viabilizador da redução do lucro líquido dos prejuízos, a compor o nosso cenário jurídico desde 1947 – Lei 154 –, acaba por incluir verdadeira ficção no dia a dia dos contribuintes que se mostra contrária até mesmo à nomenclatura reveladora do objeto, da base de incidência do próprio tributo – a renda e proventos de qualquer natureza. Vale dizer: se, no balizamento temporal considerado, é encontrada renda que, em vista dos prejuízos acumulados, é absorvida, não se conta com o indispensável fato gerador do tributo, faltando, por isso mesmo, a base de cálculo. A colocação dos prejuízos em simples estado latente, em mera reserva, abstraindo-os no cálculo da renda a ser tributada, implica, em última análise, antecipação do tributo, e não cobrança, dado o ano-base a ser perquirido. A atuação do fisco em tal sentido ganha contornos próprios a empréstimo compulsório, sem a existência de lei complementar e dos objetivos que estão previstos de forma exaustiva no art. 148 da Constituição Federal. Além de suportar o resultado negativo, o contribuinte vê-se forçado a recolher tributo que não corresponde, em si, à renda. O imposto sobre a renda, conforme proclamado no RE 172.058 e RE 117.887, pressupõe acréscimo patrimonial disponível.

Conheço do recurso extraordinário e o provejo para, declarando a inconstitucionalidade do art. 42 da Lei 8.981/1995, no que postergada no tempo a consideração dos prejuízos, conceder a segurança e, com isso, reconhecer o direito da impetrante a compensar os prejuízos fiscais acumulados nos períodos-base anteriores a 1995, sem a limitação imposta pelo art. 42 da Lei 8.981/1995.

Descabe a adoção de óptica distinta, considerada a Contribuição Social sobre o Lucro, não apreciada no RE 344.994-0/PR. A base de incidência desse tributo pressupõe, da mesma maneira, a existência de lucro, tendo o art. 58 da Lei 8.981/1995 alterado o critério alusivo ao cômputo de prejuízos nos seguintes termos:

> Art. 58. Para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro, o lucro líquido ajustado poderá ser reduzido por compensação da base de cálculo negativa, apurada em períodos-base anteriores em, no máximo, trinta por cento.

Conforme salienta Hugo de Brito Machado, em parecer a respeito do tema, "na determinação da base de cálculo, tanto do imposto de renda, como da contribuição social sobre o lucro, tem-se de considerar os prejuízos anteriores, sem o que se estará considerando renda, e lucro, o que na verdade é reposição patrimonial."

Conheço do recurso extraordinário e o provejo para, declarando a inconstitucionalidade dos arts. 42 e 58 da Lei 8.981/1995, no que postergada no tempo a compensação dos prejuízos, conceder a segurança e, com isso, reconhecer o direito da Impetrante a compensar os prejuízos fiscais acumulados nos períodos-base anteriores a 1995, sem a limitação imposta pelos dispositivos legais, a partir do mês de junho de 1995, conforme postulado na inicial (fl. 21).

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, peço vênia ao Ministro Relator, mas vou manter o voto que dei acompanhando, naquela ocasião, a divergência iniciada pelo Ministro Eros Grau no precedente que foi citado, exatamente porque o que a lei assegurava era um benefício fiscal – conforme foi posto naquela ocasião. A lei afirmava que os prejuízos ocorrentes antes e que não deram origem a tributo – porque não tinha havido prejuízo, já que não havia lucro apurável – poderiam vir a ser compensados, pelo que se declarou que era um benefício fiscal. Sendo um benefício fiscal, portanto, estava perfeitamente adequado ao quadro constitucional.

Chamo a atenção de que, inclusive, Vossa Excelência foi Relator de um agravo regimental no RE 229.412, tratando, exatamente, de Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro, concluindo na esteira dos precedentes. E na Primeira Turma, faço questão de chamar a atenção para a circunstância de que o Ministro Marco Aurélio – com a coerência que lhe é característica –, claro, não votou diferente. Neste caso, até meu, não votou justificadamente em razão de precedentes, enfim, mas também na Primeira Turma. Eu chamei a atenção, exatamente porque Vossa Excelência neste aqui não votou, no RE 307.216-AgR, também sobre os dois casos.

Portanto, peço vênia a Vossa Excelência, mas nego provimento.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite?

A matéria já foi examinada no RE 344.994. O resultado já é jurisprudência firmada do Tribunal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): O Relator anterior não omitiu o fato. Ao contrário, leu o voto se referindo a esse recurso extraordinário que foi citado da tribuna.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Certo, apenas neste caso, nós podemos examinar a questão da contribuição que, no caso anterior, não pudéramos examinar face à ausência de prequestionamento.

Eu creio que, para agilizarmos os trabalhos do Plenário, talvez fosse o caso de Vossa Excelência, rapidamente...

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Indago ao Plenário se mantém o entendimento do precedente?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Eu estou entendendo que, naquele precedente, no RE 344.994, o Supremo Tribunal, por seu Plenário, assentou a tese de que se tratava – como disse a Ministra Cármen Lúcia – de um benefício fiscal, que é vinculado à política econômica e, portanto, pode ser revisto, a qualquer momento, pelo Estado. Parece-me que, aqui, embora inclua também a CSL, a tese aplicável é a mesma.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: A natureza de benefício é a mesma.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Portanto, com a devida vênia, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA ATA

RE 545.308/SP — Relator: Ministro Marco Aurélio. Relatora para o acórdão: Ministra Cármen Lúcia. Recorrente: Schlatter do Brasil Representações Ltda. (Advogados: Antônio César Mariuzzo de Andrade e outros). Recorrida: União (Advogada: PFN – Patrícia Mello de Britto).

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário, vencido o Ministro Marco Aurélio (Relator). Redigirá o acórdão a Ministra Cármen Lúcia. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, o Ministro Eros Grau e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Falou pela recorrida a Dra. Cláudia Aparecida de Souza Trindade, Procuradora da Fazenda Nacional.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira.

Brasília, 8 de outubro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 577.348 — RS

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Recorrente: Conservas Oderich S.A. — Recorrida: União

Tributário. Imposto sobre Produtos Industrializados. Crédito-prêmio. Decreto-Lei 491/1969 (art. 1º). ADCT, art. 41, § 1º. Incentivo fiscal de natureza setorial. Necessidade de confirmação por lei superveniente à Constituição Federal. Prazo de dois anos. Extinção do benefício. Recurso extraordinário conhecido e desprovido.

I – O crédito-prêmio de IPI constitui um incentivo fiscal de natureza setorial de que trata o do art. 41, *caput*, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição.

II – Como o crédito-prêmio de IPI não foi confirmado por lei superveniente no prazo de dois anos, após a publicação da Constituição Federal de 1988, segundo dispõe o § 1º do art. 41 do ADCT, deixou ele de existir.

III – O incentivo fiscal instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei 491, de 5 de março de 1969, deixou de vigorar em 5 de outubro de 1990, por força do disposto no § 1º do art. 41 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, tendo em vista sua natureza setorial.

IV – Recurso conhecido e 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 e nos termos do voto do Relator, conhecer e negar provimento ao recurso extraordinário. Deliberou, ainda, o Tribunal, a aplicação do art. 543-B, do Código de Processo Civil, vencido no ponto o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, licenciados, os Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito.

Brasília, 13 de agosto de 2009 — Ricardo Lewandowski, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de recurso extraordinário interposto por Conservas Oderich S.A., com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça que negou provimento ao REsp 652.379/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki.

Na origem, a ora recorrente impetrou mandado de segurança contra ato de delegado da Receita Federal, com o objetivo de obter a compensação dos débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal com o crédito-prêmio do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), relativo ao interregno de 1997 a 2002 (fl. 36).

Às fls. 193-197, a segurança foi denegada sob o fundamento de que o benefício do crédito-prêmio de IPI foi extinto em 30 de junho de 1983 por determinação do art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei 1.658/1979.

Contra essa decisão foi interposta apelação. Esse recurso foi desprovido pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

> *Tributário. IPI. "Crédito-prêmio". Art. 1º do Decreto-Lei 491/1969. Extinção em 30 de junho de 1983. Precedentes. Resolução 71/05 do Senado Federal.*
>
> 1. O Decreto-Lei 491/1969 instituiu incentivo fiscal destinado às empresas fabricantes consistente no deferimento de créditos tributários decorrentes de vendas para o exterior como restituição de tributos pagos internamente. O marco final do incentivo fiscal consistente nesse "crédito-prêmio" foi estabelecido na legislação de regência em 30 de junho de 1983.
>
> 2. O Decreto-Lei 1.894/1981 não reinstituiu o "crédito-prêmio" sem previsão de data de extinção, mas apenas redirecionou o incentivo para outros grupos econômicos. Por sua vez, a Lei 8.402/1992 também não restabeleceu o "crédito-prêmio", posto que este incentivo não consta do rol de benefícios expressamente indicados no texto legal.
>
> 3. Assim, o "crédito-prêmio" do IPI previsto no artigo 1º do Decreto-Lei 491/1969 só teve aplicação até 30-6-1983.
>
> 4. Precedentes desta Corte e do e. STJ.
>
> 5. A edição da Resolução n. 71/2005, do Senado Federal, não anula ou se sobrepõe ao poder de o Judiciário interpretar a lei, sem olvidar de sua abrangência limitada aos DDLL n.s 1.724/1979 e 1.894/1981, sendo certo que o Decreto-Lei n. 1.658/1979, que não teve seus efeitos suspensos, foi que determinou a extinção do benefício.
>
> 6. Apelo improvido.
>
> (Fl. 251.)

Contra tal acórdão foi interposto recurso especial (fls. 253-301), o qual foi decidido monocraticamente, pelo Ministro Teori Albino Zavascki, conforme a ementa abaixo:

> *Processual civil e tributário. IPI. Crédito-prêmio. Decreto-Lei 491/1969 (art. 1º). Vigência. Prazo. Extinção.*
>
> 1. "O crédito-prêmio do IPI, previsto no art. 1º do DL 491/1969, não se aplica às vendas para o exterior realizadas após 4-10-1990, seja pelo fundamento de que o referido benefício foi extinto em 30-6-1983 (por força do art. 1º do Decreto-Lei 1.658/1979, modificado pelo Decreto-Lei 1.722/1979), seja pelo fundamento de que foi extinto em 4-10-1990 (por força do art. 41 e § 1º do ADCT)' (Eresp 738.689, 1ª Seção, Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 27-6-2007).
>
> 2. Recurso especial a que se nega provimento.
>
> (Fl. 375.)

Às fls. 391-395, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao AgRg no REsp 938.235/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, em acórdão que apresenta a ementa a seguir transcrita:

> Processual civil e tributário. IPI. Crédito-prêmio. Decreto-Lei 491/1969 (art. 1º). Vigência. Prazo. Extinção. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (Fls. 391-395.)

Contra esse acórdão foi interposto este recurso extraordinário (fls. 397-443).

No recurso extraordinário, a recorrente sustenta que

> o art. 41 do ADCT não veio a tratar do crédito-prêmio do IPI, por este não denotar caráter de benefício setorial, vez que era dirigido a todo o segmento econômico nacional.
> (Fl. 417.)

Nesses termos, a recorrente postula a reforma do acórdão recorrido

> para que seja reconhecida a vigência, até os dias atuais, do referido "crédito-prêmio do IPI", bem como o direito à restituição/compensação das parcelas recolhidas indevidamente nos últimos dez anos anteriores à demanda judicial.
> (Fl. 261.)

Em contrarrazões, às fls. 453-480, sustenta a recorrida (União) que

> o crédito-prêmio restou extinto em 30-6-1983, em decorrência da aplicação do Decreto-Lei n. 1.658, de 1979, na redação dada pelo Decreto-Lei n. 1.722, de 1979, o qual fixava o termo final de fruição do benefício nessa data.
>
> Porém, caso superado tal entendimento, o que se admite única e exclusivamente a título de argumentação, mostra-se evidente que o crédito-prêmio, incentivo setorial que é, estaria, se vigente à época, entre aqueles ventilados, como passíveis de revalidação, no art. 41 do ADCT, porque a Constituição Federal quando utilizou a expressão o fez no sentido comum e na sua acepção ampla, para distinguir dos incentivos regionais, bem assim porque o "comércio exterior" sempre foi considerado um setor da economia e assim é tratado no orçamento de renúncias fiscais e subsídios da União: a Lei 8.402/1992 não restabeleceu o crédito-prêmio, pois este incentivo não consta do rol de benefícios expressamente indicados no texto legal; e, também, porque entre eles há vários incentivos que igualmente se dirigem a todo o setor exportador.
> (Fls. 479-480.)

Esta Suprema Corte reconheceu a existência de repercussão geral da questão suscitada em decisão assim ementada:

> *Constitucional. IPI. Crédito-prêmio. Extinção. Art. 41, § 1º, do ADCT. Existência de repercussão geral.* Questão relevante do ponto de vista econômico e jurídico.

Deixei de ouvir o Ministério Público Federal, uma vez que, em inúmeros casos sobre a mesma questão, manifestou-se a Procuradoria-Geral da República no sentido de que o incentivo fiscal possui natureza setorial e teria sido revogado após o decurso de dois anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, em

obediência ao estabelecido pelo § 1º do art. 41 do ADCT. Dentre esses, menciono o RE 577.302/RS e o RE 576.626/SC, ambos sob minha relatoria.

Nos autos do RE 577.302/RS, processo representativo da controvérsia cuja repercussão geral foi reconhecida, determinei que fosse ouvido o Procurador-Geral da República, o qual se manifestou pelo desprovimento do recurso, *in verbis*:

> O recurso não merece prosperar.
>
> Com efeito, após a declaração de inconstitucionalidade do Decreto-Lei 1.724/1979 e do art. 3º, inciso I, do Decreto-Lei 1.894/1981, surgiu a controvérsia acerca do prazo de vigência do benefício instituído pelo Decreto-Lei 491/1969, com duas razoáveis vertentes interpretativas: a primeira no sentido de que poderia ser usufruído até 5 de outubro de 1990, nos termos do artigo 41, § 1º, do ADCT e a segunda fundada na aplicabilidade dos Decretos-Lei 1.658/1979 e 1.722/1979, que, por sua vez, estabeleceram o dia 30 de junho de 1983 para o fim do crédito-prêmio do IPI.
>
> Na espécie, todavia, a empresa sustenta a tese de que o benefício do crédito-prêmio do IPI permanece em vigor, inexistindo, sob qualquer viés que se adote, elementos aptos a sustentá-la. Ainda que se adote a corrente mais benéfica ao contribuinte, o apelo não merece acolhida, ante o instituto da prescrição.
>
> Do exposto, opina o Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso.
>
> (Fls. 329-330 – dos atos do RE 577.302.)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator):

I – Considerações iniciais

O cerne da questão em debate neste recurso extraordinário consiste em identificar o termo final de vigência do crédito-prêmio do IPI, instituído pelo Decreto-Lei 491/1969.

A exata definição desse momento tem causado considerável perplexidade em todos aqueles que se debruçaram sobre o tema.

Antes do exame da matéria de fundo, contudo, é preciso que se faça um breve histórico acerca da evolução do crédito-prêmio em nosso ordenamento jurídico.

II – Histórico do crédito-prêmio do IPI

O Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), como se sabe, foi instituído pela Lei 4.502, de 30 de novembro de 1964. Depois de criado, objetivando estimular as exportações, o Governo editou o Decreto-Lei 491, de 5 de março de 1969, que permitia às empresas fabricantes e exportadoras de produtos manufaturados, "a título de estímulo fiscal", o ressarcimento de tributos pagos internamente mediante a constituição de créditos tributários sobre suas

vendas ao exterior. O referido incentivo fiscal passou a ser conhecido como "crédito-prêmio".

Transcrevo o Decreto-Lei 491/1969, naquilo que interessa:

> Art. 1º As empresas fabricantes e exportadoras de produtos manufaturados gozarão, a título de estímulo fiscal, de créditos tributários sobre suas vendas para o exterior, como ressarcimento de tributos pagos internamente.
>
> § 1º Os créditos tributários acima mencionados serão deduzidos do valor do Imposto sobre Produtos Industrializados incidente sobre as operações no mercado interno.
>
> § 2º Feita a dedução, e havendo excedente de crédito, poderá o mesmo ser compensado no pagamento de outros impostos federais, ou aproveitado nas formas indicadas por regulamento.
>
> Art. 2º O crédito tributário a que se refere o artigo anterior será calculado sobre o valor FOB, em moeda nacional, das vendas para o exterior, mediante a aplicação das alíquotas especificadas na Tabela anexa à Lei n. 4.502, de 30 de novembro de 1964
>
> (...)
>
> § 2º Para os produtos manufaturados cujo imposto tenha alíquota superior a 15% (quinze por cento), será este o nível máximo sobre o qual recairá o cálculo do estímulo fiscal de que trata este artigo.
>
> Art. 3º Fica o Poder Executivo autorizado a:
>
> I – fixar alíquota, para efeito de crédito a que se refere o artigo anterior, para os produtos manufaturados que, no mercado interno, sejam não tributados ou isentos do imposto sobre produtos industrializados por qualificação de essencialidade; (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 1.118, de 10-8-1970)
>
> II – elevar ou reduzir, genericamente ou para determinados produtos, o nível máximo a que se refere o parágrafo 2º do artigo 2º; (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 1.118, de 10-8-1970)
>
> III – fixar, em caráter excepcional, alíquotas, exclusivamente para efeito de estímulo fiscal à exportação, superiores ou inferiores às indicadas na tabela anexa ao Regulamento aprovado pelo Decreto n. 61.514, de 12 de outubro de 1967. (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 1.118, de 10-8-1970)
>
> IV – alterar as bases de cálculo indicadas no artigo 2º e seu parágrafo 1º (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 1.118, de 10-8-1970)
>
> (...)
>
> Art. 20. Este Decreto-Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário e, expressamente, a Lei n. 5.444, de 30 de maio de 1968.

Cuidava-se, como se vê, de um estímulo fiscal às exportações de produtos manufaturados instituído por período indeterminado. Ou seja, os contribuintes que vendessem produtos industrializados de origem nacional para o exterior teriam direito a um crédito-prêmio sobre o IPI devido, compensável com aquele incidente nas vendas efetuadas no mercado interno.

Caso o valor do crédito-prêmio fosse superior ao montante do IPI devido em tais operações, ele poderia ser compensado com outros impostos federais, restituído em espécie ou cedido a terceiros, na forma definida pelo Decreto 64.833, de 17 de novembro de 1969, que regulamentou o Decreto-Lei 491/1969.

Mais tarde, o Decreto-Lei 1.248, de 29 de novembro de 1972, ampliou o incentivo para incluir também as operações nas quais o industrial vendia a sua produção no mercado interno a empresa comercial exportadora (produtor--vendedor), desde que destinada ao exterior.

O produtor-vendedor, no entanto, foi excluído do conjunto de beneficiários do crédito-prêmio do IPI por força dos arts. 1º, § 2º, e 2º, do Decreto-Lei 1.894, de 16 de dezembro de 1981.

Feito esse breve histórico sobre a evolução do crédito-prêmio e sua aplicação, passo agora ao exame das normas que dispuseram sobre a sua vigência no tempo.

III – Normas atinentes à vigência temporal do crédito-prêmio

Em 24 de janeiro de 1979, editou-se o Decreto-Lei 1.658/1979, que reduzia gradualmente o crédito-prêmio até a sua extinção definitiva em 30 de junho de 1983. O referido diploma normativo, no que pertine ao debate, apresentava a seguinte redação:

> Art. 1º O estímulo fiscal de que trata o artigo 1º do Decreto-Lei n. 491, de 5 de março de 1969, será reduzido gradualmente, até sua definitiva extinção.
>
> § 1º Durante o exercício financeiro de 1979, o estímulo será reduzido:
>
> a) a 24 de janeiro, em 10% (dez por cento);
>
> b) a 31 de março, em 5% (cinco por cento);
>
> c) a 30 de junho, em 5% (cinco por cento);
>
> d) a 30 de setembro, em 5% (cinco por cento);
>
> e) a 31 de dezembro, em 5% (cinco por cento).
>
> § 2º A partir de 1980, o estímulo será reduzido em 5% (cinco por cento) a 31 de março, a 30 de junho, a 30 de setembro e a 31 de dezembro, de cada exercício financeiro, **até sua total extinção a 30 de junho de 1983.**
>
> § 3º Tomar-se-á, como base para cálculo do montante das reduções de que tratam os parágrafos anteriores, a alíquota do estímulo fiscal aplicável na data da entrada em vigor do presente Decreto-Lei.
>
> (Grifos meus.)

Antes, porém, que sobreviesse o termo final estabelecido pelo Decreto-Lei 1.658/1979, outros diplomas normativos foram editados dispondo sobre o prazo de vigência do crédito-prêmio.

Com efeito, na sequência, baixou-se o Decreto-Lei 1.722, de 3 de dezembro de 1979, o qual alterou a redação do § 2º do art. 1º do Decreto-Lei 1.658/1979, de modo a autorizar o Ministro de Estado da Fazenda a reduzir, paulatinamente, o incentivo fiscal sob exame, até 30 de junho de 1983, nos seguintes termos:

> Art. 1º Os estímulos fiscais previstos nos artigos 1º e 5º do Decreto-lei n. 491, de 5 de março de 1969, serão utilizados pelo beneficiário na forma, condições e prazo estabelecidos pelo Poder Executivo.
>
> (...)
>
> Art. 3º O parágrafo 2º do artigo 1º do Decreto-Lei n. 1.658, de 24 de janeiro de 1979, passa a vigorar com a seguinte redação:

§ 2º O estímulo será reduzido de vinte por cento em 1980, vinte por cento em 1981, vinte por cento em 1982 e dez por cento **até 30 de junho de 1983, de acordo com ato do Ministro de Estado da Fazenda**.

(...)

Art. 5º Este Decreto-Lei entrará em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 1980, data em que ficarão revogados os parágrafos 1º e 2º do artigo 1º do Decreto-Lei n. 491, de 5 de março de 1969, o parágrafo 3º do artigo 1º do Decreto-Lei n. 1.456, de 7 de abril de 1976, e demais disposições em contrário.

(Grifos meus.)

Entretanto, poucos dias após a publicação dessa norma, adveio o Decreto-Lei 1.724, de 7 de dezembro de 1979, que promoveu nova alteração na sistemática do crédito-prêmio, revogando a norma que estabelecia uma determinada data para a sua extinção, além de delegar ao Ministro de Estado da Fazenda a atribuição de fixá-la, conforme segue:

Art. 1º O Ministro de Estado da Fazenda fica autorizado a aumentar ou reduzir temporária ou definitivamente, ou **extinguir os estímulos fiscais de que tratam os artigos 1º e 5º do Decreto-Lei n. 491, de 5 de março de 1969**.

Art. 2º Este Decreto-Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

(Grifos meus.)

Com fundamento nessa outorga de poderes, o titular da Pasta da Fazenda, num primeiro momento, editou a Portaria 960/1979, voltando a declarar extinto o crédito-prêmio em 30 de junho de 1983. Depois, no entanto, baixou a Portaria 78, de 1º de abril de 1981, em que estabeleceu uma extinção gradual do incentivo, mantendo a data de revogação anteriormente estabelecida.

Em 16 de dezembro de 1981, porém, sobreveio nova alteração normativa, com a edição do Decreto-Lei 1.894, que, em essência, restabeleceu o estímulo fiscal sob exame sem prazo de vigência, estendendo-o às empresas exportadoras de produtos de fabricação nacional, adquiridos no mercado interno, além de delegar, novamente, ao Ministro da Fazenda poderes para extingui-lo, conforme segue:

Art. 1º Às empresas que exportarem, contra pagamento em moeda estrangeira conversível, produtos de fabricação nacional, adquiridos no mercado interno, fica assegurado:

I – o crédito do imposto sobre produtos industrializados que haja incidido na aquisição dos mesmos;

II – o crédito de que trata o artigo 1º do Decreto-Lei n. 491, de 5 de março de 1969.

(...)

Art. 3º O Ministro da Fazenda fica autorizado, com referência aos incentivos fiscais à exportação, a:

I – estabelecer prazo, formas e condições, para sua fruição, bem como reduzi-los, majorá-los, suspendê-los ou extingui-los, em caráter geral ou setorial;

> II – estendê-los, total ou parcialmente, a operações de venda de produtos manufaturados nacionais, no mercado interno, contra pagamento em moeda de livre conversibilidade;
>
> III – determinar sua aplicação, nos termos, limites e condições que estipular, às exportações efetuadas por intermédio de empresas exportadoras, cooperativas, consórcios ou entidades semelhantes.

Com base nessa autorização, o Ministro da Fazenda editou, em 1983, as Portarias 161, 264, 267 e 294, em 1984, as Portarias 5, 6, 9, 50, 84, 86, 94, 95, 143, 156, 176 e 195, e, em 1985, a Portaria 32, todas dispondo sobre o crédito-prêmio de IPI. Delas, a mais relevante para a discussão que aqui se trava é a Portaria 176, de 12 de setembro de 1984, que, alterando a Portaria 78/1981, determinou a extinção definitiva do referido estímulo fiscal em 1º de maio de 1985.

Cumpre registrar que, de 1985 até a promulgação da Constituição Federal de 1988, não se editou mais qualquer norma relativa à vigência do crédito-prêmio do IPI. De forma implícita, todavia, o Decreto-Lei 2.413, de 10 de fevereiro de 1988, reconheceu que o incentivo fiscal em questão manteve-se íntegro até aquela data, ao consignar em seu art. 1º, § 1º, *b*, o seguinte:

> Art. 1º O lucro decorrente de exportações incentivadas será tributado, pelo imposto de renda, à alíquota de 3% (três por cento) no exercício financeiro de 1989 e à alíquota de 6% (seis por cento) a partir do exercício financeiro de 1990.
>
> § 1º A tributação por alíquota especial referida neste artigo aplica-se ao lucro decorrente das exportações de que tratam:
>
> (...)
>
> b) os artigos 3º e 4º do Decreto-Lei n. 1.248, de 29 de novembro de 1972, com a redação dada pelo art. 2º do Decreto-Lei n. 1.894, de 16 de dezembro de 1981, e pelo art. 3º do Decreto-Lei n. 1.721, de 3 de dezembro de 1979 (exportação por intermédio de e por empresas comerciais exportadoras).

Somente com a promulgação da nova Carta Magna é que o tema voltou a ser tratado, mais precisamente no art. 41, § 1º, do ADCT, nos termos abaixo:

> Art. 41. Os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios reavaliarão todos os incentivos fiscais de natureza setorial ora em vigor, propondo aos Poderes Legislativos respectivos as medidas cabíveis.
>
> § 1º Considerar-se-ão revogados após dois anos, a partir da data da promulgação da Constituição, os incentivos que não forem confirmados por lei.

Observo, por oportuno, que os Decretos-Lei 1.724/1979 e 1.894/1981 foram, posteriormente, submetidos ao crivo de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, o que alterou de forma substancial o entendimento relativo ao termo final de vigência do crédito-prêmio, conforme explicitarei a seguir.

IV – Da declaração de inconstitucionalidade parcial dos Decretos-Lei 1.724/1979 e 1.894/1981

Em 26 de novembro de 2001, no RE 186.623/RS, Rel. Min. Carlos Velloso e, em 14-3-2002, no RE 186.359/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, o STF declarou

inconstitucional a expressão "ou extinguir" do Decreto-Lei 1.724/1979, por entender que a delegação de atribuições ao Ministro da Fazenda para extinguir o crédito-prêmio do IPI afrontava a Carta de 1967, alterada pela EC 1/1969.

E, ao julgar o RE 180.828/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, 14 de março de 2003, esta Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 1º do Decreto-Lei 1.724/1979 e do inciso I do art. 3º do Decreto-Lei 1.894/1981, por considerar que a delegação de atribuições ao Ministro da Fazenda para reduzir, suspender ou extinguir o crédito-prêmio do IPI, da mesma forma, contrariava a Carta de 1967.

O acórdão apresentou a seguinte ementa:

> *Constitucional. Tributário. Incentivos fiscais: crédito-prêmio: suspensão mediante portaria. Delegação inconstitucional. DL 491, de 1969, arts. 1º e 5º; DL 1.724, de 1979, art. 1º; DL 1.894, de 1981, art. 3º, inciso I CF/1967.*
>
> I – Inconstitucionalidade, no art. 1º do DL 1.724/1979, da expressão "ou reduzir, temporária ou definitivamente, ou extinguir", e, no inciso I do art. 3º do DL 1.894/1981, inconstitucionalidade das expressões "reduzi-los" e "suspendê-los ou extingui-los". Caso em que se tem delegação proibida: CF/1967, art. 6º. Ademais, matérias reservadas à lei não podem ser revogadas por ato normativo secundário.
>
> II – Recurso extraordinário conhecido, porém não provido (letra *b*).

Em seu voto condutor, o Ministro Carlos Velloso assentou que

> não poderia uma Portaria Ministerial revogar incentivos fiscais concedidos por um decreto-lei, assim por ato normativo primário, ao argumento de que recebera o Ministro de Estado delegação, mediante outro decreto-lei, para assim proceder. É que não poderia a lei, já que o decreto-lei tinha força de lei, delegar ao Ministro de Estado poderes para extinguir um incentivo fiscal concedido por um decreto-lei, assim pela lei. A Constituição pretérita expressamente proibia a qualquer dos poderes delegar atribuições (CF/1967, art. 6º).

A esse precedente seguiram-se outros, dentre os quais destaco o RE 208.260/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa (Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio).

Ante esse posicionamento da Suprema Corte, o Senado Federal, em 26 de dezembro de 2005, editou a Resolução 71/2005, a qual, nos termos do art. 52, X, da Carta Magna, suspendeu a execução das expressões declaradas inconstitucionais que integravam o art. 1º do Decreto-Lei 1.724/1979 e o inciso I do art. 3º do Decreto-Lei 1.894/1991, com a seguinte redação:

> O Senado Federal, no uso de suas atribuições que lhe são conferidas pelo inciso X do art. 52 da Constituição Federal e tendo em vista o disposto em seu Regimento Interno, e nos estritos termos das decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal.
>
> Considerando a declaração de inconstitucionalidade de textos de diplomas legais, conforme decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos autos dos Recursos Extraordinários ns. 180.828, 186.623, 250.288 e 186.359.
>
> Considerando as disposições expressas que conferem vigência ao estímulo fiscal conhecido como "crédito-prêmio de IPI", instituído pelo art. 1º do

> Decreto-Lei n. 491, de 5 de março de 1969, em face dos arts. 1º e 3º do Decreto-Lei n. 1.248, de 29 de novembro de 1972; dos arts. 1º e 2º do Decreto-Lei n. 1.894, de 16 de dezembro de 1981, assim como do art. 18 da Lei n. 7.739, de 16 de março de 1989; do § 1º e incisos II e III do art. 1º da Lei n. 8.402, de 8 de janeiro de 1992, e, ainda, dos arts. 176 e 177 do Decreto n. 4.544, de 26 de dezembro de 2002; e do art. 4º da Lei n. 11.051, de 29 de dezembro de 2004.
>
> Considerando que o Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, declarou a inconstitucionalidade de termos legais com a ressalva final dos dispositivos legais em vigor, Resolve:
>
> Art. 1º É suspensa a execução, no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.724, de 7 de dezembro de 1979, da expressão "**ou reduzir temporária ou definitivamente, ou extinguir**", e, no inciso I do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.894, de 16 de dezembro de 1981, das expressões "**reduzi-los**" **e** "**suspendê-los ou extingui-los**", preservada a vigência do que remanesce do art. 1º do Decreto-Lei n. 491, de 5 de março de 1969.
> (Grifos meus.)

Como se vê, a referida Resolução do Senado Federal suspendeu a execução do art. 1º do Decreto-Lei 1.724/1979 e do inciso I do art. 3º do Decreto-Lei 1.894/1981 apenas no que se refere à delegação de atribuições ao Ministro da Fazenda.

V – Do estado da questão no STJ

A profusão de normas atinentes ao crédito-prêmio e a superveniente declaração de inconstitucionalidade de dispositivos dos Decretos-Lei 1.724/1979 e 1.894/1981, pelo Supremo Tribunal Federal, fizeram com que os estudiosos e operadores do Direito chegassem a conclusões distintas quanto ao termo final de vigência daquele estímulo fiscal.

Três diferentes soluções passaram a ser defendidas e adotadas pelos especialistas e tribunais: (i) o crédito-prêmio foi revogado em 30 de junho de 1983 pelo Decreto-Lei 1.658/1979; (ii) o crédito-prêmio foi extinto em 5 de outubro de 1990, nos termos do art. 41 do ADCT, em especial diante de seu caráter setorial; e (iii) o crédito-prêmio continua em vigor até hoje, pois, por não apresentar natureza setorial, não foi abrangido pelo dispositivo transitório da Constituição Federal.

A oscilação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, instância máxima da interpretação do direito ordinário, é um bom exemplo das incertezas que dominaram os intérpretes.

Entre 1999 e 2004, ambas as Turmas de Direito Público eram uníssonas em afirmar que o incentivo fiscal não havia sido extinto em 30 de junho de 1983, entendendo que:

> É aplicável o Decreto-Lei n. 491/69, expressamente mencionado no Decreto-Lei n. 1.894/81, que restaurou o benefício do crédito-prêmio do IPI, sem definição de prazo.
> (AgRg no REsp 329.254/RS, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 18-2-2002.)

Em 2005, todavia, a Primeira Seção mudou de posição, passando a considerar que o incentivo fiscal foi extinto em 30 de junho de 1983 (REsp 541.239/

DF, Rel. Min. Luiz Fux). Já em 2006, ao julgar o EREsp 765.134/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, a Primeira Seção passou a entender que o crédito-prêmio vigorou até 5 de outubro de 1990.

Finalmente, em 2007, a partir do julgamento do EREsp 738.689/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, firmou-se no STJ o entendimento de que o crédito-prêmio não se aplica às vendas para o exterior realizadas após 5 de outubro de 1990, seja porque foi extinto em 30 de junho de 1983, *ex vi* do art. 1º do Decreto-Lei 1.658/1979, modificado pelo Decreto-Lei 1.722/1979, seja em face do disposto no art. 41, § 1º, do ADCT.

Com base nesse precedente, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que o crédito-prêmio do IPI "representava um benefício fiscal destinado ao setor industrial e foi extinto nos termos do art. 41, § 1º, do ADCT" (AgRg nos EREsp 771.219/SC, Rel. Min. Castro Meira, *DJU* de 7-4-2008).

VI – Dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Para a correta compreensão da matéria sob exame, cumpre, antes de tudo, aquilatar a exata abrangência da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 1º do Decreto-Lei 1.724/1979 e do inciso I do art. 3º do Decreto-Lei 1.894/1981, prolatada pelo STF, a qual encontrou exata correspondência na Resolução 71/2005 do Senado Federal.

Com efeito, esta Corte ainda não se manifestou, em definitivo, sobre a constitucionalidade do crédito-prêmio do IPI, nem sobre a sua vigência no tempo, limitando-se a inquinar de inconstitucional a delegação de atribuições ao Ministro da Fazenda para promover a sua redução, suspensão ou extinção.

Não há que se cogitar, portanto, a partir dessas decisões do Supremo, de qualquer inconstitucionalidade quanto aos demais dispositivos normativos atinentes ao incentivo fiscal sob exame.

Como corretamente constou da Resolução 71/2005 da Câmara Alta, restou suspensa apenas a execução da expressão "ou reduzir temporária ou definitivamente, ou extinguir", constante do art. 1º do Decreto-Lei 1.724/1979, e das locuções "reduzi-los" e "suspendê-los ou extingui-los", abrigadas no inciso I do art. 3º do Decreto-Lei 1.894/1981, ficando preservada, por conseguinte, a vigência do que remanescia desses diplomas normativos, bem assim do Decreto-Lei 491/1969.

Em outras palavras, ao declarar inconstitucionais tais locuções, as decisões do Supremo Tribunal Federal preservaram (i) a competência do Ministro da Fazenda para aumentar o incentivo e (ii) a norma que institui o crédito-prêmio sem prazo definido de vigência.

Esse é o entendimento de José Souto Maior Borges, segundo o qual

> a decisão do STF não abrange o DL 1.724/1979 todo, como geralmente se pretende em equívoco, mas apenas, no art. 1º, a expressão "ou reduzir temporária ou definitivamente, ou extinguir" – e só essa expressão. É o argumento concreto da Fazenda Nacional.

Restam incólumes, inobstante o decisório da Corte Excelsa:

a) a competência do Ministro da Fazenda para aumentar o incentivo (art. 1º *ab initio*);

b) a norma revogatória, pois autônoma, desse mesmo ato normativo.

(...)

Dado que a decisão do STF no RE 180.828-4 preservou, no DL 1.724/1979, não só a competência ministerial para ampliar o incentivo fiscal, mas também a cláusula revogatória e considerando que o DL 491/1969 não fora expressa ou implicitamente revogado, disposição em contrário ao DL é o art. 1º, § 2º, do DL 1.658/1979, que estipula o prazo extintivo de 30 de junho de 1983.

(...)

Compatível com o DL 1.724/1979 é porém a consideração de que a vigência indeterminada do DL 491/1969 fora preservada. Daí sua incolumidade à cláusula revogatória em análise. Persistiu assim em vigência o crédito-prêmio ao longo do tempo.[1]

De igual modo, manteve-se em pleno vigor, visto que não contestado no Supremo Tribunal Federal, o inciso II do art. 1º do Decreto-Lei 1.894/1981, *in verbis*:

Art. 1º Às empresas que exportarem, contra pagamento em moeda estrangeira conversível, produtos de fabricação nacional, adquiridos no mercado interno, fica assegurado:

(...)

II – o crédito de que trata o artigo 1º do Decreto-Lei n. 491, de 5 de março de 1969.

Segundo pondera Antonio Junqueira de Azevedo,

declarada a inconstitucionalidade parcial, o crédito-prêmio, até nova lei, continuou a viger por tempo indeterminado, porque as leis posteriores ao Decreto-Lei n. 1.658/1979 não estipularam novo termo final e revogaram validamente o anterior. O Decreto-Lei n. 1.722/1979 foi promulgado para, entre outras finalidades, modificar o regime de eficácia extintiva imediata do termo final; por sua vez, o Decreto-Lei n. 1.724/1979 claramente aboliu o anterior termo final, ao possibilitar ampliação, redução ou eliminação, sempre em alternativas disjuntivas. Se a atribuição da competência foi feita indevidamente, por contrariar a decisão de política legislativa adotada pela Constituição da República, o problema (*rectius*, o defeito) é exclusivamente dessa parte da norma, e não a abolição do termo final. Outro elemento hermenêutico a colaborar com todo esse entendimento foi a edição de nova norma, dois anos depois (Decreto-Lei n. 1.894/1981), que claramente, outra vez, não se referiu a critérios temporais de extinção e, pelo contrário, se reportou ao Decreto-Lei n. 491/1969 que não continha prazo. Portanto, em síntese, a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis ns. 1.724/1979 e 1.894/1981 limitou-se à delegação de competência ao Ministro da Fazenda. As disposições restantes desses decretos-leis não estão contaminadas pela irregularidade, conforme é próprio do princípio de teoria geral do direito denominado "da conservação dos atos jurídicos", inclusive com formulação latina *utile per inutile non vitiatur*. O crédito-prêmio de IPI

[1] BORGES, José Souto Maior. Sobre o crédito-prêmio à Exportação. In: *Revista Dialética do Direito Tributário*, n. 112, p. 83-85. Jan. 2005.

continuou, pois, a viger com prazo indeterminado, permanecendo, assim, até que seja extinto por nova lei.[2]

Assim, com fundamento no princípio da conservação dos atos jurídicos, a declaração de inconstitucionalidade parcial dos Decretos-Lei 1.724/1979 e 1.894/1981 não só não expungiu o crédito-prêmio do ordenamento jurídico, como tornou indeterminado o seu termo final de vigência, condicionado, como visto, ao disposto no art. 41, § 1º, do ADCT.

Ora, é certo que o Estado de Direito possui como uma de suas balizas a boa-fé objetiva em relação aos governados, significando, nas palavras de Sacha Calmon Navarro Coelho e Lobato Valter, entre outros aspectos: "previsibilidade das ações do Estado; boa-fé no trato dos cidadãos contribuintes de forma segura [previsível, certa, limitada] e justa [porque certa, previsível, limitada]".[3]

Tratando-se da fixação do prazo de vigência do crédito-prêmio do IPI, não vejo como fazer *tábula rasa* de tais postulados. Com efeito, a sucessiva edição, no tempo, de normas referentes a esse estímulo fiscal, ou seja, de 5 de março de 1969 (Decreto-Lei 481/1969) a 10 de fevereiro de 1988 (Decreto-Lei 2.403/1988), gerou para os contribuintes a legítima expectativa de que ele se manteve em vigor pelo menos até a promulgação da Constituição de 1988, especialmente em face do pronunciamento do STF quanto à inconstitucionalidade da delegação de poderes ao Ministro da Fazenda para dispor sobre o assunto.

Assim, baseado nos argumentos retro expendidos e lastreado, ainda, nos princípios da boa-fé objetiva e, sobretudo, da segurança jurídica, que devem nortear a relação fisco-contribuinte, entendo que o crédito-prêmio do IPI não foi extinto em 30 de outubro de 1983, mas permaneceu vigente por prazo indeterminado até o advento da nova Carta Magna, que deu outro tratamento ao tema.

VII – Natureza setorial do crédito-prêmio

Passo, agora, à análise do art. 41, § 1º, do ADCT.

De acordo com esse dispositivo, os incentivos fiscais de natureza setorial instituídos antes da promulgação da nova Constituição somente seriam mantidos caso fossem confirmados, dentro do prazo de dois anos, nos três níveis político-administrativos da Federação, mediante a edição de lei própria.

Os defensores da tese segundo a qual o crédito-prêmio estaria vigorando mesmo após o prazo de dois anos estabelecido pela Carta Magna sustentam que ele não constitui um incentivo fiscal, mas apenas um crédito tributário criado com o escopo de ressarcir o contribuinte pelos impostos pagos internamente.

---

[2] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Nulidade Parcial de Ato Normativo. Certeza e Segurança Jurídica diante de Alteração de Jurisprudência Consolidada. Aplicação da Boa-fé Objetiva ao Poder Público. *Crédito-prêmio de IPI*. São Paulo: Manole, 2005.

[3] CALMON NAVARRO COELHO, Sacha; VALTER, Lobato. Reflexões sobre o art. 3º da Lei Complementar n. 118. Segurança Jurídica e a Boa-fé como Valores Constitucionais. As leis interpretativas no Direito Tributário Brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 117, p. 109. Jun. 2005.

Outro argumento esgrimido pelos que advogam a manutenção da vigência do crédito-prêmio até os dias atuais é que esse incentivo fiscal não possui natureza setorial, mas geral, por ter sido direcionado à exportação.

Alguns, ainda, desenvolvem o raciocínio segundo o qual a expressão "setorial" constante do § 1º do art. 41 do ADCT teria sido utilizada com o intuito de extinguir os incentivos fiscais, instituídos antes da promulgação da Constituição de 1988, que tivessem como objetivo desenvolver atividades específicas da economia.

Ora, segundo ensina Francisco Calderaro, "incentivos ou estímulos fiscais" são "todas normas jurídicas ditadas com finalidades extrafiscais de promoção do desenvolvimento econômico e social que excluem total ou parcialmente o crédito tributário".[4]

Assim, a natureza de estímulo fiscal do crédito-prêmio fica claramente evidenciada, não só com fundamento nessa definição, como também em face da terminologia empregada pelos sucessivos textos normativos que trataram do tema, a começar pelo Decreto-Lei 491/1969, que se refere a ele, textualmente, como "estímulo fiscal", conforme assinalado acima. Não há negar, ademais, que a sua criação teve o escopo de promover o desenvolvimento de um setor determinado da economia, qual seja, o setor industrial, mediante incentivo à exportação de produtos manufaturados.

A leitura atenta dos debates levados a efeito na Assembleia Nacional Constituinte mostra, claramente, que o desiderato dos legisladores magnos, ao elaborarem o art. 41 do ADCT, foi rever todos os incentivos fiscais vigentes à época, com exceção daqueles de caráter regional.

Nessa linha, mostra-se bastante elucidativo o trecho abaixo transcrito do pronunciamento do então Deputado Constituinte José Serra, ao apresentar anteprojeto do qual foi relator:

> É muito importante, no Brasil, fazer-se uma revisão no sistema de incentivos, não para suprimir os de caráter regional, mas para melhorá-los, onde for possível, porque nada é perfeito. Há vários outros. **Os que não são de caráter regional deveriam ser suprimidos**, mas não os de caráter regional tendentes a combater desigualdades.[5]
>
> (Grifos meus.)

Dessa manifestação, é possível concluir que o espírito da lei de transição constitucional foi justamente permitir o reexame de todos os incentivos fiscais concedidos antes da promulgação da Constituição de 1988, salvo os de cunho regional, como aqueles concernentes à Sudam e Sudene, entre outros, cuja razão de ser encontra respaldo no art. 3º, II, do Texto Magno.

---

[4] CALDERARO, Francisco R. S. *Incentivos fiscais*: sua natureza jurídica. São Paulo: Aduaneiras, 1977. p. 29.

[5] *Diário da Assembleia Nacional Constituinte* (Suplemento), 22-8-1987.

Assim, permitiram os constituintes que os Governos dos distintos níveis federativos avaliassem cada um dos incentivos fiscais em vigor, no espaço temporal de dois anos, confirmando-os, mediante lei específica, dentro desse prazo, se ainda os considerassem pertinentes.

Mesmo que se atribua um sentido mais literal à expressão "incentivos fiscais de natureza setorial", contida no dispositivo constitucional transitório, ainda assim, o crédito-prêmio do IPI estaria nela contemplado.

É que a **industrialização de produtos**, pressuposto determinante para que se configurem as hipóteses de incidência do IPI, imposto ao qual o crédito-prêmio está, inelutavelmente, vinculado, evidencia o caráter setorial do incentivo.

Ademais, como é sabido, a classificação da economia, por setores, pelos especialistas, é realizada conforme a intensidade dos recursos que cada atividade utiliza na cadeia de produção e consumo. São os denominados setores formais da economia. É o que assenta Grassi Mendes:

> De modo geral, o setor primário utiliza mais intensivamente o fator-terra; o setor secundário ou setor industrial utiliza o fator capital; o setor terciário, o fator-trabalho.[6]

Nesses termos, a produção agrícola e extrativa é tradicionalmente classificada como setor primário, enquanto a industrial enquadra-se no setor secundário. Já o comércio e os serviços compõem o setor terciário. Atualmente, existem autores que mencionam ainda mais um setor, o quaternário, no qual se incluem as atividades que desenvolvem pesquisas de ponta.

Poder-se-ia, ainda, à moda laica, conferir ao termo "*setorial*" um significado mais abrangente, incluindo-se nele, *verbi gratia*, os setores automobilístico, farmacêutico, siderúrgico, importador, exportador etc. mas isso apenas reforçaria a incidência da norma constitucional transitória na espécie. Com efeito, tal expediente semântico não teria o condão de descaracterizar o caráter setorial do incentivo fiscal em questão, eis que ele, indubitavelmente, beneficiou o segmento da economia que se dedica à venda de produtos manufaturados para o exterior.

Destarte, não vejo como deixar de concluir que o crédito-prêmio, instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei 491/1969, configura típico incentivo fiscal de natureza setorial, visto que foi, inequivocamente, direcionado à ampliação das exportações do setor industrial. A própria Exposição de Motivos do Decreto-Lei 491/1969, assenta que o seu objetivo era o de

> aperfeiçoar e ampliar os mecanismos de estímulo à exportação de produtos manufaturados.
>
> Dada a importância da exportação no processo de desenvolvimento nacional, impõe-se adotar, com urgência, medidas suficientemente vigorosas capazes de induzir o sistema empresarial a capacitar-se na disputa do mercado internacional.

---

[6] MENDES, Judas Tadeu Grassi. *Economia*: fundamentos e aplicações. São Paulo: Pearson, 2004. p. 11.

VIII – Conclusões

Para finalizar, assento que, por ser um incentivo fiscal de cunho setorial, o crédito-prêmio do IPI, para continuar vigorando, deveria ter sido confirmado por lei superveniente no prazo de dois anos após a publicação da Constituição de 1988. Como isso não ocorreu, ele foi, inexoravelmente, extinto em 5 de outubro de 1990.

Registro, ainda, para que não pairem dúvidas, que, já sob a égide do texto constitucional vigente, a Lei 8.402, de 8 de janeiro de 1992, buscou restaurar parte do Decreto-Lei 491/1969, consignando, em seus arts. 1º, II, e 2º, o seguinte:

> Art. 1º São restabelecidos os seguintes incentivos fiscais:
> (...)
> II – manutenção e utilização do crédito do Imposto sobre Produtos Industrializados relativo aos insumos empregados na industrialização de produtos exportados, de que trata o art. 5º do Decreto-Lei n. 491, de 5 de março de 1969.
> Art. 2º Os efeitos do disposto no artigo anterior retroagem a 5 de outubro de 1990.

Tal lei, no entanto, não teve o condão de restabelecer o crédito-prêmio, como querem alguns. Primeiro, porque ela apenas pretendeu revigorar o art. 5º do Decreto-Lei 491/1969, que assegurava "a manutenção e utilização do crédito do IPI relativo às matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem efetivamente utilizados na industrialização dos produtos exportados", sem fazer qualquer menção ao art. 1º desse diploma, que instituiu o referido incentivo fiscal, o qual, como se recorda, reconheceu em favor das empresas fabricantes e exportadoras de produtos manufaturados a possibilidade de utilização de "créditos tributários sobre suas vendas para o exterior, como ressarcimento de tributos pagos internamente".

E, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, no plano estritamente infraconstitucional, a recuperação do pressuposto de validade e vigência de uma norma revogada exige que a repristinação seja expressamente prevista na lei repristinante, o que não se deu no caso, como visto.

Ademais, a edição da Lei 8.402/1992 ocorreu após o biênio a que se refere o § 1º do art. 41 do ADCT, significando que a pretensão do legislador ordinário de restaurar, com efeitos retroativos a 5 de outubro de 1990, um dos incentivos fiscais previstos no Decreto-Lei 491/1969 vai de encontro à vontade expressa do constituinte originário. De resto, reconhece, de forma implícita, que este diploma normativo perdeu a vigência em 5 de outubro de 1990, ao estabelecer que os efeitos da Lei 8.402/1992 retroagem a tal data.

Em face de todo o exposto, conheço do recurso extraordinário, mas nego-lhe provimento.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, faço apenas um pedido de esclarecimento ao Relator. Não está em jogo esse marco final revelado como

o ano de 1983, mas o art. 41, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): É que a decisão de primeira instância fez menção ao 83, mas houve uma inovação no STJ que acaba fazendo alusão a essa nova data.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: No Superior Tribunal de Justiça, fixaram-se como termo final os dois anos que se seguiram à Constituição de 1988.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Exatamente. Como foi dito aqui, eu vou esclarecer, farei um histórico.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não houve recurso da União quanto a esse termo, reivindicando a fixação em 1983?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Não houve.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Estou satisfeito, Presidente.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Não é o que se disse na sustentação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não percebi a observação da Ministra Ellen Gracie. Seria no tocante à minha colocação? Sua Excelência, o Relator, confirmou que não há pedido nesse sentido?

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Estou ponderando ao Ministro Relator. Não há pedido no recurso, Ministro Ricardo Lewandowski.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): A União não recorreu. O recurso é só do particular, do contribuinte.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, é um pedido ao eminente Relator. Como se trata de julgamento conjunto de três recursos extraordinários, e pelas cópias que tenho de um deles, que é o 577.302, que fosse deixado bem claro o objeto de cada recurso extraordinário, porque em um deles parece estar sendo discutida, pura e simplesmente, questão de prescrição. Então, gostaria que ficasse bem claro o objeto de cada um desses recursos, para efeito de situarmos nossos votos.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Lerei o relatório dos demais também. Lerei o relatório do RE 561.485 do Rio Grande do Sul.

Senhor Presidente, antes de esclarecer a questão suscitada pelo eminente Ministro, estou distribuindo, por intermédio do meu assistente de Plenário, uma pasta contendo todas as normas que foram suscitadas da tribuna e também foram atacadas ou debatidas nestes processos todos. Também trago para Vossas Excelências o plano do meu voto.

(...)

Cuida-se de recurso extraordinário interposto por Calçados Isi Ltda., com fundamento no art. 102, III, *a,* da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que negou provimento à apelação.

Na origem, a ora recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do delegado da Receita Federal, com o objetivo de obter a compensação dos débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal com o crédito-prêmio do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), relativos ao período de dez anos a contar da impetração da medida mandamental. Então, esse relato é suficiente para Vossa Excelência ou Vossa Excelência quer que eu prossiga?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Talvez fosse interessante, Relator – claro que Vossa Excelência conduzirá o julgamento como Relator dos processos –, apreciar-se, em primeiro lugar, o recurso extraordinário que versa a questão de fundo propriamente dita, muito embora a prescrição também seja mérito.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Pois é. Aliás, eu queria dizer para Vossa Excelência exatamente isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ou seja, a problemática da extinção, ou não, do incentivo, pelo art. 41, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, passados os dois anos da promulgação da Carta de 1988.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Pois não. Eu diria que, como direi quando refutar as preliminares, a questão da prescrição está obviamente ligada ao momento em que nós fixarmos a data de validade do crédito-prêmio. Se é 1983, se é 1990 ou se ainda continua em vigor. Se continua em vigor, evidentemente a questão da prescrição não se coloca. E como a prescrição, no caso, é quinquenal...

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Isso vai envolver necessariamente...

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): É a questão do mérito.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, vai envolver necessariamente o exame de normas infraconstitucionais, isto é, teremos de examinar todas as normas infraconstitucionais a cujo respeito o Superior Tribunal de Justiça...

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Pois é.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas a questão básica é realmente a do art. 41. Aguardaremos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Se entendermos que não houve a suplantação do incentivo, com o art. 41, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, aí, sim, reformando a decisão do Superior Tribunal de Justiça, deveremos nos pronunciar, se é que esta matéria – a prescrição – foi debatida no processo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Sim.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Senhor Presidente, Vossas Excelências têm um plano do meu voto que é o seguinte: eu inicialmente teço algumas considerações iniciais; depois trato das preliminares, faço o histórico do crédito-prêmio do IPI; em seguida trato das normas atinentes à vigência temporal

do crédito-prêmio do IPI; posteriormente trato da declaração de inconstitucionalidade parcial dos Decretos-Leis 1.724/1979 e 1.894/1982; depois o outro tópico é do estado da questão no STJ; em seguida trato dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em penúltimo lugar, da natureza setorial do crédito-prêmio – discutirei esse aspecto – e, finalmente, tratarei das conclusões.

Senhor Presidente, o meu voto é o seguinte: o cerne da questão em debate neste recurso extraordinário consiste em identificar o termo final de vigência do crédito-prêmio do IPI, instituído pelo Decreto-Lei 491/1969. A exata definição desse momento tem causado considerável perplexidade em todos aqueles que se debruçaram sobre o tema. Antes, porém, de adentrar no mérito da questão, analisarei as preliminares suscitadas.

Das preliminares

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Excelência, apenas para um esclarecimento.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Pois não.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O voto é um pouco extenso? A pergunta é apenas para efeito da nossa organização em termos da interrupção.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Vossa Excelência indaga se meu voto é longo?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É um voto de fôlego, Presidente.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): É um voto de fôlego. Se Vossa Excelência preferir parar. Meu voto tem cerca de cinquenta folhas; quarenta e sete, mais exatamente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Talvez, então, devêssemos marcar, suspender a sessão. Voltamos em seguida.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Com essa argumentação, eminentes Pares, estou afastando a possível alegação – e alguns a fazem – no sentido de que esta Lei 8.402 teria, de alguma forma, restabelecido o crédito-prêmio. Porém, de forma nenhuma, seja porque não fez alusão ao art. 1º do Decreto-Lei 491, seja porque, à luz da Lei de Introdução do Código Civil, não houve expressa repristinação desse texto. Enfim, essa é uma matéria infraconstitucional e que trago aqui apenas à guisa de *obiter dictum* e como uma consideração *a latere*.

Mas uma questão interessante – e peço vênia para chamar a atenção dos Colegas – é a seguinte, digo:

Ademais, a edição da Lei 8.402/1992 ocorreu após o biênio a que se refere o § 1º do art. 41 do ADCT, significando que a pretensão do legislador ordinário de restaurar, com efeitos retroativos a 5 de outubro de 1990, um dos incentivos

fiscais previstos no Decreto-Lei 491 vai de encontro à vontade expressa do constituinte originário. De resto, reconhece, de forma implícita, que esse diploma normativo perdeu a vigência em 5 de outubro de 1990 ao estabelecer que os efeitos da Lei 8.402/1992 retroagem a tal data.

Então, Senhor Presidente, pelo meu voto, em face de todo o exposto, conheço do recurso extraordinário, mas nego-lhe provimento.

É como voto.

DEBATE

A Sra. Ministra Ellen Gracie: E com relação à prescrição alegada?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Quanto à questão da prescrição, se eu estou considerando que esse incentivo perdeu a vigência em 5 de outubro de 1990, todos aqueles que não ingressaram com a ação até o quinquênio legal, então, perderam o direito de ação, a ação estaria prescrita. Nesse caso especificamente, o recorrente entrou com uma ação, conforme já foi dito no relatório, em 2002.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, também acompanho o Relator.

Não tenho voto escrito, mas quero afirmar que talvez este tenha sido um dos casos mais simples que enfrentei desde que vim para o Tribunal. Aí é um mero debate em torno do significado de uma palavra que tem de ser entendida no contexto no qual está inserida. Aqui há um incentivo não regional porque é nacional-setorial.

Vou me dispensar quaisquer outras considerações. Jogos florais em torno dos vários significados do vocábulo não me importam. E não me tocam, também, os inúmeros argumentos de ordem quantitativa. Porque tenho que restar no âmbito do qualitativo, no âmbito da Constituição apenas.

Acompanho o Relator.

ESCLARECIMENTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, juntarei o voto porque a minha conclusão é igual.

A matéria me interessou, então meu voto realmente é longo; são quase cinquenta páginas. Ele difere quanto aos fundamentos, mas, na verdade, acompanho o Relator.

Com todo o estudo que fiz, apenas a argumentação na parte setorial tem alguma diferença, mas a conclusão é a mesma, no sentido de negar provimento aos recursos.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, também acompanho o Relator.

Sua Excelência afirma que o crédito-prêmio do IPI é incentivo fiscal, genericamente é favor fiscal, mercê fiscal, tem natureza setorial – concordo com Sua Excelência.

Aliás, a Constituição faz uma oposição entre o setorial, o regional e o nacional em várias passagens. A Constituição fala, por exemplo, de planos de desenvolvimento regionais, nacionais, setoriais. No art. 177, fala de setor de produção, num no sentido nitidamente econômico. É possível, sim, extrair da Constituição que há um setor de exportações, que está sendo favorecido com crédito-prêmio do IPI.

De outra parte, o art. 41, inclusive pelo seu § 1º, explica-se num contexto de economia capitalista, como é a brasileira, uma economia de livre iniciativa ou de livre mercado, em que a intervenção do Estado no domínio econômico, para favorecer determinados setores ou regiões, fiscalmente, tributariamente, faz-se – posso dizer – por exceção, porque um dos princípios regentes da atividade econômica é exatamente a livre competição das empresas. Então é natural que os incentivos fiscais tenham caráter temporário. Eles se revestem até de uma certa excepcionalidade e de um caráter temporal naturalmente limitado.

Então, nesse contexto de economia capitalista, é que entendo a funcionalidade do art. 41 do ADCT, o que é confirmado pela parte permanente da Constituição que, ao falar dos incentivos em geral, exige lei específica, ou seja, lei monotemática, de máxima concentração material nos seus debates parlamentares para que a sociedade por inteiro saiba que o Estado está intervindo na atividade econômica por indução – disse o Ministro Eros Grau –, intervenção indutora, para favorecer, no caso, esse ou aquele setor da atividade econômica.

Então, nesse contexto de economia capitalista, que a globalização econômica reforça – daí por que o eminente Advogado da União, da tribuna, falou das dificuldades que o Brasil teria para se explicar perante a OMC, por efeito desse incentivo que se projetaria no tempo indefinidamente –, o voto do eminente Relator ainda ganha mais expressividade; um voto que já é, em si mesmo, magnífico.

Acompanho Sua Excelência.

DEBATE

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ministro Relator, eu gostaria de um esclarecimento de Vossa Excelência.

Voltarei ao questionamento inicialmente formulado pelo eminente Ministro Marco Aurélio, logo após o relatório, se o que estaríamos a enfocar, pontualmente, seria o art. 41 como fundamento, uma vez que uma das alegações – que o Decreto-Lei 491, na sua substituição, determinara que a extinção ocorreria em junho de

1983 – teria sido superada. E a resposta – se entendi, estou indagando de Vossa Excelência só para me certificar da resposta dada ao Ministro Marco Aurélio – é a que, como o recurso especial teria fixado em 1990 e como não teria havido recurso por parte da Fazenda, da União, não haveria possibilidade de se reformar para piorar a situação. É isso que entendi da resposta ao Ministro Marco Aurélio?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Veja a diferença: não posso afirmar isso de forma muito peremptória, porque o acórdão, a decisão atacada – e eu li isso no relatório, mas tenho enorme prazer em ler novamente –, é um tanto quanto ambíguo.

Houve um determinado momento em que o STJ assentou: ou ele foi extinto em 83 ou em 90 por diversos motivos. Não ousou adentrar na questão constitucional porque não era de sua competência.

> *Processual civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Tributário. Crédito-prêmio do IPI. Extinção.*

Então ela diz:

> 1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsp 396.836/RS (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, *DJ* de 8-3-2006), acolheu a tese no sentido de que o crédito-prêmio do IPI foi extinto em 5 de outubro de 1990.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ou seja, a Relatora faz remissão ao julgamento que não é este.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): E mais:

> 2. O prazo prescricional das ações que objetivam o recebimento do crédito-prêmio do IPI é quinquenal, regido pelo Decreto 20.910/32, porquanto não se trata de compensação ou de repetição de indébito tributário.
> 3. Na hipótese, malgrado o TRF da 4ª Região (...)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ou seja, neste caso, aqui, o TRF da 4ª Região teria adotado a tese no sentido de que o incentivo fiscal foi extinto em 30 de junho de 1983.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Foi extinto em 30 de julho de 1983, mostra-se indiferente à aplicação do entendimento da corrente majoritária.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Então, neste caso – eu fiz, rapidamente, um levantamento, não tenho a apelação – o juiz de primeira instância – era um mandado de segurança preventivo, impetrado em 2002 – não acolheu a tese. Apelaram. O Tribunal Regional manteve a decisão no sentido de que, se extinguiu em 1983, a apelante, ora recorrente, não tinha razão. Entra-se com o recurso especial. No recurso especial, eles não adentram a questão especificamente, porque dizem que até tem um julgado que falava em 90, o que para nós não tem importância, porque, no presente caso, foi fixado em 1983, razão pela qual é

manifesta a ocorrência da prescrição. Não entraram. Portanto – e volto a dizer –, o Ministro Marco Aurélio, inicialmente, foi ao ponto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Se Vossa Excelência me permite, a prescrição não mereceria ser examinada pelo Supremo de forma solteira. Dependeria de assentar-se o direito, após o termo final apontado pelo Relator, ou seja, o término dos dois anos que se seguiram à Constituição.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Exatamente. Neste caso, como eles haviam fixado em 83, não se chegava ao 41.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Penso que não é objeto direto do recurso o instituto da prescrição, mesmo porque não tem disciplina constitucional.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu estou dizendo, exatamente, que não se chegaria à matéria constitucional.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não desafiaria o recurso extraordinário.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Se Vossas Excelências me permitirem, a Ministra Cármen Lúcia tem razão, porque eu tenho em mãos, como documento de reprodução da causa, apenas o que diz respeito ao RE 577.302. Este parece-me ser recurso incognoscível. Por quê? Porque o acórdão é textual: faz referência ao julgamento da primeira sessão, dizendo que o crédito foi extinto em 5 de outubro de 90 e, em seguida, adverte que a tese mencionada não foi superada, porque sobre o tema é preciso esclarecer o seguinte. Aí dá as três posições adotadas, ao longo do tempo, pelo STJ; as três. E diz mais: como a decisão *a quo* declarou que o crédito foi extinto em 1983, não interessa examinar a aplicação do art. 41, § 1º, porque o caso é de prescrição. Em outras palavras, o acórdão não entrou na consideração – que, a meu ver, estava dentro da sua competência de aplicar o art. 41 da Constituição, pois aplicar a Constituição é competência de qualquer juiz, porque, para ter entrado, precisaria, primeiro, haver afirmado que o benefício era de caráter setorial. Se não o fez, simplesmente passou ao largo da questão do art. 41. O objeto semântico principal do art. 41 é a questão sobre a extensão do conceito de benefício setorial. Neste caso, decretou em 83, está prescrito.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: A jurisprudência do Supremo é no sentido – e eu posso citar alguns aqui: RE 191.454, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; 178.215, Rel. Min. Moreira Alves – de que, quando se mantém a decisão da instância anterior – conforme o Superior Tribunal manteve – ou quando não se conhece, a matéria fica sujeita ao que foi conhecido; portanto em 83. Nós não teríamos o conhecimento, porque essa matéria não teria chegado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O que não significa que a tese do eminente Relator não possa ser aproveitada para os outros casos que estão em julgamento; agora, este aqui, parece-me ser caso de não conhecimento.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Aí, nos outros casos, eu leio para Vossa Excelência a de um recurso extraordinário.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Em relação a esse que está aí?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Em relação a esses, não; em relação aos outros, até antecipo...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, a prescrição é a única matéria tratada nesse processo referido por Vossa Excelência?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Só.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Mas, vejam, eminente Pares. O que está sendo discutido, e eu entendi que seria matéria que deveríamos enfrentar, é o seguinte, segundo o recorrente.

O incentivo fiscal à exportação, tratado no art. 1º do Decreto-Lei 491 é de natureza geral em contraposição a setorial.

Este, sim, atingido pelo art. 41 do ADCT, porque, desde a primeira instância, desde o mandado de segurança inicial, ele vem pleiteando o crédito a partir de 92. Mas aí vem a primeira instância, diz que é 83, vem o TRF diz que é 83; vem o STJ e diz: seja 83 ou seja 90, de qualquer forma, está prescrita a matéria. Mas ele reafirma a tese de que a interpretação do art. 41 do ADCT lhe permite continuar insistindo no crédito para além do de 90.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): De qualquer sorte, temos matéria nos outros recursos extraordinários para discutir propriamente a aplicação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O que nos leva, Senhor Presidente – de certo modo estou antecipando o meu voto, aqui – a fazer uma distinção. Entendo que – se os demais objetos de recurso extraordinário o permitem –, se a Corte assentar, se for esse o entendimento, que não foi extinto antes por norma infraconstitucional – e não é competência nossa examiná-la –, o terá sido, pelo menos, em 1990, pela incidência do 41, § 1º, do ADCT. Isso terá consequências práticas relevantes.

Noutras palavras, talvez se devesse encarar a questão sob esse ponto de vista, inclusive condicional, porque tem repercussões importantes.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Poderá surgir em outros processos.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É uma modulação.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Poderia a Fazenda ter recorrido.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Tudo isso tem repercussões importantes.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: A verdade é que essa matéria não foi enfrentada, portanto; o ora recorrente perdeu em todas as instâncias lá em 83 e o Supremo estaria estendendo até 90. Neste caso, aqui, na primeira instância, na apelação e no recurso especial, ficou para ele que seria 83 e que, portanto, ele não tinha direito a nada. Para a gente chegar a fixar isso...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Ministro Cezar Peluso ressalta que há um recurso que não conduz matéria constitucional.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O STJ disse mais, que ele não aproveitava, sequer, a tese de 90, porque já haveria prescrição.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Esse recurso não conduz matéria constitucional.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Aí não tem matéria constitucional para conhecermos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): De qualquer maneira, qualquer que fosse a decisão do Supremo, neste caso, não aproveita o recorrente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não aproveita ao recorrente; aqui lhe não aproveita em hipótese alguma.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Não aproveita. Não há dúvida de que não aproveita.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A nossa dificuldade é esta: não podemos dizer que foi extinto em 90, porque para dizermos que o foi em 90, teremos de dizer antes, interpretando a legislação infra, que não o foi em 83.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Exatamente.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: E, neste caso, quem tinha competência para dizer, já disse.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Constitucionalmente, à luz da Constituição, o crédito-prêmio foi extinto em 90.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Isto é, se não foi antes, por lei infraconstitucional.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Quando eu digo constitucionalmente, já delimitei, já precisei o alcance do juízo decisório.

O Sr. Ministro Eros Grau: Só que, neste caso, não podemos apreciar.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Neste caso, não cabe apreciar nada, é não conhecer do recurso.

O Sr. Ministro Eros Grau: Mas não se aprecia isso. O que preceda a questão de 83. Então vamos apreciar nos outros dois.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): *Data venia*, vou conhecer, porque essa matéria, implicitamente, vem sendo discutida desde a primeira instância. Quer dizer, ele pode não ter feito referência expressa ao art. 41.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não houve debate e decisão prévios no Superior Tribunal de Justiça. O recurso padece da ausência do prequestionamento.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Mas no momento em que ele pretende o creditamento, a partir de 92, evidentemente que ele tem em mente o art. 41 do ADCT. Isso que é o cerne de toda a questão.

Agora, com relação à prescrição, tenho um pouco de receio, em sede de recurso extraordinário, de declará-la, desde logo, porque, primeiro, temos sempre assentado que a matéria é infraconstitucional. Em segundo lugar, como já disse, isso depende, muitas vezes, do revolvimento de fatos, de provas, de documentos,

que é impossível de se fazer no recurso extraordinário, porque é possível que tenha havido alguma causa interruptiva, que tenha entrado, enfim, algum procedimento, ou o recorrente com algum procedimento administrativo, não sei.

Estou assentando, aqui, esta tese, porque entendo, como disse ao afastar as preliminares, que esta matéria vem sendo, implicitamente ou explicitamente, a partir do STJ, discutida desde a primeira instância.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, se Vossa Excelência assenta que o termo apenas se deu dois anos após a Carta de 1988, por consequência, neste caso, deve reconhecer o direito às parcelas compreendidas no período.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Até porque o mandado de segurança foi impetrado em 2002.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Como o tema não foi objeto de julgamento no Superior Tribunal de Justiça, não podemos conhecer desse recurso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Por isso é que eu disse que tem relevância prática, muita relevância.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Em relação a este recurso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A esse, daí a necessidade de destaque.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Na verdade, poderíamos separar este recurso, tratarmos apenas daqueles que o Ministro Cezar Peluso debate. Depois, encaminharemos a solução.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É, separar este recurso. Se nos outros a matéria foi discutida, sim.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Até imaginei que essa seria uma questão de debate muito acalorado. Num primeiro momento, pensei em deixá-lo de lado, porque isso atrapalharia esta parte – se me permite – um pouco mais nobre, que é definir o termo final da vigência.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Nos outros, houve a questão em si. Está bem. Então, vamos fixar a tese, independente do conhecimento deste.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vamos nos cingir àqueles dois outros recursos extraordinários, deixamos este.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Senhor Presidente, na medida em que assentamos a tese, eu estaria propenso a conhecer, porque todas as intercorrências de natureza processual serão discutidas desse jeito, em fase de execução.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, o sistema é que fica prejudicado, porque não atuamos como simples órgão revisor.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Temos de definir quando foi extinto. Para definir quando foi extinto, temos de interpretar a legislação infraconstitucional para dizer que não foi extinto antes.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Abriremos um precedente perigoso.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): E foi exatamente o que fizemos.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: É um exercício indispensável.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Claro que não podemos fazer isso, não podemos.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Foi exatamente o que fizemos, estamos fazendo isso. Eu disse que a prescrição é uma matéria que só podia ser examinada ao final, porque, se tivéssemos dito e se assentarmos – e é possível que assentemos isso em Plenário – que o crédito-prêmio se mantém hígido até os dias de hoje, então não há que se cogitar de prescrição.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Por isso a minha proposta é que examinemos a questão sob esse ponto de vista. Se for tal o entendimento da Corte, esta fixa o seguinte: se não foi extinto antes, terá sido extinto, pelo menos, em 1990, com incidência da norma constitucional; mas bem pode ter sido extinto antes, segundo o entendimento das Cortes competentes para decidir essa matéria infraconstitucional.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A conclusão do Superior Tribunal de Justiça de que não foi extinto em 1983 não é passível de modificação, porque exige o exame de normas estritamente legais. Podemos analisar essa matéria para uma única consequência, que é questionar a incidência, ou não, do art. 41, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Eu refleti sobre esse tema: por que estamos e podemos pensar em ingressar na matéria dita infraconstitucional? Porque houve, de forma intercorrente, duas decisões do Supremo Tribunal Federal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A matéria infraconstitucional, aqui e para nós, é fato.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Por que estamos analisando essa sequência de decretos-leis? Porque houve um determinado momento em que o Supremo Tribunal Federal declarou, em parte, inconstitucional esse decreto. E nós temos que extrair dessas declarações de inconstitucionalidade todas as consequências. Isso é, sim, matéria constitucional? É sobre isso que o Plenário do Supremo tem de se debruçar, porque, se não existissem essas decisões de inconstitucionalidade, relativamente a esses dois decretos aos quais fiz referência, não teríamos, necessariamente, que fazer qualquer alusão a essa sequência de normas infraconstitucionais. Mas temos de determinar o alcance dessa nossa decisão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A Ministra Cármen Lúcia está ansiosa pela vista!

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não. Ministro, a declaração de inconstitucionalidade do Supremo referiu-se à delegação feita aos Ministros para expedição daquelas duas portarias.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Pois é. E qual consequência disso? Há uma consequência e nós temos que examiná-la. Só nós que podemos examinar a consequência.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: É consequência a nulidade.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Tanto que a motivação foi que teria havido agravo ao impedimento constitucional de confusão entre os Poderes. Foi só isso.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Mas só o Supremo Tribunal Federal que pode analisar.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Tanto que a Resolução 71/2005 do Senado, que, na segunda parte, trata de matéria completamente diferente, dizendo algo que o Supremo não falou de jeito nenhum, é expressa: suspendem-se aquelas expressões que – Rel. p/ o ac. o Min. Marco Aurélio – tinham sido declaradas inconstitucionais. E só isso.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Mas é o Plenário que tem de tirar as consequências disso. Ninguém mais. Essa é uma interpretação mais do que autêntica.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministro Ricardo Lewandowski, creio que não haveria nenhum prejuízo para a posição de Vossa Excelência admitir, pelo menos inicialmente, que afastássemos a apreciação, o conhecimento, deste recurso extraordinário – pelo menos há a suspeita de que ele não versa questão propriamente constitucional – e nos pronunciaríamos. Penso que não há nenhuma dificuldade.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Perfeitamente, Presidente. Não quero me perder na questão da prescrição, porque penso ser uma questão menor, realmente, e temos outros dois que podem ser a questão central, aqui – e é importante que o Supremo defina –, é o prazo de vigência desse crédito-prêmio, porque são bilhões que estão envolvidos. Se ficarmos numa questão processual, aqui, penso que não estaremos cumprindo, *data venia*, o nosso papel.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas isso parece que está claro, porque há pelo menos referência a três embargos de divergência do Superior Tribunal de Justiça que assentaram isso.

Então, não ficará nenhuma questão por resolver. O Tribunal competente para examinar a matéria, no plano infraconstitucional, já assentou a jurisprudência.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Sem dúvida, inclusive nesse recurso extraordinário. Eu não me oponho, Senhor Presidente.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: E o Ministro Relator tem toda a razão. O art. 41 precisa ser resolvido quanto a esse crédito-prêmio.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Não me oponho que, temporariamente, deixemos de lado a conclusão do RE 577.302 e chamemos os outros dois recursos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É só isso, porque depois debateremos as consequências em relação a esse recurso, se for o caso.

Agora, outra questão que eu proporia aos nobres Ministros – e vejo já o Ministro Carlos Britto olhando-me com ar severo, tendo em vista a eminência de começar a sessão no Eleitoral – é que passássemos o julgamento, então, para sessão de quarta-feira.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não sei, Senhor Presidente. Penso que todos já temos opinião formada sobre a matéria. É bom liquidarmos isso hoje. Penso que podemos ser mais breves.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O voto da Ministra Cármen Lúcia é longo. Estou vendo que é composto de várias folhas!

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Farei juntar o voto, porque minha conclusão é igual.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, também acompanho o eminente Relator, e o meu fundamento é breve.

O adjetivo "setorial", no art. 41, não é palavra ambígua; é só palavra de extensão ampla, capaz, por isso mesmo, de abranger várias subclasses de contribuintes, segundo sua situação no âmbito da economia – dependerá do ângulo em que se coloque o intérprete. De tal modo não haver nada que impeça de ser ela aplicada convenientemente ao conjunto dos exportadores, sejam eles pertencentes à industria, ao comércio, sejam eles pertencentes à produção em si.

O que me parece é que esse adjetivo aqui, a sua restrição, a sua limitação semiológica vem do fato de que se opõe a dois outros significados: a um de caráter geral, isto é, incentivo fiscal geral que abrangesse a todos os operadores da economia e, portanto, a todos os contribuintes – não é o caso, porque todos os não exportadores estão excluídos –, ou, então, se opõe também a incentivo regional, no sentido de que leva em conta, não a posição dentro da economia, mas a posição geográfica ou territorial desses mesmos agentes.

Noutras palavras, se foi essa a interpretação – e parece que foi – que o egrégio Superior Tribunal de Justiça deu ao art. 41, estou em que não violou a Constituição, porque a palavra comportava tal entendimento, assim como comporta a aplicação para outros benefícios que não estão em discussão na causa.

De modo, Senhor Presidente, que acompanho o eminente Relator, com esta ressalva: se não foi extinto antes, eventualmente, por alguma lei infraconstitucional, está extinto, certamente, a partir da incidência do art. 41, § 1º, do ADCT.

ESCLARECIMENTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, farei também juntar voto escrito, mas gostaria de tecer umas breves considerações.

O Ministro Teori Zavascki, quando relatou o Recurso Especial 591.708, ou seja, o precedente reiteradamente citado, que reverteu a posição no STJ, fez referência expressa a um julgado do Tribunal Federal da 4ª Região, de que fui Relatora, em que já expunha a posição que ainda mantenho. Dizia naquela ementa desse acórdão:

> 1. O Plenário deste Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade do Decreto-Lei n. 1.724/1979 e do inciso I do artigo 3º do Decreto-Lei n. 1.894/1981 (Arguição de Inconstitucionalidade n. 90.04.11176-0 /PR).
>
> 2. O artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.894/1981 não restaurou o regime do artigo 1º do Decreto-Lei 491/1969, mantido o prazo fatal de 30-6-1983 para extinção do crédito-prêmio do IPI.

Verifico, como os Colegas, que infelizmente não podemos voltar, neste caso específico, ao exame desta matéria – o Ministro Marco Aurélio bem assinalou – na medida em que não houve nenhum recurso da Fazenda Nacional contra a decisão.

No entanto, é bom que se diga, a favor da Fazenda Nacional, que, até pelo menos 1996, a estratégia de defesa desse órgão era prejudicada pelas próprias atuações do Poder Executivo, encaminhando sucessivos projetos legislativos alterando a matéria. Portanto, até então, realmente, a defesa da Procuradoria ficava, de certa forma, prejudicada.

Mas, então, superada essa questão, eu indago ao eminente Relator se irá acatar a sugestão do Ministro Cezar Peluso de afirmarmos que, se por acaso não revogada, não mantida a data de 1983 para a extinção, pelo menos, a partir de 1990, por força da incidência do 41, estará.

De modo que eu mantenho, com relação à questão de que nós não estamos conhecendo – aquela minha posição antiga. E, com relação à questão semântica de se tratar ou não de um incentivo setorial ou regional – também acompanho o eminente Relator, porque esse é claramente um tipo de incentivo que protege o setor exportador. É essa a finalidade para a qual ele foi criado.

Então, com essas breves considerações, acompanho integralmente o voto do Relator.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Ainda quando jurisdicionava no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tive a ocasião de examinar a matéria objeto do presente recurso e, conforme transcrito pelo Ministro Teori Albino Zavaski no relatório do Recurso Especial 591.708 (*leading case* da nova orientação do STJ sobre a matéria), assim me manifestei perante aquela Corte regional:

> *Tributário. IPI. Crédito-prêmio. Artigo 1º do Decreto-Lei 491/1969. Inconstitucionalidade do Decreto-Lei 1.729/1979 e do artigo 3º, inciso I, do Decreto-Lei 1.894/1981.*
>
> 1. O Plenário deste Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade do Decreto-Lei 1.729/1979 e do inciso I do artigo 3º do Decreto-Lei 1.894/1981 (Arguição de Inconstitucionalidade n. 94.04.11176-0/PR).

2. O artigo 1º do Decreto-Lei 1.894/1981 não restaurou o regime do artigo 1º do Decreto-Lei 491/1969, mantido o prazo fatal de 30-6-1983 para a extinção do crédito-prêmio do IPI.

3. Apelação e remessa oficial providas para julgar improcedente a ação, invertendo os ônus da sucumbência.

2. Não é outra atualmente minha compreensão sobre o tema, em que pesem os substanciosos memoriais que nos foram apresentados e as brilhantes sustentações orais que tivemos a oportunidade de ouvir na sessão de hoje.

Tudo porque entendo que a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis 1.724/1979 e 1.894/1981 não decorre da revogação do Decreto-Lei 1.658/1979 (e do Decreto-Lei 1.722/1979), norma que inicialmente havia estabelecido a extinção do incentivo fiscal em 30-6-1983.

A declaração de inconstitucionalidade não tem esse efeito porque: (1) o Decreto-Lei 1.894/1981 não revoga o Decreto-Lei 1.658/1979; (2) o Decreto-Lei 1.894/1981 não regulou completamente a matéria, nem fez referência à data de extinção do crédito-prêmio do IPI; e (3) não há incompatibilidade entre os dois decretos. O segundo apenas estendeu aos fabricantes que não promovem diretamente a exportação, mas o fazem através de *tradings*, o mesmo benefício.

Por tais razões, não fosse a impossibilidade de *reformatio in pejus*, iria mais além que o eminente Relator, para, também no presente caso, afirmar que o direito ao creditamento de IPI extinguiu-se em 30-6-1983.

3. Diga-se, porém, em favor da defesa dos cofres públicos, que, pelo menos até 1996, a Procuradoria da Fazenda não podia, efetivamente, traçar uma estratégia de defesa absolutamente coerente, dadas as tantas tergiversações que sobre o tema protagonizava o Poder Executivo.

4. É necessário, portanto, acompanhar o eminente Relator para afirmar que, se acaso não houvesse sido extinto à data prevista (30-6-1983), na pior das hipóteses, o referido incentivo fiscal se teria esgotado no prazo que fixou o art. 41, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ou seja, dois anos após a promulgação da nova carta constitucional (5-10-1990).

5. O incentivo em tela é de caráter setorial, sem sombra de dúvidas. Destinava-se ao estímulo do setor exportador de manufaturados. Por isso se enquadra nas disposições do art. 41 do ADCT. Quando a Constituição fala em *incentivos fiscais de natureza setorial*, não está pretendendo referir-se a subsetores da economia ou do setor produtivo industrial, como pretendem as empresas concorrentes. A expressão "setorial" contrapõe-se à "regional", dada a natureza dos incentivos destinados a compensar as desigualdades regionais brasileiras. Ademais, a extinção gradativa dos benefícios setoriais atende aos compromissos multilaterais firmados pelo Brasil no âmbito do GATT. Requisito básico para o desenvolvimento do livre comércio é a redução progressiva de tarifas, e a ausência de tratamento privilegiado para o produto nacional de procedência determinada.

6. Especialmente significativo para a demonstração desse fato é o texto da Lei 8.402/2002, editada para dar cumprimento ao § 1º do art. 41 do ADCT. Essa

Lei, que restabelece incentivos fiscais, não faz qualquer referência ao incentivo constante do art. 1º do Decreto-Lei 491/1969. Portanto, há de se concluir que, não houvesse esse regime expirado em 30-6-1983, ele, sem dúvida, estaria extinto, por força da disposição constante do § 1º do art. 41 do ADCT, em 5-10-1990.

7. Considerando-se, no caso dos autos, a data da propositura da ação, 27-8--2004, é necessário averbar a prescrição da pretensão deduzida nestes autos, nos termos do que dispõe o Decreto 20.910/32.

8. Ante o exposto, acompanho o eminente Ministro Relator para **conhecer do recurso e negar-lhe provimento**.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, por atuar até mesmo como vogal e ter pouco tempo para redigir votos nos processos a mim distribuídos, não conto, na bancada, com pronunciamento escrito e proferirei voto de improviso.

A postura da União – penso – sempre foi de resistência a esse benefício; resistência a partir da premissa de que ele teria findado em 1983. E, sucessivamente, considerado o princípio da eventualidade, a possibilidade de se alijar esse termo final, houve a resistência, presente a data de 5 de outubro de 1990, ou seja, o transcurso de dois anos da vigência da Carta de 1988 sem a edição da lei versada no § 1º do art. 41 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Senhor Presidente, não posso deixar de tecer algumas considerações – mesmo porque o fez o Relator – quanto a fatos. Rotulo como fatos o que revelado pela legislação ordinária.

O Decreto-Lei 491/1969, que realmente introduziu o benefício, tem como nomenclatura e como designação do respectivo conteúdo "estímulos fiscais à exportação". Então, vem a especificação – muito importante, até para considerarmos o alcance daquele outro que é setor: "incentivo alusivo a setores" – "exportação de manufaturados". Houve a disciplina da matéria, no art. 1º, quanto a fabricantes e exportadoras de produtos manufaturados e acabou-se, mediante o art. 4º, por estender o benefício a outros contribuintes, ao dispor que também teriam direito ao benefício os fabricantes de produtos industrializados, visada, sempre e sempre, a exportação – aqui há um estímulo, já que todo prêmio o é –, efetivada por intermédio de empresas exportadoras, de cooperativas, de consórcios, de produtores, de consórcios de produtores ou de entidades semelhantes.

O Decreto-Lei que se seguiu, o número 1.248/1972, não modificou esse panorama. No Decreto-Lei 1.654, de 24 de janeiro de 1979, é que realmente se previu sistemática para a diminuição sequencial do benefício, tendo em conta a unidade de tempo e também percentuais. Em 1979, segundo esse último decreto, o término seria em 30 de junho de 1983, mas o Decreto-Lei 1.722, de 3 de dezembro de 1979, cuidou, novamente, da questão da diminuição do benefício e do término. Editou-se, é certo, um outro Decreto-Lei, o de número 1.724, de 7 de dezembro de 1979, que poderia ter o alcance – não houvesse o Supremo

declarado inconstitucional a delegação contemplada – de afastar aquele termo final que se mostrou 1983. Esse decreto-lei ficou esvaziado, sob o ângulo da eficácia, no que o Supremo afastou a possibilidade de entender-se constitucional delegação ao Ministro de Estado da Fazenda para vir a aumentar, a reduzir, temporária ou definitivamente, ou a extinguir os estímulos fiscais de que tratam – e, aí, o autor desse decreto-lei reportou-se àquele de 1979, que versou o benefício. Seguiu-se o Decreto-Lei 1.894/1991, e não ocorreu modificação quanto a esse.

O Relator – perdoe-me Sua Excelência, por divergir – vislumbrou, no Decreto-Lei 2.413, de 10 de fevereiro de 1988, extensão como que indireta do benefício a esse ano, ao ano de 1988, a 10 de fevereiro – data anterior, portanto, à promulgação da Carta.

Acontece que o art. 1º desse decreto-lei apenas versou a problemática da tributação sob o ângulo do imposto de renda, sem mesmo especificar qual seria o lucro decorrente de exportações incentivadas, sem especificar o que se teria como incentivo à exportação. Por isso, não posso, sob pena de passar a atuar como legislador positivo, entender que ocorreu, aqui, a projeção no tempo, até 1988, até essa data, do benefício do Decreto-Lei 491/1969.

Senhor Presidente, resta o exame do alcance do art. 41, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Não bastasse o histórico, mencionado pelo Relator, dos trabalhos da Assembleia Constituinte, verificamos que o vocábulo "setor" não é sinonímia de "subsetor". Pelo que me lembro, no art. 74 da Carta da República, o vocábulo setor é utilizado quanto ao público e ao privado. Ambos têm abrangência, todos sabemos, bem maior do que a sustentada.

Não posso deixar de considerar a interpretação sistemática dos diversos dispositivos da Constituição Federal. E, indo ao Aurélio, não o Marco, mas o Buarque de Holanda Ferreira, vejo que o sentido desse vocábulo "setor" é abrangente:

> S. m. 1. Subdivisão de uma região, zona, distrito, seção, etc.: 3. Esfera ou ramo de atividade; (...)

Indago: qual seria a atividade? Respondo: a de exportação de manufaturados. Evidentemente, o art. 41, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias encerra prazo alusivo a período de transição para vigência dos incentivos criados até aquela época. Previu-se uma condição resolutiva negativa que, tendo vindo à balha – inexistência de lei versando o incentivo –, impôs o término desses mesmos incentivos.

Por isso, acompanho o Relator, entendendo que a decisão do Superior Tribunal de Justiça não vulnera o art. 41, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Examinei a legislação ordinária apenas para revelar – como o fez o Relator – o alcance dos fatos envolvidos na espécie, chegando, portanto, à definição da matéria, sob o ângulo constitucional, no sentido de que não houve, com a prolação do acórdão, ou dos acórdãos, do Superior Tribunal de Justiça, transgressão ao mencionado art. 41, § 1º. Não posso partir para reforma

prejudicial aos contribuintes recorrentes e fixar, como revelador do término do benefício, não o ano de 1990, mas o de 1983.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), os contribuintes, a esta altura, já estão também a salvo da repetição do indébito quanto ao crédito.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), esse, sim, teria a vigência projetada. Com a declaração de inconstitucionalidade ficou esvaziado.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Eu preciso fazer um esclarecimento, Senhor Presidente, revendo aqui, eminente Ministro Celso de Mello, tenho dúvidas quanto à aventada *reformatio in pejus*, vários eminentes Pares levantaram, porque os três pedidos pedem a compensação dos créditos, apenas, a partir de 1990, nenhum retroage a 83.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vossa Excelência vota, portanto, na linha do voto do Ministro Marco Aurélio?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), não acompanho o Relator porque não afirmo que o benefício terminou dois anos após a Carta de 1988. Simplesmente não vislumbro, na decisão proferida, já que não posso partir para reforma prejudicial aos recorrentes, transgressão à Carta da República. Desprovejo o recurso.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Vossa Excelência, portanto, nega provimento, porque entende que não houve ofensa ao art. 41, § 1º?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ao art. 41, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, já que não posso adentrar o campo do exame do preceito a ponto de beneficiar a recorrida, que é a União.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Apenas divergimos na fundamentação, mas, na parte dispositiva, confluímos, ambos, no mesmo sentido.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Esclareço para o ponto de vista ficar estampado no acórdão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Na fundamentação do entendimento de Vossas Excelências, com a declaração de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não tivemos a prorrogação pelo Ministro de Estado da Fazenda. Não sei se ele chegou a fazê-lo, mas deve ter praticado atos, a partir daquela autorização, que caíram, portanto.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Quanto ao terceiro recurso extraordinário ficará ele para ser apreciado numa próxima sessão?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Na quarta vindoura.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vamos proclamar só esses dois.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Também vou me manifestar nesse sentido.

Foi citado, inclusive, da tribuna, que, no julgamento do RE 208.260, eu havia deixado registrado em *obiter dictum* entendimento de que os dispositivos que previram a gradual extinção do crédito-prêmio do IPI até 30 de junho de 1983 mantiveram-se em pleno vigor, mesmo após a edição dos Decretos-Leis 1.724/1979 e 1.894/1981.

Desse modo, desde a referida data, 30 de junho de 1983, não mais fazem jus ao mencionado incentivo fiscal. Nem entendo que aqui se cuide de questão puramente legal. Por quê? Porque, na verdade – como foi especialmente mencionado no voto do Ministro Marco Aurélio e agora no voto do Ministro Celso de Mello –, nós estamos a discutir os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade. Por isso pode haver, mas não é esse o objeto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Considerando um fato jurisdicional.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): De qualquer sorte, poderia haver, sim, uma discussão constitucional.

Esse é sempre um problema na teoria do Direito Constitucional, especialmente a teoria da questão do controle de constitucionalidade, porque consagramos sempre a ideia do princípio da nulidade, mas, em geral, ele não está inscrito na Constituição. E, a partir disto, então, vem o debate – entre nós temos falado que o princípio da nulidade da lei inconstitucional é um princípio implícito, não escrito.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Daí o entendimento, manifestado por alguns, de que o art. 27 da Lei 9.868/1999 seria inconstitucional.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Exatamente. Este é o debate que se coloca. Mas, só para rememorar nesse quadro, lembrando que não tem efeito no contexto, uma vez que o recurso extraordinário fere a questão à luz do 41, § 1º, e deixar, então, fixada esta orientação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Simplesmente, não se glosa, Presidente, a Justiça Salomônica!

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vou também acompanhar, nesse ponto, o brilhantíssimo voto do eminente Relator, assentando, se já eventualmente não estivesse revogado, que certamente o foi com base nesta cláusula, e esse é o único objeto aqui do recurso extraordinário.

EXTRATO DA ATA

RE 577.348/RS — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Recorrente: Conservas Oderich S.A. (Advogados: Fernanda Guimarães Hernandez e outros). Recorrida: União (Procurador: Procurador-Geral da Fazenda Nacional).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário. Deliberou, ainda, o Tribunal a aplicação do art. 543-B, do Código de Processo Civil, vencido no ponto o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, licenciados, os Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Falaram, pela recorrente, o Dr. Antônio Nabor Areias Bulhões e, pela recorrida, o Dr. Fabrício da Soller, Procurador da Fazenda Nacional.

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 e Cármen Lúcia. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 13 de agosto de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 677.191 — GO

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Agravante: Banco de Sangue Modelo de Anápolis Ldta. — Agravada: União

Tributário. PIS. Lei Complementar 7/1970: Legitimidade da cobrança após a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis 2.445/1988 e 2.449/1988. Resolução do Senado Federal 49/1995. Efeito repristinatório.

1. O Supremo Tribunal Federal possui o entendimento consolidado no sentido de que é legítima a cobrança da contribuição ao PIS, na forma disciplinada pela Lei Complementar 7/1970, no período compreendido entre a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis 2.445/1988 e 2.449/1988 e a entrada em vigor da MP 1.212/1995. Precedentes.

2. A Resolução do Senado Federal 49/1995, que conferiu efeitos *erga omnes* à decisão proferida no RE 148.754/RJ, Rel. p/ o ac. Min. Francisco Rezek, Tribunal Pleno, *DJ* de 4-3-1994, fez exsurgir a LC 7/1970, numa espécie de efeito repristinatório, de forma que tal norma voltasse a produzir seus efeitos. Precedente.

3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Eros Grau, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 8 de junho de 2010 — Ellen Gracie, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de agravo regimental interposto da decisão (fls. 120-121) que negou seguimento a agravo de instrumento, ao fundamento de que o acórdão recorrido não divergira do entendimento firmado por esta Corte no julgamento do RE 232.896/PA, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, por maioria, *DJ* de 1º-10-1999.

2. A parte agravante sustenta, em síntese, que "a suspensão de eficácia da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, em via de defesa, por meio da Resolução do Senado deve estar adstrita à sua eficácia, no entender da agravante, haja vista não ter ocorrido, por meio da tal resolução, a revogação da norma declarada inconstitucional" (fl. 131).

Alega, ainda, que a Constituição Federal atribui ao Senado Federal apenas "o condão de suspender a execução, não lhe estendendo efeitos repristinatórios à legislação anteriormente vigente, pois a legislação suspensa não foi anulada [*rectius*: extirpada do mundo jurídico, em equivalente à declaração de nulidade do ato jurídico]" (fl. 131).

3. Instada a se manifestar (fl. 134), a parte agravada pugna pelo improvimento do presente recurso, aduzindo o seguinte:

> Em verdade, a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, tarefa atribuída ao Senado Federal, tem o condão de tornar aplicável a declaração de inconstitucionalidade a todos aqueles que não ingressaram com ações individuais.
>
> (...)
>
> Dessa forma, aplicando a decisão do Supremo Tribunal Federal, nítida é a existência de repristinação, fazendo incidir a exação nos termos da Lei Complementar 7/70 até o fim do período de anterioridade nonagesimal da MP 1.212/95 (fevereiro/96).
>
> (Fl. 140.)

4. O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do agravo regimental (fls. 147-152).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. A decisão impugnada não merece reforma, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

2. O presente recurso não merece prosperar. O Supremo Tribunal Federal possui o entendimento consolidado no sentido de que é legítima a cobrança da contribuição ao PIS, na forma disciplinada pela Lei Complementar 7/1970, no período compreendido entre outubro de 1995 e março de 1996. Nesse sentido, menciono os seguintes julgados: RE 179.501-ED/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, unânime, *DJ* de 16-2-1996; RE 214.229-ED/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, unânime, *DJ* de 17-4-1998; AI 713.171-AgR/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, unânime, *DJE* de 7-8-2009; e RE 479.135-AgR/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, unânime, *DJ* de 17-8-2007, esse último assim ementado:

> Recurso extraordinário: descabimento.
>
> 1. Acórdão recorrido na linha do entendimento do STF da continuidade da exigência do PIS na forma da LC 7/1970, à vista da inconstitucionalidade dos Decretos-Leis 2.445/1988 e 2.449/1988: precedente (RE 169.091-7, Pleno, 7-6-1995, Pertence, *DJ* de 4-8-1995).
>
> 2. Questão relativa à constitucionalidade da MPr 1.212/1995 e suas reedições não apreciada pelo acórdão recorrido, porque não objeto do pedido inicial.
>
> 3. É da jurisprudência do Supremo Tribunal a constitucionalidade das alterações introduzidas pela MP 1.212/1995 e suas reedições (ADI n. 1.417, Gallotti, *DJ*

de 23-3-2001, RTJ 176/1026; RE 360.359, 10-12-2002, Primeira Turma, Moreira; RE 356.368-AgR, 29-4-2003, Segunda Turma, Maurício).

Quanto à questão do efeito repristinatório da Resolução do Senado Federal 49/1995, que conferiu efeito *erga omnes* à decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, o Ministro Cezar Peluso, no julgamento da Rcl 2.578-MC/SC, *DJ* de 17-9-2004, asseverou o seguinte:

> Em 9-10-1995, foi editada a Resolução do Senado Federal 49, que, com base no art. 52, X, da CF/1988, suspendeu a eficácia (execução) dos mencionados decretos-leis. Como tais decretos, dentre outras modificações, alteraram o regime de recolhimento e cálculo da contribuição para o PIS, da base de cálculo do sexto mês anterior ao do fato gerador (semestral) prevista na LC 7/1970 , para o valor relativo ao faturamento do mês anterior ao do pagamento, com a declaração de inconstitucionalidade e edição da Resolução do Senado Federal (que lhe atribui efeitos *erga omnes*) voltam a produzir efeitos as disposições revogadas (efeitos repristinatórios da decisão de inconstitucionalidade).

Nesse sentido, transcrevo o seguinte trecho do parecer do Ministério Público Federal:

> Em outras palavras, no controle incidental de constitucionalidade o Supremo Tribunal Federal atua como juiz da causa e não possui competência para retirar a executoriedade da lei, que pode, inclusive, ser aplicada por qualquer juízo ou tribunal; o papel da resolução do Senado é justamente conferir efeitos *ex nunc* e *erga omnes* à decisão proferida no caso concreto, aproximando o controle difuso do concentrado.
>
> Essa atribuição do Senado Federal é decorrência direta do princípio da separação dos poderes, pois a referida casa legislativa retira a eficácia da norma se lhe aprouver e em caso positivo, deve ater-se ao conteúdo da decisão proferida pela Suprema Corte.
>
> Por outro lado, a edição de resolução pelo Senado Federal suspendendo a eficácia de norma declarada inconstitucional no controle difuso pela Suprema Corte tem o efeito de exsurgir o ordenamento revogado pela norma inválida, numa espécie de efeito repristinatório.
>
> Desse modo, a edição da Resolução 49/95 do Senado Federal, que suspendeu os DL 2.445/88 e 2.449/88, teve o efeito de revigorar em sua inteireza a norma alterada, no caso, a Lei Complementar 7/70.
>
> Por isso, não merece prosperar o argumento no sentido de a suspensãp da norma inconstitucional pelo Senado não pode repristinar a norma anterior, pois isso resultaria em uma anomia cujo efeito seria a não incidência tributária.
>
> (Fls. 150-151.)

3. Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

AI 677.191-AgR/GO — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Agravante: Banco de Sangue Modelo de Anápolis Ltda. (Advogados: Dalmo Jacob do Amaral Junior e outro). Agravada: União (Advogada: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto da Relatora. Ausente, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa.

Presidência do Ministro Eros Grau. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie e Gilmar Mendes. Ausente, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 8 de junho de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

———

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

Ct Aborto: não caracterização. (...) ***Lei de Biossegurança.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Pn Absoluta ineficácia do meio: inocorrência. (...) ***Furto.*** HC 95.613 *RTJ* 211/420

PrPn Absolvição do réu. (...) ***Prova pericial.*** HC 92.845 *RTJ* 211/354

PrCv ***Ação cautelar.*** Descabimento. Efeito suspensivo a recurso extraordinário. Juízo de admissibilidade do RE pelo tribunal *a quo*: pendência. AC 2.347-AgR *RTJ* 211/204

Ct ***Ação civil pública.*** Controle difuso de constitucionalidade. Eficácia *erga omnes*. RE 511.961 *RTJ* 213/605

PrCv ***Ação civil pública.*** Improbidade administrativa. Ex-prefeito eleito deputado federal. Trânsito em julgado da condenação. Execução: incompetência do STF. Pet 3.923-QO *RTJ* 211/225

PrCv ***Ação civil pública.*** Improcedência. Ajuizamento pelo Ministério Público. Ônus da sucumbência: inadmissibilidade. Litigância de má-fé: não comprovação. Lei 7.347/1985, art. 18. RE 233.585 *RTJ* 212/653

PrCv ***Ação civil pública.*** Legitimidade ativa. Ministério Público. Interesses difusos e coletivos. Liberdade de expressão e de informação. CF/1988, arts. 127, *caput*, e 129, III. RE 511.961 *RTJ* 213/605

Ct Ação de repetição de indébito: imposto de renda pertencente a Estado-membro. (...) ***Competência jurisdicional.*** AI 577.516-AgR *RTJ* 212/566

PrSTF Ação declaratória de constitucionalidade. (...) ***Medida cautelar.*** ADC 18-MC-QO-terceira *RTJ* 213/11

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Aditamento à Lei 8.666/1993 por portaria. Portaria 2.814/1998-Ministério da Saúde, art. 5º, § 3º: suspensão cautelar. ADI 4.105-MC *RTJ* 214/311

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Cabimento. Ato normativo. Resolução 7/2007-Senado Federal: suspensão dos efeitos dos arts. 6º e 7º da Lei estadual 7.003/1990/SP e dos arts. 4º, 8º, 9º, 10, 11, 12 e 13 da Lei estadual 7.646/1991/SP. ADI 3.929-MC *RTJ* 213/423

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Cabimento. Emenda constitucional. ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Cabimento. Lei orçamentária: generalidade e abstração. Lei 11.514/2007, art. 100. ADI 3.949-MC *RTJ* 212/372

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Conhecimento parcial. Petição inicial. Causa de pedir explícita: necessidade. ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Descabimento. Cargo público: extinção. Censor federal: aproveitamento. Ato normativo de efeito concreto exaurido. ADCT da Constituição Federal/1988, art. 23. Lei 9.688/1998. ADI 2.980 *RTJ* 212/29

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Descabimento. Ofensa indireta à Constituição Federal. Lei estadual 1.126/2002/RO. ADI 2.876 *RTJ* 212/22

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Interpretação conforme à Constituição: pressupostos inocorrentes. Norma polissêmica: ausência. Decisão com efeito aditivo: impossibilidade. Lei 11.105/2005, art. 5º. ADI 3.510 *RTJ* 214/43

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Legitimidade ativa. Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON). Entidade de classe de âmbito nacional. Pertinência temática. CF/1988, art. 103, IX. ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

PrSTF Ação direta de inconstitucionalidade. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 4.049-MC *RTJ* 211/247 – ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Prejudicialidade inocorrente. Medida provisória: conversão em lei. Alteração substancial: ausência. Aditamento à inicial. Vício formal: não convalidação. ADI 4.049-MC *RTJ* 211/247

PrSTF Ação direta de inconstitucionalidade estadual. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 573.675 *RTJ* 211/536

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.*** Educação. Erradicação do analfabetismo. Inércia do presidente da República: inocorrên-

cia. Política pública para educação: implementação. Leis 9.394/1996 e 10.172/2001. ADI 1.698 *RTJ* 214/16

PrPn ***Ação penal.*** Inquérito policial: prescindibilidade. Investigação pelo Ministério Público. Teoria dos poderes implícitos. CF/1988, art. 129, I. HC 91.661 *RTJ* 211/324

PrPn ***Ação penal.*** Tipicidade penal: aferição. Princípio da insignificância: avaliação objetiva. Ofensividade mínima, ausência de periculosidade social, baixo grau de reprovabilidade e inexpressividade da lesão jurídica. HC 92.744 *RTJ* 211/350

PrPn ***Ação penal.*** Trancamento. Crime contra a propriedade industrial e crime contra a propriedade imaterial: fato único. Crime de ação penal privada: queixa não oferecida. Inquérito policial: arquivamento. Extinção da punibilidade: coisa julgada material. Crime de ação penal pública: absolvição sumária. Princípio da segurança jurídica. CPP/1941, art. 397, redação da Lei 11.719/2008. HC 94.982 *RTJ* 211/388

PrPn ***Ação penal.*** Trancamento. Justa causa: ausência. Crime contra a honra de magistrado. Elemento subjetivo do tipo: inocorrência. Advogado: imunidade judiciária. CF/1988, art. 133. HC 98.237 *RTJ* 214/472

PrPn ***Ação penal.*** Trancamento: descabimento. Indícios de autoria. Extinção da punibilidade: inocorrência. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Lei 7.492/1986, art. 5º. HC 93.733 *RTJ* 211/362

PrPn ***Ação penal.*** Trancamento: descabimento. Justa causa. Materialidade do crime e indícios de autoria. HC 91.661 *RTJ* 211/324 – HC 96.608 *RTJ* 212/509

PrPn Ação penal em fase adiantada no STF. (...) ***Denúncia.*** AP 470-QO3 *RTJ* 211/30

PrPn Ação penal pública. (...) ***Recurso especial.*** HC 95.128 *RTJ* 212/493

PrPn ***Ação penal pública condicionada.*** Representação do ofendido. Atuação *ultra vires* do Ministério Público: inadmissibilidade. Correlação entre a representação e a denúncia: necessidade. HC 98.237 *RTJ* 214/472

PrSTF Ação possessória: localização do imóvel. (...) ***Reclamação.*** Rcl 4.410-AgR *RTJ* 211/277

El ***Ação rescisória eleitoral.*** Descabimento. Acórdão rescindendo: declaração de elegibilidade pelo TSE. Decisão na ADI 1.459: ofensa inocorrente. Código Eleitoral/1965, art. 22, I, *j*, redação da LC 86/1996: interpretação. Rcl 8.989-MC *RTJ* 212/634

Ct Acidente de trabalho. (...) ***Competência jurisdicional.*** CC 7.545 *RTJ* 211/288

PrSTF Ações diretas de inconstitucionalidade. (...) ***Competência jurisdicional.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrSTF Acórdão de Tribunal de Justiça em controle concentrado. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 258.067 *RTJ* 212/656

PrCv Acórdão em conflito de competência. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 26.098 *RTJ* 212/400

El Acórdão rescindendo: declaração de elegibilidade pelo TSE. (...) ***Ação rescisória eleitoral.*** Rcl 8.989-MC *RTJ* 212/634

PrPn Acordo de delação premiada: efetividade. (...) ***Instrução criminal.*** AP 470-QO3 *RTJ* 211/30

PrSTF ADCT da Constituição Federal/1988, art. 23. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.980 *RTJ* 212/29

Trbt ADCT da Constituição Federal/1988, art. 41, § 1º. (...) ***Incentivo fiscal.*** RE 577.348 *RTJ* 214/541

PrPn Aditamento: inadmissibilidade. (...) ***Denúncia.*** AP 470-QO3 *RTJ* 211/30

PrSTF Aditamento à inicial. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.049-MC *RTJ* 211/247

PrSTF Aditamento à Lei 8.666/1993 por portaria. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.105-MC *RTJ* 214/311

Adm ***Administração pública.*** Improbidade administrativa. Conversão em crime de responsabilidade: impossibilidade. Dupla normatividade e objetivos constitucionais diversos. Lei 1.079/1950. Lei 8.429/1992. CF/1988, arts. 37, § 4º, e 85, V. Pet 3.923-QO *RTJ* 211/225

Adm Administrador da pessoa jurídica: previsão legal. (...) ***Responsabilidade administrativa.*** RMS 25.897 *RTJ* 211/293

Pn ***Advocacia.*** Exercício ilegal da profissão. Inscrição na OAB cancelada. Lei das Contravenções Penais, art. 47. HC 74.471 *RTJ* 211/299

PrPn Advogado. (...) ***Testemunha.*** AP 470-QO-QO *RTJ* 211/37

PrPn Advogado: imunidade judiciária. (...) ***Ação penal.*** HC 98.237 *RTJ* 214/472

Ct Agente político com prerrogativa de foro. (...) ***Competência originária.*** Rcl 2.138 *RTJ* 211/58

PrCv ***Agravo regimental.*** Jurisprudência assentada. Caráter abusivo. Litigância de má-fé. CPC/1973, art. 557, § 2º, c/c arts. 14, II e III, e 17, VII. RMS 25.595-AgR *RTJ* 213/506

PrPn Agravo regimental: ausência. (...) ***Habeas corpus.*** HC 98.304 *RTJ* 211/477

Ct Ajuizamento da ação pelo sucessor: irrelevância. (...) ***Competência jurisdicional.*** CC 7.545 *RTJ* 211/288

PrCv Ajuizamento pelo Ministério Público. (...) ***Ação civil pública.*** RE 233.585 *RTJ* 212/653

Trbt Alíquota: alteração. (...) ***Imposto de Exportação.*** RE 570.680 *RTJ* 213/693

Trbt Alíquota: majoração. (...) ***Contribuição social.*** RE 198.604-EDv-ED *RTJ* 211/498

Trbt Alíquota progressiva. (...) ***Contribuição para Custeio de Serviço de Iluminação Pública (COSIP).*** RE 573.675 *RTJ* 211/536

PrSTF Alteração substancial: ausência. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.049-MC *RTJ* 211/247

Ct Ampliação: vedação. (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Pn *Animus injuriandi vel diffamandi*: ausência. (...) ***Imunidade funcional.*** Inq 2.699-QO *RTJ* 211/211

PrPn Antecipação da pena: não ocorrência. (...) ***Sentença condenatória.*** HC 83.868 *RTJ* 212/458

PrSTF Antecipação de tutela. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 495.740-TAR *RTJ* 214/526

Ct Anuidade e mensalidade escolares: cobrança. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 1.042 *RTJ* 212/11

PrPn Apelação. (...) ***Júri.*** HC 94.052 *RTJ* 211/369

PrPn Apelação criminal: excesso de linguagem. (...) ***Processo criminal.*** HC 94.731 *RTJ* 213/527

Adm Aposentadoria compulsória de magistrado. (...) ***Processo administrativo disciplinar.*** MS 24.803 *RTJ* 214/371

Pn Apropriação indébita. (...) ***Execução penal.*** HC 99.918 *RTJ* 213/588

PrSTF Aproveitamento como ação direta de inconstitucionalidade. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADI 4.105-MC *RTJ* 214/311

Ct Aproveitamento dos embriões viáveis: faculdade. (...) ***Planejamento familiar.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Ct Aproveitamento mercantil de recursos hídricos e potencial energético, pesquisa e lavra de minerais. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Adm Apuração: desnecessidade. (...) ***Responsabilidade administrativa.*** RMS 25.897 *RTJ* 211/293

Ct Área em unidade de conservação ambiental: condições estabelecidas pelo Instituto Chico Mendes. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrSTF ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** Aproveitamento como ação direta de inconstitucionalidade. Portaria do Ministério da Saúde: ato normativo de caráter autônomo. ADI 4.105-MC *RTJ* 214/311

PrSTF ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** Cabimento. Dispositivo impugnado anterior à CF/1988. Inexistência de outro meio eficaz. Princípio da subsidiariedade. Lei 5.250/1967. ADPF 130 *RTJ* 213/20

PrSTF ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** Descabimento. Existência de outro meio eficaz. Princípio da subsidiariedade. Lei 9.882/1999, art. 4º, § 1º. ADPF 172-REF-MC *RTJ* 211/11

Pn Arma de fogo: ausência. (...) ***Estatuto do Desarmamento.*** HC 96.532 *RTJ* 213/555

Pn Arquivamento. (...) ***Inquérito judicial.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Ct Assembleia Legislativa: deliberação. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

PrCv ***Assistência.*** Deferimento do pedido. Instrução já encerrada. Intervenção no estado em que se encontra o processo. CPC/1973, art. 50. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrSTF Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON). (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Pn Associação para o tráfico. (...) ***Pena.*** HC 97.979 *RTJ* 214/465

Pn Atipicidade da conduta. (...) ***Crime contra a administração da justiça.*** HC 87.711 *RTJ* 211/318 – HC 101.893 *RTJ* 214/501

Pn Atipicidade da conduta. (...) ***Furto tentado.*** HC 92.744 *RTJ* 211/350

Pn Atipicidade da conduta e causa de diminuição de pena: hipóteses. (...) ***Crime militar.*** HC 98.159 *RTJ* 211/473

Pn Atipicidade material dos fatos. (...) ***Estatuto do Desarmamento.*** HC 96.532 *RTJ* 213/555

PrPn Ato de defesa e fonte de prova. (...) ***Interrogatório.*** HC 94.601 *RTJ* 211/379

Ct Ato de demarcação: natureza declaratória. (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Ato de improbidade administrativa: tipificação como crime de responsabilidade. (...) ***Competência originária.*** Rcl 2.138 *RTJ* 211/58

PrCv Ato de ministro de Estado. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 25.595-AgR *RTJ* 213/506

PrCv Ato de natureza jurisdicional. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 26.098 *RTJ* 212/400

Pn ***Ato infracional.*** Medida socioeducativa: caráter educativo, preventivo e protetor. Peculiaridades do caso. Princípio da insignificância: inaplicabilidade. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). HC 98.381 *RTJ* 213/583

Pn Ato infracional equivalente a crime de bagatela. (...) ***Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).*** HC 98.381 *RTJ* 213/583

PrCv Ato jurisdicional do STF. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.908-AgR *RTJ* 213/510

PrSTF Ato normativo. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.929-MC *RTJ* 213/423

PrSTF Ato normativo de efeito concreto exaurido. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.980 *RTJ* 212/29

PrPn Ato omissivo ou ato comissivo. (...) ***Habeas corpus.*** HC 95.563 *RTJ* 212/502

Ct Atribuição do Estado. (...) ***Ensino fundamental e educação infantil.*** RE 594.018-AgR *RTJ* 211/564

Adm Atuação do Poder Judiciário como legislador positivo: descabimento. (...) ***Servidor público.*** AI 344.269-AgR-AgR *RTJ* 211/521

PrSTF Atuação perante o STF: procurador-geral da República. (...) ***Reclamação.*** Rcl 2.138 *RTJ* 211/58

PrPn Atuação *ultra vires* do Ministério Público: inadmissibilidade. (...) ***Ação penal pública condicionada.*** HC 98.237 *RTJ* 214/472

Ct Autonomia. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Ct Autorização do Congresso Nacional: necessidade. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn Autorização judicial: desnecessidade. (...) ***Prova criminal.*** HC 84.203 *RTJ* 211/303

Ct Autorização prévia: prescindibilidade. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Autorregulação. (...) ***Imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Pn Auxílio ao tráfico de entorpecente. (...) ***Pena.*** HC 97.979 *RTJ* 214/465

B

Trbt Base de cálculo. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 233.585 *RTJ* 212/653

PrSTF Base de cálculo: exclusão do ICMS. (...) ***Medida cautelar.*** ADC 18-MC-QO-terceira *RTJ* 213/11

Adm Base de cálculo: impossibilidade de substituição por decisão judicial. (...) ***Servidor público.*** AI 344.269-AgR-AgR *RTJ* 211/521

Trbt Base de cálculo: limitação à dedução de prejuízos fiscais. (...) ***Contribuição social.*** RE 545.308 *RTJ* 214/535

PrPn Bem da União. (...) ***Competência criminal.*** RE 454.740 *RTJ* 211/532

Ct Bem da União. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Pn Bem de pequeno valor. (...) ***Furto.*** HC 96.757 *RTJ* 212/520

Pn Bem de pequeno valor. (...) ***Furto tentado.*** HC 92.744 *RTJ* 211/350

Pn Bem de valor insignificante e bem de pequeno valor: distinção. (...) ***Crime militar.*** HC 98.159 *RTJ* 211/473

Pn Bem pertencente à Fazenda Nacional: coisa de valor considerável. (...) ***Crime militar.*** HC 98.159 *RTJ* 211/473

Trbt Benefício fiscal: instrumento de política tributária. (...) ***Contribuição social.*** RE 545.308 *RTJ* 214/535

Pn *Bis in idem*: inocorrência. (...) ***Pena.*** HC 97.979 *RTJ* 214/465

Pn *Bis in idem*: inocorrência. (...) ***Pena-base.*** HC 98.992 *RTJ* 214/494

Ct Bloco normativo indivisível. (...) ***Lei de Imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Int Busca, apreensão e restituição de menor. (...) ***Competência.*** ADPF 172-REF-MC *RTJ* 211/11

PrPn Busca e apreensão: cumprimento pela Polícia Militar. (...) ***Prova criminal.*** RE 404.593 *RTJ* 211/526

C

PrSTF Cabimento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.929-MC *RTJ* 213/423 – ADI 3.949-MC *RTJ* 212/372 – ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

PrSTF Cabimento. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct Cabimento. (...) ***Controle concentrado de constitucionalidade.*** ADI 4.049-MC *RTJ* 211/247

PrPn Cabimento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 95.563 *RTJ* 212/502

PrCv Cabimento. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 26.098 *RTJ* 212/400

PrSTF Cabimento. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 573.675 *RTJ* 211/536

PrCv Cabimento. (...) ***Tutela antecipada.*** RE 495.740-TAR *RTJ* 214/526

PrPn Cabimento: excepcionalidade. (...) ***Habeas corpus.*** HC 96.415 *RTJ* 213/552 – HC 98.237 *RTJ* 214/472 – HC 98.675 *RTJ* 211/483

PrPn Cabimento: excepcionalidade. (...) ***Prisão domiciliar.*** HC 95.334 *RTJ* 212/498 – HC 98.675 *RTJ* 211/483

Trbt Câmara de Comércio Exterior (CAMEX): faculdade discricionária. (...) ***Imposto de Exportação.*** RE 570.680 *RTJ* 213/693

Ct ***Câmara Municipal.*** Composição. Número de vereador. Limite máximo: alteração. Efeitos: retroação. CF/1988, art. 129, IV. Emenda Constitucional 58/2009, art. 3º, I: suspensão cautelar. ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

El Câmara Municipal. (...) ***Eleição.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

PrPn Captura efetuada em Estado diverso. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 96.955 *RTJ* 211/447

PrCv Caráter abusivo. (...) ***Agravo regimental.*** RMS 25.595-AgR *RTJ* 213/506

PrPn Caráter excepcional. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 92.098 *RTJ* 211/330

Ct Caráter objetivo. (...) ***Controle abstrato de constitucionalidade.*** RE 579.760-ED *RTJ* 213/716

Ct Cargo de chefe de missão diplomática de caráter permanente: assunção. (...) ***Competência originária.*** Rcl 2.138 *RTJ* 211/58

Adm ***Cargo público.*** Juiz de paz. Remuneração: ausência. Lei específica: necessidade. CF/1988, art. 98, II. RE 480.328 *RTJ* 212/561

PrSTF Cargo público: extinção. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.980 *RTJ* 212/29

Adm Cargo vago durante o prazo de validade do certame. (...) ***Concurso público.*** RE 227.480 *RTJ* 212/537

PrPn Casa do albergado inexistente ou imprópria. (...) ***Prisão domiciliar.*** HC 95.334 *RTJ* 212/498

Pn Causa de diminuição: aplicabilidade. (...) ***Pena.*** HC 97.992 *RTJ* 211/468

Pn Causa de diminuição de pena: inaplicabilidade. (...) ***Execução penal.*** HC 99.918 *RTJ* 213/588

PrSTF Causa de pedir explícita: necessidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrPn Causa legal de sigilo ou reserva da conversação: ausência. (...) ***Prova criminal.*** AI 578.858-AgR *RTJ* 211/561

Pn Causas interruptivas. (...) ***Prescrição.*** HC 99.157 *RTJ* 211/492

Ct Células-tronco embrionárias: pesquisa e terapia. (...) ***Lei de Biossegurança.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Ct Células-tronco embrionárias e adultas, embrião, feto e pessoa: distinção. (...) ***Lei de Biossegurança.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Ct Células-tronco embrionárias ou células-tronco adultas. (...) ***Lei de Biossegurança.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

PrSTF Censor federal: aproveitamento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.980 *RTJ* 212/29

Ct Censura prévia: vedação constitucional. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Pn CF/1988, arts. 1º, III, e 5º, *caput* e XLVI. (...) ***Execução penal.*** HC 97.147 *RTJ* 213/561

Ct CF/1988, arts. 1º, III; 5º, IX; e 218. (...) ***Lei de Biossegurança.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

El CF/1988, arts. 1º, parágrafo único, 14 e 16. (...) ***Eleição.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

Ct CF/1988, art. 2º. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** HC 96.549-MC *RTJ* 212/641

Trbt CF/1988, arts. 2º; 150, § 6º; e 155, II, § 2º, XII, *e* e *g*: ofensa inocorrente. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 539.130 *RTJ* 213/682

Ct CF/1988, arts. 5º, IV, V, X, XIII, XIV, e 220: eficácia plena e aplicabilidade imediata. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct CF/1988, arts. 5º, IV, IX, XIII, XIV, e 220: inteligência. (...) ***Liberdade de exercício profissional.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

Ct CF/1988, arts. 5º, IX e XIII, e 220, § 1º. (...) ***Liberdade de exercício profissional.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

PrTr CF/1988, arts. 5º, XXXV, e 114, § 1º. (...) ***Jurisdição trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrPn CF/1988, art. 5º, XXXVIII, *c*. (...) ***Júri.*** HC 94.052 *RTJ* 211/369

Pn CF/1988, art. 5º, XL. (...) ***Execução penal.*** RE 452.991 *RTJ* 212/553

Pn CF/1988, art. 5º, XL. (...) ***Pena.*** HC 97.992 *RTJ* 211/468

PrCv CF/1988, art. 5º, LV. (...) ***Mandado de segurança.*** RE 576.847 *RTJ* 211/558

Ct CF/1988, art. 5º, LXXII. (...) ***Habeas data.*** HD 87-AgR *RTJ* 213/17

Ct CF/1988, arts. 6º e 199, § 4º. (...) ***Lei de Biossegurança.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

El CF/1988, arts. 14, § 5º, e 128, § 5º, II, *e*: interpretação. (...) ***Eleição.*** RE 597.994 *RTJ* 212/598

Ct CF/1988, art. 20, XI. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct CF/1988, art. 22, I. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 1.042 *RTJ* 212/11 – ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Ct CF/1988, arts. 24, V e VII, c/c § 2º, e 170, V. (...) ***Competência legislativa concorrente.*** ADI 1.980 *RTJ* 211/52

Ct CF/1988, art. 34, VII, *a*. (...) ***Intervenção federal.*** IF 5.179 *RTJ* 214/330

Adm CF/1988, art. 37, II e IV. (...) ***Concurso público.*** RE 227.480 *RTJ* 212/537

Ct CF/1988, art. 37, VII: ofensa. (...) ***Greve.*** ADI 3.235 *RTJ* 214/29

Ct CF/1988, art. 37, IX. (...) ***Competência jurisdicional.*** Rcl 7.157-AgR *RTJ* 213/496

Adm CF/1988, art. 37, X. (...) ***Vencimentos.*** MS 22.538 *RTJ* 212/394

Adm CF/1988, arts. 37, § 4º, e 85, V. (...) ***Administração pública.*** Pet 3.923-QO *RTJ* 211/225

Adm CF/1988, art. 37, § 6º. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** RE 495.740-AgR *RTJ* 214/516

Adm CF/1988, art. 41, redação original. (...) ***Empregado público.*** AI 480.432-AgR *RTJ* 214/514

Ct CF/1988, arts. 49, XVI, e 231, § 3º. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct CF/1988, art. 52, X. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** ADI 3.929-MC *RTJ* 213/423

Ct CF/1988, art. 55. (...) ***Crime de responsabilidade.*** Pet 3.923-QO *RTJ* 211/225

Ct CF/1988, art. 75 c/c art. 73, § 3º. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Trbt CF/1988, arts. 84, *caput*, IV e parágrafo único, e 153, § 1º: ofensa inocorrente. (...) ***Imposto de Exportação.*** RE 570.680 *RTJ* 213/693

Ct CF/1988, art. 84, II: ofensa. (...) ***Dotação orçamentária.*** ADI 1.914 *RTJ* 211/48

Ct CF/1988, arts. 85, V e parágrafo único, e 102, I, *c*. (...) ***Competência originária.*** Rcl 2.138 *RTJ* 211/58

Ct CF/1988, art. 91. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Adm CF/1988, art. 93, IX: ofensa inocorrente. (...) ***Processo administrativo disciplinar.*** MS 24.803 *RTJ* 214/371

PrSTF CF/1988, art. 97. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 361.829-ED *RTJ* 214/510

Adm CF/1988, art. 98, II. (...) ***Cargo público.*** RE 480.328 *RTJ* 212/561

PrPn CF/1988, art. 100, § 6º. (...) ***Habeas corpus.*** HC 87.817 *RTJ* 214/426

Ct CF/1988, art. 102, I, *c*. (...) ***Competência originária.*** Rcl 2.138 *RTJ* 211/58

Ct CF/1988, art. 102, I, *f*. (...) ***Competência originária.*** ACO 1.431-REF-MC *RTJ* 212/15 – Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct CF/1988, art. 102, I, *o*. (...) ***Conflito de competência.*** CC 7.545 *RTJ* 211/288

PrSTF CF/1988, art. 103, IX. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Ct CF/1988, art. 105, I, *a*. (...) ***Competência originária.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

PrPn CF/1988, arts. 108, I, *a*, e 128, I, *c*. (...) ***Competência criminal.*** RMS 27.872 *RTJ* 214/420

PrPn CF/1988, art. 109, IV. (...) ***Competência criminal.*** RE 454.740 *RTJ* 211/532

PrPn CF/1988, art. 109, VI. (...) ***Competência criminal.*** HC 93.733 *RTJ* 211/362

Ct CF/1988, art. 114: ofensa inocorrente. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 583.955 *RTJ* 212/570

Ct CF/1988, art. 114, VI, redação da EC 45/2004. (...) ***Competência jurisdicional.*** CC 7.545 *RTJ* 211/288

Ct CF/1988, arts. 114, § 2º, e 217, § 1º. (...) ***Poder Judiciário.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrSTF CF/1988, art. 125, § 2º. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 573.675 *RTJ* 211/536

PrCv CF/1988, arts. 127, *caput*, e 129, III. (...) ***Ação civil pública.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

PrPn CF/1988, art. 129, I. (...) ***Ação penal.*** HC 91.661 *RTJ* 211/324

Ct CF/1988, art. 129, IV. (...) ***Câmara Municipal.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

Ct CF/1988, arts. 129 e 144. (...) ***Ministério Público.*** HC 91.661 *RTJ* 211/324

PrPn CF/1988, art. 133. (...) ***Ação penal.*** HC 98.237 *RTJ* 214/472

PrPn CF/1988, art. 144, § 4º e § 5º. (...) ***Prova criminal.*** RE 404.593 *RTJ* 211/526

Trbt CF/1988, art. 149-A. (...) ***Contribuição para Custeio de Serviço de Iluminação Pública (COSIP).*** RE 573.675 *RTJ* 211/536

Trbt CF/1988, art. 150, VI, *a*. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** AI 718.646-AgR *RTJ* 213/719

Trbt CF/1988, art. 155, § 2º, X, *a*. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 248.499 *RTJ* 213/598

Ct CF/1988, art. 157, I. (...) ***Competência jurisdicional.*** AI 577.516-AgR *RTJ* 212/566

Ct CF/1988, art. 165, § 2º. (...) ***Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).*** ADI 3.949-MC *RTJ* 212/372

Ct CF/1988, art. 167, V e § 3º: interpretação. (...) ***Orçamento.*** ADI 4.049-MC *RTJ* 211/247

PrSTF CF/1988, art. 195, I, *b*. (...) ***Medida cautelar.*** ADC 18-MC-QO-terceira *RTJ* 213/11

Ct CF/1988, art. 205: ofensa. (...) ***Educação.*** RE 594.018-AgR *RTJ* 211/564

Ct CF/1988, arts. 208, IV, e 211, § 2º. (...) ***Ensino fundamental e educação infantil.*** RE 594.018-AgR *RTJ* 211/564

Ct CF/1988, art. 220. (...) ***Direitos fundamentais.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct CF/1988, art. 220. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct CF/1988, art. 220, § 5º. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct CF/1988, art. 226, § 7º. (...) ***Planejamento familiar.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Pn CF/1988, art. 227, *caput* e § 3º, V. (...) ***Medida socioeducativa.*** HC 96.745 *RTJ* 211/441

Ct CF/1988, art. 231: interpretação. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct CF/1988, art. 231, *caput*. (...) ***Competência.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct CF/1988, art. 231, § 1º e § 6º. (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct CF/1988, art. 231, § 6º. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn Ciência por *e-mail* funcional. (...) ***Competência criminal.*** HC 93.292 *RTJ* 211/358

Pn Circunstância agravante: reincidência. (...) ***Pena-base.*** HC 98.992 *RTJ* 214/494

Pn Circunstâncias judiciais favoráveis: informação no acórdão do TJSP. (...) ***Regime prisional.*** HC 98.769 *RTJ* 211/489

PrPn ***Citação por edital.*** Interrogatório. Prazo: inobservância. Nulidade absoluta. CPP/1941, art. 361. HC 91.431 *RTJ* 213/519

PrPn ***Citação por edital.*** Prazo: termo inicial. CPP/1941, art. 365, V. HC 91.431 *RTJ* 213/519

PrTr Citação por edital: inviabilidade. (...) ***Reclamação trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrTr CLT/1943, art. 625-D, introduzido pelo art. 1º da Lei 9.958/2000: interpretação conforme à Constituição. (...) ***Jurisdição trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

TrGr CLT/1943, art. 625-E, introduzido pelo art. 1º da Lei 9.958/2000. (...) ***Termo de conciliação.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrTr CLT/1943, art. 852-B, II, introduzido pelo art. 1º da Lei 9.958/2000. (...) ***Reclamação trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

Pn Coação no curso do processo. (...) ***Crime contra a administração da justiça.*** HC 87.711 *RTJ* 211/318 – HC 101.893 *RTJ* 214/501

Trbt Cobrança: legitimidade. (...) ***Contribuição social.*** AI 677.191-AgR *RTJ* 214/577

Ct Cobrança de tarifa: inadmissibilidade. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Trbt Cobrança na fatura de energia elétrica. (...) ***Contribuição para Custeio de Serviço de Iluminação Pública (COSIP).*** RE 573.675 *RTJ* 211/536

Pn Código Civil: norma de caráter geral. (...) ***Medida socioeducativa.*** HC 96.745 *RTJ* 211/441

El Código Eleitoral/1965, art. 22, I, *j*, redação da LC 86/1996: interpretação. (...) ***Ação rescisória eleitoral.*** Rcl 8.989-MC *RTJ* 212/634

Pn Código Eleitoral/1965, art. 350. (...) ***Crime eleitoral.*** HC 96.233 *RTJ* 211/437

PrSTF Cofins e PIS/Pasep. (...) ***Medida cautelar.*** ADC 18-MC-QO-terceira *RTJ* 213/11

Ct Colisão. (...) ***Direitos fundamentais.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

PrPn Colisão de interesses: possibilidade. (...) ***Interrogatório.*** HC 94.601 *RTJ* 211/379

Ct Comercialização de combustíveis no Estado do Paraná. (...) ***Competência legislativa concorrente.*** ADI 1.980 *RTJ* 211/52

PrTr Comissão de conciliação prévia. (...) ***Jurisdição trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

Ct ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** Convocação de magistrado. Informação relacionada ao exercício da atividade judiciária. Princípio da independência e harmonia dos Poderes: ofensa. CF/1988, art. 2º. HC 96.549-MC *RTJ* 212/641

Int ***Competência.*** Cooperação judicial e administrativa entre países. Busca, apreensão e restituição de menor. Convenção sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças. ADPF 172-REF-MC *RTJ* 211/11

Ct ***Competência.*** Poder Executivo da União. Processo de demarcação de terra indígena. CF/1988, art. 231, *caput*. Lei 6.001/1973. Decreto 1.775/1996. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn ***Competência criminal.*** Justiça Federal. Crime contra o meio ambiente. Bem da União. CF/1988, art. 109, IV. RE 454.740 *RTJ* 211/532

PrPn ***Competência criminal.*** Justiça Federal. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. CF/1988, art. 109, VI. HC 93.733 *RTJ* 211/362

PrPn ***Competência criminal.*** Justiça Militar. Crime contra a honra. Militar da reserva contra militar da ativa. Ofensa irrogada por mensagem eletrônica. Ciência por *e-mail* funcional. Local sujeito à administração militar. CPM/1969, art. 9º, III, *b*. HC 93.292 *RTJ* 211/358

PrPn ***Competência criminal.*** Suplente de deputado federal. Prerrogativa de foro inexistente. Competência do STF: inocorrência. AP 511 *RTJ* 212/629

PrPn ***Competência criminal.*** Tribunal Regional Federal (TRF). *Habeas corpus*. Inquérito policial militar: requisição pelo Ministério Público Militar. Promotor de justiça militar: autoridade coatora. CF/1988, arts. 108, I, *a*, e 128, I, *c*. RMS 27.872 *RTJ* 214/420

PrPn Competência do STF: inocorrência. (...) ***Competência criminal.*** AP 511 *RTJ* 212/629

PrSTF ***Competência jurisdicional.*** Ações diretas de inconstitucionalidade. Objeto: identidade parcial. Prevenção: data da distribuição. ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrSTF ***Competência jurisdicional.*** Distribuição por prevenção. Ministro relator: atuação no mesmo processo no TSE. Princípio do juiz natural: ofensa inocorrente. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 77, parágrafo único. AC 2.347-AgR *RTJ* 211/204

Ct ***Competência jurisdicional.*** Justiça comum. Servidor público. Contratação temporária. Relação jurídico-administrativa. Justiça do Trabalho: incompetência. Decisão na ADI 3.395-MC: ofensa. CF/1988, art. 37, IX. Rcl 7.157-AgR *RTJ* 213/496

Ct ***Competência jurisdicional.*** Justiça comum estadual. Ação de repetição de indébito: imposto de renda pertencente a Estado-membro. CF/1988, art. 157, I. AI 577.516-AgR *RTJ* 212/566

Ct ***Competência jurisdicional.*** Justiça comum estadual. Execução de crédito trabalhista. Recuperação judicial ou falência. CF/1988, art. 114: ofensa inocorrente. Lei 11.101/2005. RE 583.955 *RTJ* 212/570

Ct ***Competência jurisdicional.*** Justiça do Trabalho. Acidente de trabalho. Indenização por dano moral ou patrimonial. Ajuizamento da ação pelo sucessor: irrelevância. CF/1988, art. 114, VI, redação da EC 45/2004. CC 7.545 *RTJ* 211/288

Ct ***Competência legislativa.*** União Federal. Crime de responsabilidade. Definição, processo e julgamento. CF/1988, art. 22, I. Súmula 722. ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Ct ***Competência legislativa.*** União Federal. Direito civil. Contrato de prestação de serviço escolar ou educacional. Anuidade e mensalidade escolares: cobrança. CF/1988, art. 22, I. Lei distrital 670/1994/DF: inconstitucionalidade. ADI 1.042 *RTJ* 212/11

Ct ***Competência legislativa concorrente.*** Estado-membro. Produção e consumo. Comercialização de combustíveis no Estado do Paraná. Informação sobre natureza, procedência e qualidade dos produtos. CF/1988, arts. 24, V e VII, c/c § 2º, e 170, V. Lei estadual 12.420/1999/PR. ADI 1.980 *RTJ* 211/52

Ct Competência legislativa do chefe do Poder Executivo: restrição. (...) ***Dotação orçamentária.*** ADI 1.914 *RTJ* 211/48

Ct ***Competência originária.*** Superior Tribunal de Justiça (STJ). Membro de Tribunal de Contas estadual. Crime comum e de responsabilidade. Processo e julgamento. CF/1988, art. 105, I, *a*. ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Ct ***Competência originária.*** Supremo Tribunal Federal (STF). Agente político com prerrogativa de foro. Ato de improbidade administrativa: tipificação como crime de responsabilidade. Lei 1.079/1950: regime especial. Lei 8.429/1992: inaplicabilidade. CF/1988, arts. 85, V e parágrafo único, e 102, I, *c*. Rcl 2.138 *RTJ* 211/58

Ct ***Competência originária.*** Supremo Tribunal Federal (STF). Conflito federativo: União e Estado-membro. CF/1988, art. 102, I, *f*. ACO 1.431-REF-MC *RTJ* 212/15

Ct ***Competência originária.*** Supremo Tribunal Federal (STF). Conflito federativo: União e Estado-membro. Terra indígena "Raposa Serra do Sol". CF/1988, art. 102, I, *f*. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct ***Competência originária.*** Supremo Tribunal Federal (STF). Ministro de Estado: cessação do exercício da função. Cargo de chefe de missão diplomática de caráter permanente: assunção. Prerrogativa de foro: manutenção. CF/1988, art. 102, I, *c*. Rcl 2.138 *RTJ* 211/58

Trbt Competência privativa do presidente da República: não configuração. (...) ***Imposto de Exportação.*** RE 570.680 *RTJ* 213/693

Adm Competência recursal: ministro de Estado da Fazenda. (...) ***Processo administrativo.*** RMS 25.897 *RTJ* 211/293

PrPn Complementação após o prazo. (...) ***Recurso especial.*** HC 95.128 *RTJ* 212/493

Ct Composição. (...) ***Câmara Municipal.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

PrSTF Composição: alteração. (...) ***Supremo Tribunal Federal (STF).*** Rcl 2.138 *RTJ* 211/58

PrSTF Composição do STF: alteração. (...) ***Questão de ordem.*** Rcl 2.138 *RTJ* 211/58

Ct Comunicação ao Senado Federal: inconstitucionalidade total. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** ADI 3.929-MC *RTJ* 213/423

PrPn Comutação da pena. (...) ***Execução penal.*** HC 95.830 *RTJ* 211/428

PrPn Concessão de ofício. (...) ***Habeas corpus.*** HC 91.431 *RTJ* 213/519 – HC 95.563 *RTJ* 212/502 – HC 96.012 *RTJ* 211/433 – HC 98.675 *RTJ* 211/483

PrPn Concurso material, concurso formal e continuidade delitiva. (...) ***Suspensão condicional do processo penal – sursis processual.*** HC 83.163 *RTJ* 212/427

Adm ***Concurso público.*** Nomeação. Cargo vago durante o prazo de validade do certame. Recusa em prover o cargo: necessidade de motivação. Direito adquirido e expectativa de direito. CF/1988, art. 37, II e IV. RE 227.480 *RTJ* 212/537

Adm Concurso público: ingresso. (...) ***Empregado público.*** AI 480.432-AgR *RTJ* 214/514

PrCv Concurso público para o Ministério Público Federal: encerramento. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.696 *RTJ* 212/405

Pn Condenação por tráfico de entorpecente. (...) ***Execução penal.*** HC 97.147 *RTJ* 213/561

Pn Condenado não reincidente: pena inferior a quatro anos. (...) ***Regime prisional.*** HC 98.769 *RTJ* 211/489

Int Condição de refugiado: reconhecimento pelo Governo brasileiro anterior à Lei 9.474/1997. (...) ***Extradição.*** Ext 1.170 *RTJ* 214/11

Pn Conduta formalmente típica. (...) ***Estatuto do Desarmamento.*** HC 96.532 *RTJ* 213/555

Pn Conduta mais gravosa. (...) ***Receptação qualificada.*** HC 97.344 *RTJ* 211/459

Trbt Confirmação do benefício no prazo constitucional: inocorrência. (...) ***Incentivo fiscal.*** RE 577.348 *RTJ* 214/541

Ct ***Conflito de competência.*** Supremo Tribunal Federal (STF). Juiz de direito e Tribunal Superior do Trabalho (TST). CF/1988, art. 102, I, *o*. CC 7.545 *RTJ* 211/288

Ct Conflito federativo: União e Estado-membro. (...) ***Competência originária.*** ACO 1.431-REF-MC *RTJ* 212/15 – Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrSTF Conhecimento parcial. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

Ct Conselheiro. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Ct Conselheiro: afastamento do cargo. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Ct Conselho de Defesa Nacional: órgão opinativo. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Consideração dos efeitos de propostas de alterações na legislação tributária e das contribuições. (...) ***Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).*** ADI 3.949-MC *RTJ* 212/372

Ct Constitucionalismo fraternal. (...) ***Lei de Biossegurança.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Ct Constituição do Estado de Rondônia/1989, art. 137, § 2º, redação da EC 8/1998: inconstitucionalidade. (...) ***Dotação orçamentária.*** ADI 1.914 *RTJ* 211/48

Cv Constituição Federal: silêncio. (...) ***Personalidade civil.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

PrPn Constrangimento ilegal inocorrente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 92.735 *RTJ* 211/346 – HC 96.955 *RTJ* 211/447 – HC 98.304 *RTJ* 211/477

Ct Consulta prévia: desnecessidade. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Contratação temporária. (...) ***Competência jurisdicional.*** Rcl 7.157-AgR *RTJ* 213/496

Ct Contrato de prestação de serviço escolar ou educacional. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 1.042 *RTJ* 212/11

PrPn Contrato de publicidade. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Trbt ***Contribuição para Custeio de Serviço de Iluminação Pública (COSIP).*** Serviço público indivisível. Cobrança na fatura de energia elétrica. Alíquota progressiva. Natureza jurídica: tributo *sui generis*. Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade: observância. Princípio da isonomia e da capacidade contributiva: ofensa inocorrente. Lei Complementar estadual 7/2002/SC. CF/1988, art. 149-A. RE 573.675 *RTJ* 211/536

Trbt ***Contribuição social.*** Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Base de cálculo: limitação à dedução de prejuízos fiscais. Benefício fiscal: instrumento de política tributária. Direito adquirido: ausência. Lei 8.981/1995, arts. 42 e 58. RE 545.308 *RTJ* 214/535

Trbt ***Contribuição social.*** Finsocial: cobrança. Alíquota: majoração. Instituição financeira ou sociedade seguradora. Lei 7.689/1988, art. 9º: inconstitucionalidade. Lei Complementar 70/1991. RE 198.604-EDv-ED *RTJ* 211/498

Trbt ***Contribuição social.*** Programa de Integração Social (PIS). Cobrança: legitimidade. Período entre a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis 2.445/1988 e 2.449/1988 até a MP 1.212/1995. Resolução 49/1995-Senado Federal: efeito repristinatório à Lei Complementar 7/1970. AI 677.191-AgR *RTJ* 214/577

Trbt Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). (...) ***Contribuição social.*** RE 545.308 *RTJ* 214/535

Ct Controle: União Federal. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct ***Controle abstrato de constitucionalidade.*** Lei municipal em face da Constituição estadual. Caráter objetivo. Prazo recursal em dobro: descabimento. CPC/1973, art. 188: inaplicabilidade. RE 579.760-ED *RTJ* 213/716

Ct ***Controle concentrado de constitucionalidade.*** Cabimento. Lei orçamentária: crédito extraordinário. ADI 4.049-MC *RTJ* 211/247

Ct ***Controle de constitucionalidade.*** *Incidenter tantum*. Supremo Tribunal Federal (STF): declaração de inconstitucionalidade parcial. Comunicação ao Senado Federal: inconstitucionalidade total. Norma tributária:

	suspensão *erga omnes* da eficácia de todo o texto. CF/1988, art. 52, X. Resolução 7/2007-Senado Federal. ADI 3.929-MC *RTJ* 213/423
Ct	Controle difuso de constitucionalidade. (...) ***Ação civil pública.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605
PrSTF	Controle difuso de constitucionalidade. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 361.829-ED *RTJ* 214/510
Ct	Controle estatal prévio: vedação. (...) ***Liberdade de exercício profissional.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605
PrPn	Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). (...) ***Sentença condenatória.*** HC 83.868 *RTJ* 212/458
Int	Convenção sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças. (...) ***Competência.*** ADPF 172-REF-MC *RTJ* 211/11
PrPn	Conveniência da instrução criminal: ameaça a testemunha. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.197 *RTJ* 213/578
PrPn	Conveniência da instrução criminal e garantia da ordem pública. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 93.639 *RTJ* 213/523
Trbt	Convênio ICMS 91/1991-Confaz: autorização. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 539.130 *RTJ* 213/682
PrPn	Conversa telefônica. (...) ***Prova criminal.*** AI 578.858-AgR *RTJ* 211/561
Adm	Conversão em crime de responsabilidade: impossibilidade. (...) ***Administração pública.*** Pet 3.923-QO *RTJ* 211/225
Ct	Convocação de magistrado. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** HC 96.549-MC *RTJ* 212/641
Int	Cooperação judicial e administrativa entre países. (...) ***Competência.*** ADPF 172-REF-MC *RTJ* 211/11
Trbt	Cooperativa de ensino. (...) ***Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições (SIMPLES).*** RE 436.017-AgR-ED *RTJ* 213/602
PrPn	Correlação entre a representação e a denúncia: necessidade. (...) ***Ação penal pública condicionada.*** HC 98.237 *RTJ* 214/472
PrPn	Corréus. (...) ***Interrogatório.*** HC 94.601 *RTJ* 211/379
PrPn	Corréus colaboradores. (...) ***Instrução criminal.*** AP 470-QO3 *RTJ* 211/30
PrPn	Corréus sem prerrogativa de foro. (...) ***Denúncia.*** AP 470-QO3 *RTJ* 211/30
Pn	CP/1940, art. 16. (...) ***Execução penal.*** HC 99.918 *RTJ* 213/588

Pn CP/1940, art. 26, *caput* e parágrafo único, c/c art. 98. (...) ***Medida de segurança.*** HC 85.401 *RTJ* 213/512

Pn CP/1940, art. 33, § 2º, *c*, e § 3º. (...) ***Regime prisional.*** HC 98.769 *RTJ* 211/489

Pn CP/1940, art. 44, I, II, III e § 2º. (...) ***Pena.*** HC 98.769 *RTJ* 211/489

Pn CP/1940, art. 59. (...) ***Pena-base.*** HC 98.992 *RTJ* 214/494

Pn CP/1940, art. 107, I e IV, c/c art. 115. (...) ***Extinção da punibilidade.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Pn CP/1940, art. 109, IV. (...) ***Inquérito judicial.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Pn CP/1940, art. 109, IV, c/c art. 111, III. (...) ***Prescrição.*** HC 87.208-ED *RTJ* 211/315

Pn CP/1940, art. 117. (...) ***Prescrição.*** HC 99.157 *RTJ* 211/492

Pn CP/1940, art. 142, III. (...) ***Imunidade funcional.*** Inq 2.699-QO *RTJ* 211/211

Pn CP/1940, art. 155, § 4º, I. (...) ***Furto qualificado.*** HC 98.406 *RTJ* 212/530

Pn CP/1940, art. 180, § 1º. (...) ***Receptação qualificada.*** HC 97.344 *RTJ* 211/459

Pn CP/1940, art. 288. (...) ***Quadrilha ou bando.*** HC 95.086 *RTJ* 212/487

PrPn CP/1940, art. 312. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Pn CP/1940, art. 344. (...) ***Crime contra a administração da justiça.*** HC 87.711 *RTJ* 211/318 – HC 101.893 *RTJ* 214/501

PrCv CPC/1973, art. 50. (...) ***Assistência.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct CPC/1973, art. 188: inaplicabilidade. (...) ***Controle abstrato de constitucionalidade.*** RE 579.760-ED *RTJ* 213/716

PrCv CPC/1973, art. 273, I e II, redação da Lei 8.952/1994. (...) ***Tutela antecipada.*** RE 495.740-TAR *RTJ* 214/526

PrCv CPC/1973, art. 461, § 5º. (...) ***Multa cominatória (astreintes).*** RE 495.740-TAR *RTJ* 214/526

PrCv CPC/1973, art. 557, § 2º, c/c arts. 14, II e III, e 17, VII. (...) ***Agravo regimental.*** RMS 25.595-AgR *RTJ* 213/506

PrPn CPM/1969, art. 9º, III, *b*. (...) ***Competência criminal.*** HC 93.292 *RTJ* 211/358

PrPn CPM/1969, art. 125, VII. (...) ***Habeas corpus.*** HC 95.563 *RTJ* 212/502

Pn CPM/1969, art. 240, § 1º. (...) ***Crime militar.*** HC 98.159 *RTJ* 211/473

PrPn CPP/1941, art. 41. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212 – HC 96.608 *RTJ* 212/509

PrPn CPP/1941, art. 61. (...) ***Habeas corpus.*** HC 91.431 *RTJ* 213/519

PrPn CPP/1941, art. 207. (...) ***Testemunha.*** AP 470-QO-QO *RTJ* 211/37

PrPn CPP/1941, art. 312. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 92.098 *RTJ* 211/330 – HC 92.735 *RTJ* 211/346 – HC 98.197 *RTJ* 213/578 – HC 98.304 *RTJ* 211/477

PrPn CPP/1941, art. 361. (...) ***Citação por edital.*** HC 91.431 *RTJ* 213/519

PrPn CPP/1941, art. 365, V. (...) ***Citação por edital.*** HC 91.431 *RTJ* 213/519

PrPn CPP/1941, art. 397, redação da Lei 11.719/2008. (...) ***Ação penal.*** HC 94.982 *RTJ* 211/388

PrPn CPP/1941, art. 514. (...) ***Processo criminal.*** HC 89.517 *RTJ* 213/516

PrPn CPP/1941, art. 563. (...) ***Processo criminal.*** RHC 97.667 *RTJ* 211/462

PrPn CPP/1941, art. 580. (...) ***Habeas corpus.*** HC 83.428 *RTJ* 212/453

PrPn CPP/1941, art. 593, III, *d*. (...) ***Júri.*** HC 94.052 *RTJ* 211/369

PrPn CPPM/1969, art. 77. (...) ***Denúncia.*** HC 84.203 *RTJ* 211/303

PrPn CPPM/1969, art. 328. (...) ***Prova pericial.*** HC 92.845 *RTJ* 211/354

Ct Crédito bancário automático. (...) ***Dotação orçamentária.*** ADI 1.914 *RTJ* 211/48

Ct Crédito extraordinário. (...) ***Orçamento.*** ADI 4.049-MC *RTJ* 211/247

Trbt Crédito-prêmio de IPI: extinção. (...) ***Incentivo fiscal.*** RE 577.348 *RTJ* 214/541

Ct Criação de conselho de fiscalização profissional: impossibilidade. (...) ***Liberdade de exercício profissional.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

PrPn Crime antecedente: peculato. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Pn Crime autônomo. (...) ***Quadrilha ou bando.*** HC 95.086 *RTJ* 212/487

Ct Crime comum e de responsabilidade. (...) ***Competência originária.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Pn ***Crime contra a administração da justiça.*** Coação no curso do processo. Atipicidade da conduta. Violência ou grave ameaça: inocorrência. CP/1940, art. 344. HC 87.711 *RTJ* 211/318 – HC 101.893 *RTJ* 214/501

PrPn Crime contra a honra. (...) ***Competência criminal.*** HC 93.292 *RTJ* 211/358

Pn Crime contra a honra. (...) ***Imunidade funcional.*** Inq 2.699-QO *RTJ* 211/211

PrPn Crime contra a honra de magistrado. (...) ***Ação penal.*** HC 98.237 *RTJ* 214/472

Pn ***Crime contra a ordem tributária.*** Procedimento administrativo: prescindibilidade. Utilização de esquema fraudulento. HC 95.086 *RTJ* 212/487

PrPn Crime contra a ordem tributária: apuração. (...) ***Inquérito policial.*** HC 95.443 *RTJ* 213/537

PrPn Crime contra a propriedade industrial e crime contra a propriedade imaterial: fato único. (...) ***Ação penal.*** HC 94.982 *RTJ* 211/388

PrPn Crime contra o meio ambiente. (...) ***Competência criminal.*** RE 454.740 *RTJ* 211/532

PrPn Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. (...) ***Ação penal.*** HC 93.733 *RTJ* 211/362

PrPn Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. (...) ***Competência criminal.*** HC 93.733 *RTJ* 211/362

PrPn Crime de ação penal privada: queixa não oferecida. (...) ***Ação penal.*** HC 94.982 *RTJ* 211/388

PrPn Crime de ação penal pública: absolvição sumária. (...) ***Ação penal.*** HC 94.982 *RTJ* 211/388

PrPn Crime de menor potencial ofensivo: prevaricação. (...) ***Denúncia.*** HC 87.817 *RTJ* 214/426

Ct Crime de responsabilidade. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Ct ***Crime de responsabilidade.*** Membros do Congresso Nacional: inaplicabilidade. Parlamento: controle próprio e específico. CF/1988, art. 55. Pet 3.923-QO *RTJ* 211/225

Ct ***Crime de responsabilidade.*** Natureza jurídica. ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

PrPn Crime de responsabilidade: quebra da ordem cronológica de precatório. (...) ***Habeas corpus.*** HC 87.817 *RTJ* 214/426

Pn ***Crime eleitoral.*** Impugnação de registro eleitoral. Uso de documento falso. Crime formal. Resultado: irrelevância. Potencialidade lesiva. Código Eleitoral/1965, art. 350. HC 96.233 *RTJ* 211/437

Pn Crime eleitoral: prescrição da pretensão punitiva. (...) ***Inquérito judicial.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Pn Crime formal. (...) ***Crime eleitoral.*** HC 96.233 *RTJ* 211/437

PrPn Crime funcional. (...) ***Processo criminal.*** HC 89.517 *RTJ* 213/516

Pn Crime hediondo. (...) ***Execução penal.*** RE 452.991 *RTJ* 212/553

PrPn Crime hediondo. (...) ***Execução penal.*** HC 95.830 *RTJ* 211/428

Pn Crime impossível: não configuração. (...) ***Furto.*** HC 95.613 *RTJ* 211/420

Pn ***Crime militar.*** Bem de valor insignificante e bem de pequeno valor: distinção. Atipicidade da conduta e causa de diminuição de pena: hipóteses. CPM/1969, art. 240, § 1º. HC 98.159 *RTJ* 211/473

Pn ***Crime militar.*** Furto tentado. Bem pertencente à Fazenda Nacional: coisa de valor considerável. Princípio da insignificância: inaplicabilidade. HC 98.159 *RTJ* 211/473

Pn Crime permanente. (...) ***Prescrição.*** HC 87.208-ED *RTJ* 211/315

Pn Crime praticado na vigência da Lei 6.368/1976. (...) ***Pena.*** HC 97.992 *RTJ* 211/468

Pn Crime punível com reclusão: internação. (...) ***Medida de segurança.*** HC 85.401 *RTJ* 213/512

Pn Crimes autônomos. (...) ***Pena.*** HC 97.979 *RTJ* 214/465

Ct Crise institucional: superação por medidas legais eficazes. (...) ***Intervenção federal.*** IF 5.179 *RTJ* 214/330

PrPn Cumprimento de ordem de superior hierárquico: alegação. (...) ***Habeas corpus.*** HC 91.661 *RTJ* 211/324

PrPn Custas: exigibilidade após o trânsito em julgado da condenação. (...) ***Recurso especial.*** HC 95.128 *RTJ* 212/493

D

PrPn Dano ao patrimônio da vítima. (...) ***Prova criminal.*** HC 84.203 *RTJ* 211/303

Adm Dano moral e material. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** RE 495.740-AgR *RTJ* 214/516

Ct Dano moral, material ou à imagem. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

PrCv Decadência. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 27.443-AgR *RTJ* 212/417

PrCv Decadência: inocorrência. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 24.250 *RTJ* 213/502

Adm ***Decisão administrativa.*** Fundamentação suficiente. Remissão aos fundamentos da decisão impugnada: possibilidade. Nulidade inocorrente. RMS 25.897 *RTJ* 211/293

PrSTF Decisão com efeito aditivo: impossibilidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

PrPn Decisão contrária à prova dos autos. (...) ***Júri.*** HC 94.052 *RTJ* 211/369

PrSTF Decisão de órgão fracionário do STF. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 361.829-ED *RTJ* 214/510

PrSTF Decisão de relator: excepcionalidade. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

PrCv Decisão do TCU. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 27.443-AgR *RTJ* 212/417

PrPn Decisão incompleta. (...) ***Habeas corpus.*** RHC 97.182 *RTJ* 211/452

PrCv Decisão liminar em Juizado Especial. (...) ***Mandado de segurança.*** RE 576.847 *RTJ* 211/558

PrSTF Decisão monocrática: possibilidade. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 258.067 *RTJ* 212/656

PrPn Decisão monocrática no STJ. (...) ***Habeas corpus.*** HC 96.012 *RTJ* 211/433

PrPn Decisão monocrática no STJ: negativa de seguimento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 98.304 *RTJ* 211/477

PrPn Decisão monocrática terminativa no STJ: juízo de mérito. (...) ***Habeas corpus.*** HC 96.012 *RTJ* 211/433

PrSTF Decisão na ADI 1.127. (...) ***Reclamação.*** Rcl 5.133 *RTJ* 211/281

El Decisão na ADI 1.459: ofensa inocorrente. (...) ***Ação rescisória eleitoral.*** Rcl 8.989-MC *RTJ* 212/634

PrSTF Decisão na ADI 2.652: descumprimento. (...) ***Reclamação.*** Rcl 5.133 *RTJ* 211/281

Ct Decisão na ADI 3.395-MC: ofensa. (...) ***Competência jurisdicional.*** Rcl 7.157-AgR *RTJ* 213/496

PrPn Decisão na AP 470: ofensa inocorrente. (...) ***Denúncia.*** AP 470-QO3 *RTJ* 211/30

PrSTF Decisão referendada em maior extensão. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 495.740-TAR *RTJ* 214/526

PrSTF Decisões na ACO 347, na ACO 652 e na AC 733. (...) ***Reclamação.*** Rcl 4.410-AgR *RTJ* 211/277

Pn Declaração. (...) ***Extinção da punibilidade.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Ct Decreto 1.775/1996. (...) ***Competência.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn Decreto 2.365/1997 e Decreto 2.838/1998. (...) ***Execução penal.*** HC 95.830 *RTJ* 211/428

Adm Decreto 2.799/1988. (...) ***Processo administrativo.*** RMS 25.897 *RTJ* 211/293

PrCv Decreto 3.860/2001, art. 27. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 25.595-AgR *RTJ* 213/506

Pn Decreto 4.011/2001. (...) ***Execução penal.*** RE 452.991 *RTJ* 212/553

Ct Decreto estadual 1.807/2004/AL, art. 1º, parágrafo único: inconstitucionalidade. (...) ***Greve.*** ADI 3.235 *RTJ* 214/29

Trbt Decreto estadual 7.004/1990/PR e Convênio ICMS 4/1990. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 248.499 *RTJ* 213/598

Trbt Decreto legislativo estadual 6.591/1992/RS: promulgação. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 539.130 *RTJ* 213/682

Trbt Decreto-Lei 491/1969, art. 1º. (...) ***Incentivo fiscal.*** RE 577.348 *RTJ* 214/541

Ct Decreto-Lei 972/1969, art. 4º, V: não recepção pela CF/1988. (...) ***Liberdade de exercício profissional.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

Trbt Decreto-Lei 1.578/1977. (...) ***Imposto de Exportação.*** RE 570.680 *RTJ* 213/693

PrCv Deferimento do pedido. (...) ***Assistência.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn Defesa preliminar: intimação inocorrente. (...) ***Processo criminal.*** HC 89.517 *RTJ* 213/516

PrSTF Definição do juízo competente. (...) ***Reclamação.*** Rcl 4.410-AgR *RTJ* 211/277

Ct Definição, processo e julgamento. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

PrPn Delação anônima. (...) ***Inquérito policial.*** HC 100.042-MC *RTJ* 212/644

PrPn Delação anônima. (...) ***Investigação criminal.*** HC 95.244 *RTJ* 214/441

Adm Demarcação da terra indígena "Raposa Serra do Sol". (...) ***Processo administrativo.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct ***Demarcação de terra indígena.*** Marco temporal: promulgação da CF/1988. Fato indígena: prevalência sobre a teoria do indigenato. Terra tradicionalmente ocupada: direito originário. Ato de demarcação: natureza declaratória. Ocupação, domínio ou posse por não índios: nulidade. CF/1988, art. 231, § 1º e § 6º. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Adm Demarcação de terra indígena. (...) ***Processo administrativo.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct ***Demarcação de terra indígena.*** "Raposa Serra do Sol". Modelo contínuo: necessidade. Diversidade intraétnica: observância. Terra indígena, unidade de conservação ambiental e faixa de fronteira: compatibilidade. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct ***Demarcação de terra indígena.*** "Raposa Serra do Sol": extensão. Ampliação: vedação. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Demarcação em faixa de fronteira. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn ***Denúncia.*** Corréus sem prerrogativa de foro. Aditamento: inadmissibilidade. Ação penal em fase adiantada no STF. Oferecimento perante o juízo de primeiro grau. Decisão na AP 470: ofensa inocorrente. AP 470-QO3 *RTJ* 211/30

PrPn ***Denúncia.*** Inépcia inocorrente. Descrição suficiente do fato e indícios de autoria. CPP/1941 art. 41. HC 96.608 *RTJ* 212/509

PrPn ***Denúncia.*** Inépcia inocorrente. Prova plena: inexigibilidade. Materialidade do crime e indícios de autoria. CPPM/1969, art. 77. HC 84.203 *RTJ* 211/303

PrPn ***Denúncia.*** Nulidade inocorrente. Crime de menor potencial ofensivo: prevaricação. Transação penal: não formalização. Impugnação da defesa: ausência. Preclusão. Lei 9.099/1995, art. 72. HC 87.817 *RTJ* 214/426

PrPn ***Denúncia.*** Recebimento. Descrição suficiente do fato e indícios de autoria. Peculato e lavagem de dinheiro. Direito de defesa: exercício. CPP/1941, art. 41. Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrPn ***Denúncia.*** Recebimento. Lavagem de dinheiro. Ocultação e dissimulação da origem, movimentação, localização e propriedade de valores. Crime antecedente: peculato. Lei 9.613/1998, art. 1º. Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrPn ***Denúncia.*** Recebimento. Peculato. Patrocínio de evento esportivo. Contrato de publicidade. Desvio de recursos públicos para financiamento de campanha eleitoral. CP/1940, art. 312. Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrCv Descabimento. (...) ***Ação cautelar.*** AC 2.347-AgR *RTJ* 211/204

PrSTF Descabimento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.876 *RTJ* 212/22 – ADI 2.980 *RTJ* 212/29

El Descabimento. (...) ***Ação rescisória eleitoral.*** Rcl 8.989-MC *RTJ* 212/634

PrSTF Descabimento. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 172-REF-MC *RTJ* 211/11

PrPn Descabimento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 95.323 *RTJ* 211/414 – HC 96.012 *RTJ* 211/433

PrCv Descabimento. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.908-AgR *RTJ* 213/510 – RE 576.847 *RTJ* 211/558

PrSTF Descabimento. (...) ***Reclamação.*** Rcl 4.410-AgR *RTJ* 211/277 – Rcl 5.133 *RTJ* 211/281 – Rcl 8.989-MC *RTJ* 212/634

PrPn Descrição suficiente do fato e indícios de autoria. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212 – HC 96.608 *RTJ* 212/509

PrSTF Descumprimento da decisão na ADC 11-MC: alegação. (...) ***Reclamação.*** Rcl 5.758 *RTJ* 212/386

PrPn Desentranhamento do acórdão. (...) ***Processo criminal.*** HC 94.731 *RTJ* 213/527

PrPn Deserção: afastamento. (...) ***Recurso especial.*** HC 95.128 *RTJ* 212/493

Ct Despesas imprevisíveis e urgentes: requisitos. (...) ***Orçamento.*** ADI 4.049-MC *RTJ* 211/247

Pn Destruição de obstáculo à subtração. (...) ***Furto qualificado.*** HC 98.406 *RTJ* 212/530

PrCv Desvio de conduta de magistrado. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 24.803 *RTJ* 214/371

PrPn Desvio de recursos públicos para financiamento de campanha eleitoral. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Ct Dever do Estado. (...) ***Educação.*** RE 594.018-AgR *RTJ* 211/564

PrPn Devido processo legal: inobservância. (...) ***Habeas corpus.*** HC 96.012 *RTJ* 211/433

PrPn Diligência preliminar de verificação. (...) ***Investigação criminal.*** HC 95.244 *RTJ* 214/441

Trbt Direito à adesão. (...) ***Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições (SIMPLES).*** RE 436.017-AgR-ED *RTJ* 213/602

Ct Direito à informação. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

PrPn Direito à intimidade: ofensa inocorrente. (...) ***Prova criminal.*** HC 84.203 *RTJ* 211/303

Ct Direito à saúde: direito fundamental. (...) ***Lei de Biossegurança.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Ct Direito à vida: inexistência de violação. (...) ***Lei de Biossegurança.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Trbt Direito adquirido: ausência. (...) ***Contribuição social.*** RE 545.308 *RTJ* 214/535

Adm Direito adquirido e expectativa de direito. (...) ***Concurso público.*** RE 227.480 *RTJ* 212/537

Ct Direito civil. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 1.042 *RTJ* 212/11

PrPn Direito de defesa: exercício. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Ct Direito de resposta. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct Direito fundamental e indisponível. (...) ***Educação.*** RE 594.018-AgR *RTJ* 211/564

PrCv Direito líquido e certo inexistente. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 25.595-AgR *RTJ* 213/506

Adm Direito líquido e certo inexistente. (...) ***Vencimentos.*** MS 22.538 *RTJ* 212/394

Ct Direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada: incidência *a posteriori*. (...) ***Direitos fundamentais.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct ***Direitos fundamentais.*** Colisão. Liberdade de expressão e direito à informação: sobredireito. Direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada: incidência *a posteriori*. CF/1988, art. 220. ADPF 130 *RTJ* 213/20

Pn Discurso judiciário. (...) ***Imunidade funcional.*** Inq 2.699-QO *RTJ* 211/211

PrSTF Dispositivo impugnado anterior à CF/1988. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct Dissídio coletivo e desporto. (...) ***Poder Judiciário.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrTr Dissídio individual. (...) ***Jurisdição trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrSTF Distribuição por prevenção. (...) ***Competência jurisdicional.*** AC 2.347-AgR *RTJ* 211/204

Ct Distrito Federal. (...) ***Intervenção federal.*** IF 5.179 *RTJ* 214/330

Ct Diversidade intraétnica: observância. (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn Doença grave: tratamento médico especial. (...) ***Prisão domiciliar.*** HC 98.675 *RTJ* 211/483

Pn Dolo direto e dolo eventual: abrangência. (...) ***Receptação qualificada.*** HC 97.344 *RTJ* 211/459

Adm Dosimetria. (...) ***Pena administrativa.*** RMS 25.897 *RTJ* 211/293

Ct ***Dotação orçamentária.*** Poder Judiciário, Poder Legislativo, Ministério Público e Tribunal de Contas. Repasse em duodécimos. Instituição financeira. Crédito bancário automático. Competência legislativa do chefe do Poder Executivo: restrição. CF/1988, art. 84, II: ofensa. Constituição do Estado de Rondônia/1989, art. 137, § 2º, redação da EC 8/1998: inconstitucionalidade. ADI 1.914 *RTJ* 211/48

Adm Dupla normatividade e objetivos constitucionais diversos. (...) ***Administração pública.*** Pet 3.923-QO *RTJ* 211/225

E

PrSTF Educação. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.*** ADI 1.698 *RTJ* 214/16

Ct ***Educação.*** Direito fundamental e indisponível. Dever do Estado. Omissão do poder público. CF/1988, art. 205: ofensa. RE 594.018-AgR *RTJ* 211/564

PrCv Efeito modificativo. (...) ***Embargos de declaração.*** RE 198.604-EDv-ED *RTJ* 211/498

PrCv Efeito modificativo: inexistência. (...) ***Embargos de declaração.*** RE 361.829-ED *RTJ* 214/510

PrCv Efeito suspensivo a recurso de revisão: inadmissibilidade. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 27.443-AgR *RTJ* 212/417

PrCv Efeito suspensivo a recurso extraordinário. (...) ***Ação cautelar.*** AC 2.347-AgR *RTJ* 211/204

Ct Efeitos: retroação. (...) ***Câmara Municipal.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

PrSTF Efeitos *ex tunc*. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

Ct Eficácia *erga omnes*. (...) ***Ação civil pública.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

TrGr Eficácia liberatória. (...) ***Termo de conciliação.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

Ct Elaboração. (...) ***Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).*** ADI 3.949-MC *RTJ* 212/372

El ***Eleição.*** Câmara Municipal. Legislatura em curso. Posse de suplente de vereador: descabimento. Princípio da soberania popular. CF/1988, arts. 1º, parágrafo único, 14 e 16. ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

El ***Eleição.*** Prefeito municipal: reeleição. Membro do Ministério Público eleito antes da EC 45/2004. Recandidatura: direito atual. Regras de transição: ausência. CF/1988, arts. 14, § 5º, e 128, § 5º, II, *e*: interpretação. RE 597.994 *RTJ* 212/598

PrPn Elemento subjetivo do tipo: inocorrência. (...) ***Ação penal.*** HC 98.237 *RTJ* 214/472

PrCv ***Embargos de declaração.*** Efeito modificativo. Finsocial: cobrança. Instituição financeira ou sociedade seguradora: qualificações incontestáveis. Súmula 279: inaplicabilidade. RE 198.604-EDv-ED *RTJ* 211/498

PrCv ***Embargos de declaração.*** Efeito modificativo: inexistência. Intimação para contrarrazões: desnecessidade. Princípio do contraditório e da ampla defesa: ofensa inocorrente. RE 361.829-ED *RTJ* 214/510

PrPn Embargos de declaração: correção. (...) ***Sentença condenatória.*** RHC 97.667 *RTJ* 211/462

PrSTF Emenda constitucional. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

Ct Emenda Constitucional 58/2009, art. 3º, I: suspensão cautelar. (...) ***Câmara Municipal.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

Ct Emenda Constitucional estadual 40/2009/RJ: suspensão cautelar. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Ct Emenda parlamentar com aumento de despesa. (...) ***Processo legislativo.*** AI 258.067 *RTJ* 212/656

Adm ***Empregado público.*** Estabilidade. Concurso público: ingresso. Estágio probatório: cumprimento anterior à EC 19/1998. CF/1988, art. 41, redação original. AI 480.432-AgR *RTJ* 214/514

PrPn Empresa: sonegação de documento. (...) ***Inquérito policial.*** HC 95.443 *RTJ* 213/537

Trbt Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** AI 718.646-AgR *RTJ* 213/719

Trbt Empresa pública que exerce atividade econômica e empresa pública prestadora de serviço público: distinção. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** AI 718.646-AgR *RTJ* 213/719

Ct ***Ensino fundamental e educação infantil.*** Professor: contratação. Atribuição do Estado. Poder Judiciário: dever de proteção. CF/1988, arts. 208, IV, e 211, § 2º. RE 594.018-AgR *RTJ* 211/564

PrCv Ensino superior: criação de curso de graduação em medicina. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 25.595-AgR *RTJ* 213/506

PrSTF Entidade de classe de âmbito nacional. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Ct Equiparação a magistrado. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

PrSTF Erradicação do analfabetismo. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.*** ADI 1.698 *RTJ* 214/16

PrPn Erro material: nome do réu. (...) ***Sentença condenatória.*** RHC 97.667 *RTJ* 211/462

PrPn Estabelecimento prisional inadequado. (...) ***Prisão domiciliar.*** HC 98.675 *RTJ* 211/483

Adm Estabilidade. (...) ***Empregado público.*** AI 480.432-AgR *RTJ* 214/514

Ct Estado-membro. (...) ***Competência legislativa concorrente.*** ADI 1.980 *RTJ* 211/52

Ct Estado-membro e Município: atuação complementar. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Estágio probatório. (...) ***Greve.*** ADI 3.235 *RTJ* 214/29 – RE 226.966 *RTJ* 211/510

Adm Estágio probatório: cumprimento anterior à EC 19/1998. (...) ***Empregado público.*** AI 480.432-AgR *RTJ* 214/514

Pn Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). (...) ***Ato infracional.*** HC 98.381 *RTJ* 213/583

Pn ***Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).*** Ato infracional equivalente a crime de bagatela. Princípio da insignificância: aplicabilidade. HC 98.381 *RTJ* 213/583

Pn Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), art. 121, § 5º. (...) ***Medida socioeducativa.*** HC 96.745 *RTJ* 211/441

Pn ***Estatuto do Desarmamento.*** Posse ilegal de munição de uso restrito. Conduta formalmente típica. Arma de fogo: ausência. Potencialidade lesiva da munição: inexistência. Atipicidade material dos fatos. Lei 10.826/2003, art. 16. HC 96.532 *RTJ* 213/555

Ct Estimativa de receitas. (...) ***Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).*** ADI 3.949-MC *RTJ* 212/372

Pn Estrangeiro. (...) ***Execução penal.*** HC 97.147 *RTJ* 213/561

PrPn Exame criminológico facultativo. (...) ***Execução penal.*** HC 95.323 *RTJ* 211/414

PrPn Exame de corpo de delito indireto: inadmissibilidade. (...) ***Prova pericial.*** HC 92.845 *RTJ* 211/354

PrPn Exame de dependência toxicológica extemporâneo: irrelevância. (...) ***Prova criminal.*** RHC 97.667 *RTJ* 211/462

PrPn Excesso de prazo. (...) ***Prisão em flagrante.*** HC 96.415 *RTJ* 213/552

PrPn Excesso de prazo. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 93.639 *RTJ* 213/523 – HC 96.955 *RTJ* 211/447

PrCv Execução: incompetência do STF. (...) ***Ação civil pública.*** Pet 3.923-QO *RTJ* 211/225

Ct Execução de crédito trabalhista. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 583.955 *RTJ* 212/570

Pn ***Execução penal.*** Apropriação indébita. Reparação do dano antes do recebimento da denúncia. Causa de diminuição de pena: inaplicabilidade. Medida liminar em revisão criminal: indeferimento. Paciente: concessão da liberdade até o julgamento da ação. Prazo prescricional: suspensão. Peculiaridades do caso. CP/1940, art. 16. HC 99.918 *RTJ* 213/588

PrPn ***Execução penal.*** Crime hediondo. Pena: extinção pelo cumprimento. Comutação da pena. Requisitos: análise pelo Juízo da Execução. Decreto 2.365/1997 e Decreto 2.838/1998. HC 95.830 *RTJ* 211/428

Pn ***Execução penal.*** Indulto e comutação de pena. Crime hediondo. Fato anterior à vigência da Lei 8.072/1990. Princípio da irretroatividade da lei penal mais grave. CF/1988, art. 5º, XL. Decreto 4.011/2001. RE 452.991 *RTJ* 212/553

PrPn ***Execução penal.*** Progressão de regime prisional. Requisitos: análise pelo Juízo da Execução. Exame criminológico facultativo. Lei de Execução Penal (LEP), art. 112, redação da Lei 10.792/2003. HC 95.323 *RTJ* 211/414

Pn ***Execução penal.*** Progressão de regime prisional: admissibilidade. Pena privativa de liberdade. Estrangeiro. Condenação por tráfico de entorpecente. Processo de expulsão e ausência de domicílio no país: irrelevância. CF/1988, arts. 1º, III, e 5º, *caput* e XLVI. Lei de Execução Penal (LEP), arts. 95; 112; 114, I; e 115, *caput*. Lei 6.815/1980, arts. 67 e 98. HC 97.147 *RTJ* 213/561

Pn Execução provisória: inadmissibilidade. (...) ***Pena.*** HC 99.157 *RTJ* 211/492

PrSTF Execução trabalhista: prazo para oposição de embargos. (...) ***Reclamação.*** Rcl 5.758 *RTJ* 212/386

Pn Exercício ilegal da profissão. (...) ***Advocacia.*** HC 74.471 *RTJ* 211/299

Ct Exigência de diploma de curso superior. (...) ***Liberdade de exercício profissional.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

PrSTF Existência de outro meio eficaz. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 172-REF-MC *RTJ* 211/11

Ct Exoneração: impossibilidade. (...) ***Greve.*** RE 226.966 *RTJ* 211/510

Ct Exoneração: inadmissibilidade. (...) ***Greve.*** ADI 3.235 *RTJ* 214/29

Trbt Exportação de produto industrializado. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 248.499 *RTJ* 213/598

Trbt Exportação de produto manufaturado. (...) ***Incentivo fiscal.*** RE 577.348 *RTJ* 214/541

PrCv Ex-prefeito eleito deputado federal. (...) ***Ação civil pública.*** Pet 3.923-QO *RTJ* 211/225

Ct Extensão a categoria diversa. (...) ***Processo legislativo.*** AI 258.067 *RTJ* 212/656

PrPn Extensão a corréu. (...) ***Habeas corpus.*** HC 83.428 *RTJ* 212/453 – HC 98.675 *RTJ* 211/483

Pn ***Extinção da punibilidade.*** Declaração. Morte de agente e prescrição da pretensão punitiva. CP/1940, art. 107, I e IV, c/c art. 115. Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrPn Extinção da punibilidade. (...) ***Habeas corpus.*** HC 95.563 *RTJ* 212/502

PrPn Extinção da punibilidade: coisa julgada material. (...) ***Ação penal.*** HC 94.982 *RTJ* 211/388

PrPn Extinção da punibilidade: inocorrência. (...) ***Ação penal.*** HC 93.733 *RTJ* 211/362

Int ***Extradição.*** Indeferimento. Condição de refugiado: reconhecimento pelo Governo brasileiro anterior à Lei 9.474/1997. Risco à República Federativa do Brasil: inocorrência. Princípio do *non refoulement*. Ext 1.170 *RTJ* 214/11

F

Ct Falta por mais de trinta dias. (...) ***Greve.*** RE 226.966 *RTJ* 211/510

Ct Fase administrativa: exaurimento. (...) ***Poder Judiciário.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrTr Fase administrativa: não obrigatoriedade. (...) ***Jurisdição trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

Pn Fato anterior à vigência da Lei 8.072/1990. (...) ***Execução penal.*** RE 452.991 *RTJ* 212/553

PrPn Fato concreto: ausência. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 92.098 *RTJ* 211/330 – HC 98.197 *RTJ* 213/578

PrPn Fato concreto: superação. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 93.639 *RTJ* 213/523

Ct Fato indígena: prevalência sobre a teoria do indigenato. (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrSTF Faturamento. (...) ***Medida cautelar.*** ADC 18-MC-QO-terceira *RTJ* 213/11

PrCv Fazenda Pública. (...) ***Tutela antecipada.*** RE 495.740-TAR *RTJ* 214/526

Ct Fertilização *in vitro*: opção do casal. (...) ***Planejamento familiar.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Ct Fertilização *in vitro*, inviabilidade ou congelamento do embrião há mais de três anos e autorização dos genitores: condições suficientes. (...) ***Lei de Biossegurança.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Trbt Finsocial: cobrança. (...) ***Contribuição social.*** RE 198.604-EDv-ED *RTJ* 211/498

PrCv Finsocial: cobrança. (...) ***Embargos de declaração.*** RE 198.604-EDv-ED *RTJ* 211/498

PrPn Fiscalização da Fazenda estadual: imprescindibilidade. (...) ***Inquérito policial.*** HC 95.443 *RTJ* 213/537

Pn Fixação. (...) ***Pena.*** HC 97.992 *RTJ* 211/468

Pn Fixação acima do mínimo legal. (...) ***Pena-base.*** HC 98.456 *RTJ* 212/533 – HC 98.992 *RTJ* 214/494

Pn Fixação no triplo do mínimo legal. (...) ***Pena-base.*** HC 97.992 *RTJ* 211/468

Ct Forças Armadas e Polícia Federal: atuação na área demarcada. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Formação da *opinio delicti*. (...) ***Ministério Público.*** HC 91.661 *RTJ* 211/324

Trbt *Free shop* em aeroporto. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 539.130 *RTJ* 213/682

PrCv Função coercitiva. (...) ***Multa cominatória (astreintes).*** RE 495.740-TAR *RTJ* 214/526

PrPn Fundamentação insuficiente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 92.098 *RTJ* 211/330 – HC 93.639 *RTJ* 213/523 – HC 98.197 *RTJ* 213/578

Adm Fundamentação suficiente. (...) ***Decisão administrativa.*** RMS 25.897 *RTJ* 211/293

PrPn Fundamentação suficiente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 83.868 *RTJ* 212/458 – HC 92.735 *RTJ* 211/346 – HC 98.061 *RTJ* 213/573 – HC 98.197 *RTJ* 213/578 – HC 98.304 *RTJ* 211/477

Adm Fundamentação suficiente. (...) ***Processo administrativo disciplinar.*** MS 24.803 *RTJ* 214/371

PrPn Fundamentos da prisão preventiva: ausência. (...) ***Prisão em flagrante.*** HC 96.415 *RTJ* 213/552

Pn ***Furto.*** Bem de pequeno valor. Reprovabilidade da conduta. Princípio da insignificância: inaplicabilidade. HC 96.757 *RTJ* 212/520

Pn ***Furto.*** Tentativa. Sistema de vigilância: não impedimento. Crime impossível: não configuração. Absoluta ineficácia do meio: inocorrência. HC 95.613 *RTJ* 211/420

Pn ***Furto qualificado.*** Objeto no interior de automóvel. Destruição de obstáculo à subtração. CP/1940, art. 155, § 4º, I. HC 98.406 *RTJ* 212/530

Pn ***Furto tentado.*** Bem de pequeno valor. Atipicidade da conduta. Princípio da insignificância. HC 92.744 *RTJ* 211/350

Pn Furto tentado. (...) ***Crime militar.*** HC 98.159 *RTJ* 211/473

G

PrPn Garantia da ordem pública. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 92.735 *RTJ* 211/346 – HC 98.304 *RTJ* 211/477

PrPn Garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.061 *RTJ* 213/573

PrPn Garantia da ordem pública e periculosidade do réu. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.197 *RTJ* 213/578

PrPn Garantia da ordem pública, gravidade do crime e risco de continuidade delitiva. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 83.868 *RTJ* 212/458 – HC 92.098 *RTJ* 211/330

Ct Garantia de vitaliciedade. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

PrPn Gravação em vídeo. (...) ***Prova criminal.*** HC 84.203 *RTJ* 211/303

PrPn Gravação por interlocutor. (...) ***Prova criminal.*** AI 578.858-AgR *RTJ* 211/561

Ct ***Greve.*** Servidor público. Estágio probatório. Exoneração: inadmissibilidade. CF/1988, art. 37, VII: ofensa. Decreto estadual 1.807/2004/AL, art. 1º, parágrafo único: inconstitucionalidade. ADI 3.235 *RTJ* 214/29

Ct ***Greve.*** Servidor público. Estágio probatório. Falta por mais de trinta dias. Exoneração: impossibilidade. RE 226.966 *RTJ* 211/510

Pn Guarda de substância entorpecente: crime de mera conduta. (...) ***Pena-base.*** HC 97.992 *RTJ* 211/468

H

PrPn ***Habeas corpus.*** Cabimento. Ato omissivo ou ato comissivo. HC 95.563 *RTJ* 212/502

PrPn ***Habeas corpus.*** Cabimento: excepcionalidade. Medida liminar indeferida por relator do STJ. Súmula 691: abrandamento. HC 96.415 *RTJ* 213/552 – HC 98.237 *RTJ* 214/472 – HC 98.675 *RTJ* 211/483

PrPn *Habeas corpus*. (...) ***Competência criminal.*** RMS 27.872 *RTJ* 214/420

PrPn ***Habeas corpus.*** Concessão de ofício. Decisão monocrática terminativa no STJ: juízo de mérito. Princípio da colegialidade: ofensa. Devido processo legal: inobservância. HC 96.012 *RTJ* 211/433

PrPn ***Habeas corpus.*** Concessão de ofício. Extensão a corréu. Situação objetivamente idêntica. HC 98.675 *RTJ* 211/483

PrPn ***Habeas corpus.*** Concessão de ofício. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva. CPM/1969, art. 125, VII. HC 95.563 *RTJ* 212/502

PrPn ***Habeas corpus.*** Concessão de ofício. Processo: anulação. Prescrição: ocorrência. CPP/1941, art. 61. HC 91.431 *RTJ* 213/519

PrPn ***Habeas corpus.*** Decisão monocrática no STJ: negativa de seguimento. Agravo regimental: ausência. Nulidade inocorrente. Lei 8.038/1990, art. 38. Regimento Interno do STJ, art. 34, XVIII. HC 98.304 *RTJ* 211/477

PrPn ***Habeas corpus.*** Descabimento. Decisão monocrática no STJ. Supressão de instância. HC 96.012 *RTJ* 211/433

PrPn ***Habeas corpus.*** Descabimento. Progressão de regime prisional. Requisitos subjetivos: impossibilidade de análise. HC 95.323 *RTJ* 211/414

PrPn ***Habeas corpus.*** Extensão a corréu. Identidade de situação processual. Prisão preventiva: revogação. CPP/1941, art. 580. HC 83.428 *RTJ* 212/453

PrPn ***Habeas corpus.*** Julgamento. Matéria de prova: inadmissibilidade. Qualificação jurídica de fato incontroverso: possibilidade. HC 98.197 *RTJ* 213/578

PrPn ***Habeas corpus.*** Matéria de prova. Cumprimento de ordem de superior hierárquico: alegação. HC 91.661 *RTJ* 211/324

PrPn ***Habeas corpus.*** Matéria de prova. Identidade da vítima. HC 94.052 *RTJ* 211/369

PrPn ***Habeas corpus.*** Medida liminar deferida no STF: abrandamento da Súmula 691. Julgamento de mérito pelo STJ: prejudicialidade inocorrente. HC 92.098 *RTJ* 211/330

PrPn ***Habeas corpus.*** Não conhecimento. Crime de responsabilidade: quebra da ordem cronológica de precatório. Presidente de Tribunal de Justiça: término do mandato. Liberdade de locomoção: ameaça inocorrente. CF/1988, art. 100, § 6º. Lei 1.079/1950, art. 42. HC 87.817 *RTJ* 214/426

PrPn ***Habeas corpus.*** Questão não apreciada pelo STJ. Decisão incompleta. RHC 97.182 *RTJ* 211/452

PrPn ***Habeas corpus.*** Questão não apreciada pelo STJ. Supressão de instância. Reunião de processos desmembrados. HC 83.428 *RTJ* 212/453

PrPn *Habeas corpus*: concessão de ofício. (...) ***Prisão em flagrante.*** HC 96.415 *RTJ* 213/552

Ct ***Habeas data.*** Pretensão resistida: não demonstração. Interesse de agir: ausência. Informação relativa a terceiros: descabimento. CF/1988, art. 5º, LXXII. Lei 9.507/1997, art. 8º, parágrafo único, I. HD 87-AgR *RTJ* 213/17

PrPn Homicídio triplamente qualificado e ocultação de cadáver. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.061 *RTJ* 213/573

I

PrPn Identidade da vítima. (...) ***Habeas corpus.*** HC 94.052 *RTJ* 211/369

PrSTF Identidade de objeto: inocorrência. (...) ***Reclamação.*** Rcl 4.410-AgR *RTJ* 211/277 – Rcl 5.133 *RTJ* 211/281

PrPn Identidade de situação processual. (...) ***Habeas corpus.*** HC 83.428 *RTJ* 212/453

PrCv Imposição contra o poder público: legitimidade. (...) ***Multa cominatória (astreintes).*** RE 495.740-TAR *RTJ* 214/526

Trbt ***Imposto de Exportação.*** Alíquota: alteração. Câmara de Comércio Exterior (CAMEX): faculdade discricionária. Competência privativa do presidente da República: não configuração. CF/1988, arts. 84, *caput*, IV e parágrafo único, e 153, § 1º: ofensa inocorrente. Decreto-Lei 1.578/1977. Resolução 15/2001-Camex. RE 570.680 *RTJ* 213/693

Trbt Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** AI 718.646-AgR *RTJ* 213/719

Trbt ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** Base de cálculo. Inclusão do valor do próprio imposto: constitucionalidade. RE 233.585 *RTJ* 212/653

Trbt ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** Exportação de produto industrializado. Imunidade. Natureza da moeda empregada: irrelevância. CF/1988, art. 155, § 2º, X, *a*. Decreto estadual 7.004/1990/PR e Convênio ICMS 4/1990. RE 248.499 *RTJ* 213/598

Trbt ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** Isenção. *Free shop* em aeroporto. Regime aduaneiro especial de loja franca. CF/1988, arts. 2º; 150, § 6º; e 155, II, § 2º, XII, *e* e *g*: ofensa inocorrente. Decreto legislativo estadual 6.591/1992/RS: promulgação. Convênio ICMS 91/1991-Confaz: autorização. RE 539.130 *RTJ* 213/682

Trbt ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** Inexigibilidade. Instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central. Lista de serviços anexa: taxatividade. Lei Complementar 56/1987. RE 361.829-ED *RTJ* 214/510

Ct ***Imprensa.*** Autorregulação. Liberdade e responsabilidade: conciliação. ADPF 130 *RTJ* 213/20

PrCv Improbidade administrativa. (...) ***Ação civil pública.*** Pet 3.923-QO *RTJ* 211/225

Adm Improbidade administrativa. (...) ***Administração pública.*** Pet 3.923-QO *RTJ* 211/225

PrCv Improcedência. (...) ***Ação civil pública.*** RE 233.585 *RTJ* 212/653

Pn Impropriedade ou excesso de linguagem: inocorrência. (...) ***Imunidade funcional.*** Inq 2.699-QO *RTJ* 211/211

PrPn Impugnação da defesa: ausência. (...) ***Denúncia.*** HC 87.817 *RTJ* 214/426

Pn Impugnação de registro eleitoral. (...) ***Crime eleitoral.*** HC 96.233 *RTJ* 211/437

Trbt Imunidade. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 248.499 *RTJ* 213/598

Pn ***Imunidade funcional.*** Magistrado. Crime contra a honra. Discurso judiciário. Nexo de causalidade com a atividade jurisdicional. Impropriedade ou excesso de linguagem: inocorrência. *Animus injuriandi vel diffamandi*: ausência. Independência judicial: condição indispensável. Loman/1979, art. 41. CP/1940, art. 142, III. Inq 2.699-QO *RTJ* 211/211

Trbt ***Imunidade tributária recíproca.*** Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Empresa pública que exerce atividade econômica e empresa pública prestadora de serviço público: distinção. CF/1988, art. 150, VI, *a*. AI 718.646-AgR *RTJ* 213/719

PrPn Inadmissibilidade. (...) ***Suspensão condicional do processo penal – sursis processual.*** HC 83.163 *RTJ* 212/427

Trbt ***Incentivo fiscal.*** Exportação de produto manufaturado. Crédito-prêmio de IPI: extinção. Incentivo fiscal de natureza setorial. Confirmação do benefício no prazo constitucional: inocorrência. ADCT da Constituição Federal/1988, art. 41, § 1º. Decreto-Lei 491/1969, art. 1º. RE 577.348 *RTJ* 214/541

Trbt Incentivo fiscal de natureza setorial. (...) ***Incentivo fiscal.*** RE 577.348 *RTJ* 214/541

Ct *Incidenter tantum*. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** ADI 3.929-MC *RTJ* 213/423

Trbt Inclusão do valor do próprio imposto: constitucionalidade. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 233.585 *RTJ* 212/653

Ct Incompatibilidade material com a ordem constitucional vigente. (...) ***Lei de Imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Int Indeferimento. (...) ***Extradição.*** Ext 1.170 *RTJ* 214/11

PrCv Indeferimento expresso: ausência. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 24.250 *RTJ* 213/502

Adm Indenização. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** RE 495.740-AgR *RTJ* 214/516

Ct Indenização por dano moral ou patrimonial. (...) ***Competência jurisdicional.*** CC 7.545 *RTJ* 211/288

Pn Independência judicial: condição indispensável. (...) ***Imunidade funcional.*** Inq 2.699-QO *RTJ* 211/211

PrPn Indícios de autoria. (...) ***Ação penal.*** HC 93.733 *RTJ* 211/362

Pn Indulto e comutação de pena. (...) ***Execução penal.*** RE 452.991 *RTJ* 212/553

PrPn Inépcia inocorrente. (...) ***Denúncia.*** HC 84.203 *RTJ* 211/303 – HC 96.608 *RTJ* 212/509

PrSTF Inércia do presidente da República: inocorrência. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.*** ADI 1.698 *RTJ* 214/16

Trbt Inexigibilidade. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 361.829-ED *RTJ* 214/510

PrSTF Inexistência de outro meio eficaz. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Adm Infecção por citomegalovírus: transmissão ao feto da Síndrome de West. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** RE 495.740-AgR *RTJ* 214/516

Ct Informação relacionada ao exercício da atividade judiciária. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** HC 96.549-MC *RTJ* 212/641

Ct Informação relativa a terceiros: descabimento. (...) ***Habeas data.*** HD 87-AgR *RTJ* 213/17

Ct Informação sobre natureza, procedência e qualidade dos produtos. (...) ***Competência legislativa concorrente.*** ADI 1.980 *RTJ* 211/52

Ct Infração administrativa. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Ct Iniciativa reservada de lei. (...) ***Processo legislativo.*** AI 258.067 *RTJ* 212/656

Ct Iniciativa reservada e iniciativa vinculada: distinção. (...) ***Processo legislativo.*** MS 22.538 *RTJ* 212/394

Cv Início da vida humana: teorias. (...) ***Personalidade civil.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Pn Inocorrência. (...) ***Prescrição.*** HC 99.157 *RTJ* 211/492

Pn ***Inquérito judicial.*** Arquivamento. Crime eleitoral: prescrição da pretensão punitiva. CP/1940, art. 109, IV. Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrPn ***Inquérito policial.*** Instauração. Delação anônima. Investigação prévia: ocorrência. Ministério Público: formação da *opinio delicti*. HC 100.042-MC *RTJ* 212/644

PrPn ***Inquérito policial.*** Instauração: possibilidade. Procedimento administrativo não exaurido. Crime contra a ordem tributária: apuração. Quebra de sigilo bancário. Fiscalização da Fazenda estadual: imprescindibilidade. Empresa: sonegação de documento. HC 95.443 *RTJ* 213/537

PrPn Inquérito policial: arquivamento. (...) ***Ação penal.*** HC 94.982 *RTJ* 211/388

PrPn Inquérito policial: prescindibilidade. (...) ***Ação penal.*** HC 91.661 *RTJ* 211/324

PrPn Inquérito policial militar: requisição pelo Ministério Público Militar. (...) ***Competência criminal.*** RMS 27.872 *RTJ* 214/420

PrPn Inquirição na condição de informantes: necessidade. (...) ***Instrução criminal.*** AP 470-QO3 *RTJ* 211/30

Pn Inscrição na OAB cancelada. (...) ***Advocacia.*** HC 74.471 *RTJ* 211/299

PrPn Instauração. (...) ***Inquérito policial.*** HC 100.042-MC *RTJ* 212/644

PrPn Instauração: possibilidade. (...) ***Inquérito policial.*** HC 95.443 *RTJ* 213/537

Trbt Instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 361.829-ED *RTJ* 214/510

Ct Instituição financeira. (...) ***Dotação orçamentária.*** ADI 1.914 *RTJ* 211/48

Trbt Instituição financeira ou sociedade seguradora. (...) ***Contribuição social.*** RE 198.604-EDv-ED *RTJ* 211/498

PrCv Instituição financeira ou sociedade seguradora: qualificações incontestáveis. (...) ***Embargos de declaração.*** RE 198.604-EDv-ED *RTJ* 211/498

PrPn ***Instrução criminal.*** Corréus colaboradores. Oitiva como testemunhas: impossibilidade. Inquirição na condição de informantes: necessidade. Acordo de delação premiada: efetividade. Princípio do contraditório. AP 470-QO3 *RTJ* 211/30

PrPn Instrução imediata da ação penal: impossibilidade. (...) ***Questão de ordem.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrCv Instrução já encerrada. (...) ***Assistência.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Adm Interceptação telefônica. (...) ***Prova.*** MS 24.803 *RTJ* 214/371

Ct Interesse de agir: ausência. (...) ***Habeas data.*** HD 87-AgR *RTJ* 213/17

PrCv Interesses difusos e coletivos. (...) ***Ação civil pública.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

PrSTF Interposição anterior à Emenda Regimental 21/2007. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

PrPn Interposição contra acórdão absolutório. (...) ***Recurso especial.*** HC 95.613 *RTJ* 211/420

PrSTF Interpretação conforme à Constituição: pressupostos inocorrentes. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

PrPn Interrogatório. (...) ***Citação por edital.*** HC 91.431 *RTJ* 213/519

PrPn ***Interrogatório.*** Corréus. Legitimidade de participação: formulação de reperguntas. Colisão de interesses: possibilidade. Princípio *nemo tenetur se detegere*. Princípio da ampla defesa. HC 94.601 *RTJ* 211/379

PrPn ***Interrogatório.*** Natureza jurídica. Ato de defesa e fonte de prova. Lei 10.792/2003. HC 94.601 *RTJ* 211/379

PrPn Interrogatório prévio: ausência. (...) ***Processo criminal.*** RHC 97.667 *RTJ* 211/462

Pn Interrupção. (...) ***Prescrição.*** HC 95.758 *RTJ* 211/425

PrSTF Intervenção de interessado. (...) ***Reclamação.*** Rcl 2.138 *RTJ* 211/58

Ct ***Intervenção federal.*** Distrito Federal. Poder Executivo e Poder Legislativo: comprometimento das funções. Crise institucional: superação por medidas legais eficazes. Ordem restabelecida à época do julgamento. CF/1988, art. 34, VII, *a*. IF 5.179 *RTJ* 214/330

PrCv Intervenção no estado em que se encontra o processo. (...) ***Assistência.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrCv Intimação para contrarrazões: desnecessidade. (...) ***Embargos de declaração.*** RE 361.829-ED *RTJ* 214/510

Adm Intimação para sessão que decidiu pelo PAD: ausência. (...) ***Processo administrativo disciplinar.*** MS 24.803 *RTJ* 214/371

PrPn ***Investigação criminal.*** Delação anônima. Diligência preliminar de verificação. Quebra de sigilo telefônico: possibilidade. HC 95.244 *RTJ* 214/441

PrPn Investigação pelo Ministério Público. (...) ***Ação penal.*** HC 91.661 *RTJ* 211/324

PrPn Investigação prévia: ocorrência. (...) ***Inquérito policial.*** HC 100.042-MC *RTJ* 212/644

Trbt Isenção. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 539.130 *RTJ* 213/682

J

Ct Jornalista. (...) ***Liberdade de exercício profissional.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

Ct Juiz de direito e Tribunal Superior do Trabalho (TST). (...) ***Conflito de competência.*** CC 7.545 *RTJ* 211/288

Adm Juiz de paz. (...) ***Cargo público.*** RE 480.328 *RTJ* 212/561

PrCv Juízo de admissibilidade do RE pelo tribunal *a quo*: pendência. (...) ***Ação cautelar.*** AC 2.347-AgR *RTJ* 211/204

PrPn Julgamento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 98.197 *RTJ* 213/578

PrSTF Julgamento conjunto de processos semelhantes: desnecessidade. (...) ***Questão de ordem.*** Rcl 2.138 *RTJ* 211/58

PrPn Julgamento de mérito pelo STJ: prejudicialidade inocorrente. (...) ***Habeas corpus.*** HC 92.098 *RTJ* 211/330

PrPn ***Júri.*** Apelação. Novo julgamento. Decisão contrária à prova dos autos. Soberania dos veredictos: ofensa inocorrente. CPP/1941, art. 593, III, *d*. CF/1988, art. 5º, XXXVIII, *c*. HC 94.052 *RTJ* 211/369

PrPn Júri: decisão contrária à prova dos autos. (...) ***Processo criminal.*** HC 94.731 *RTJ* 213/527

PrTr ***Jurisdição trabalhista.*** Dissídio individual. Fase administrativa: não obrigatoriedade. Comissão de conciliação prévia. Princípio da inafastabilidade da jurisdição. CF/1988, arts. 5º, XXXV, e 114, § 1º. CLT/1943, art. 625-D, introduzido pelo art. 1º da Lei 9.958/2000: interpretação conforme à Constituição. ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrCv Jurisprudência assentada. (...) ***Agravo regimental.*** RMS 25.595-AgR *RTJ* 213/506

PrSTF Jurisprudência assentada do STF. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 258.067 *RTJ* 212/656

PrPn Justa causa. (...) ***Ação penal.*** HC 91.661 *RTJ* 211/324 – HC 96.608 *RTJ* 212/509

PrPn Justa causa: ausência. (...) ***Ação penal.*** HC 98.237 *RTJ* 214/472

Ct Justiça comum. (...) ***Competência jurisdicional.*** Rcl 7.157-AgR *RTJ* 213/496

Ct Justiça comum estadual. (...) ***Competência jurisdicional.*** AI 577.516-AgR *RTJ* 212/566 – RE 583.955 *RTJ* 212/570

Ct Justiça do Trabalho. (...) ***Competência jurisdicional.*** CC 7.545 *RTJ* 211/288

Ct Justiça do Trabalho: incompetência. (...) ***Competência jurisdicional.*** Rcl 7.157-AgR *RTJ* 213/496

PrPn Justiça Federal. (...) ***Competência criminal.*** HC 93.733 *RTJ* 211/362 – RE 454.740 *RTJ* 211/532

PrPn Justiça Militar. (...) ***Competência criminal.*** HC 93.292 *RTJ* 211/358

L

Adm Laudo antropológico: assinatura por apenas um profissional. (...) ***Processo administrativo.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn Laudo definitivo: ausência. (...) ***Prova pericial.*** HC 92.845 *RTJ* 211/354

PrPn Lavagem de dinheiro. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrPn Lavagem de dinheiro. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 83.868 *RTJ* 212/458

Adm Lavagem de dinheiro. (...) ***Processo administrativo.*** RMS 25.897 *RTJ* 211/293

Ct Legislação de regência: direito comum. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct Legislador constituinte: limitação. (...) ***Poder Judiciário.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

El Legislatura em curso. (...) ***Eleição.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

PrCv Legitimidade ativa. (...) ***Ação civil pública.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

PrSTF Legitimidade ativa. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

PrPn Legitimidade de participação: formulação de reperguntas. (...) ***Interrogatório.*** HC 94.601 *RTJ* 211/379

Adm Lei 1.079/1950. (...) ***Administração pública.*** Pet 3.923-QO *RTJ* 211/225

Ct Lei 1.079/1950: regime especial. (...) ***Competência originária.*** Rcl 2.138 *RTJ* 211/58

PrPn Lei 1.079/1950, art. 42. (...) ***Habeas corpus.*** HC 87.817 *RTJ* 214/426

PrCv Lei 1.533/1951, art. 18. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 27.443-AgR *RTJ* 212/417

PrSTF Lei 5.250/1967. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct Lei 5.250/1967: não recepção pela CF/1988. (...) ***Lei de Imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct Lei 6.001/1973. (...) ***Competência.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Pn Lei 6.368/1976, arts. 12, § 2º, III, e 14 c/c art. 18, I. (...) ***Pena.*** HC 97.979 *RTJ* 214/465

Pn Lei 6.815/1980, arts. 67 e 98. (...) ***Execução penal.*** HC 97.147 *RTJ* 213/561

PrCv Lei 7.347/1985, art. 18. (...) ***Ação civil pública.*** RE 233.585 *RTJ* 212/653

PrPn Lei 7.492/1986, art. 5º. (...) ***Ação penal.*** HC 93.733 *RTJ* 211/362

Trbt Lei 7.689/1988, art. 9º: inconstitucionalidade. (...) ***Contribuição social.*** RE 198.604-EDv-ED *RTJ* 211/498

Adm Lei 7.706/1988. (...) ***Vencimentos.*** MS 22.538 *RTJ* 212/394

PrPn Lei 8.038/1990, art. 38. (...) ***Habeas corpus.*** HC 98.304 *RTJ* 211/477

Adm Lei 8.429/1992. (...) ***Administração pública.*** Pet 3.923-QO *RTJ* 211/225

Ct Lei 8.429/1992: inaplicabilidade. (...) ***Competência originária.*** Rcl 2.138 *RTJ* 211/58

PrCv Lei 8.443/1992, art. 35. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 27.443-AgR *RTJ* 212/417

PrPn Lei 8.906/1994, art. 7º, XIX. (...) ***Testemunha.*** AP 470-QO-QO *RTJ* 211/37

Trbt Lei 8.981/1995, arts. 42 e 58. (...) ***Contribuição social.*** RE 545.308 *RTJ* 214/535

PrCv Lei 9.099/1995. (...) ***Mandado de segurança.*** RE 576.847 *RTJ* 211/558

PrPn Lei 9.099/1995, art. 72. (...) ***Denúncia.*** HC 87.817 *RTJ* 214/426

PrPn Lei 9.099/1995, art. 89. (...) ***Suspensão condicional do processo penal – sursis processual.*** HC 83.163 *RTJ* 212/427

Trbt Lei 9.317/1996. (...) ***Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições (SIMPLES).*** RE 436.017-AgR-ED *RTJ* 213/602

PrSTF Leis 9.394/1996 e 10.172/2001. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.*** ADI 1.698 *RTJ* 214/16

PrCv Lei 9.494/1997, art. 1º. (...) ***Tutela antecipada.*** RE 495.740-TAR *RTJ* 214/526

PrSTF Lei 9.494/1997, art. 1º-B, redação da MP 2.180-35/2001. (...) ***Reclamação.*** Rcl 5.758 *RTJ* 212/386

Ct Lei 9.507/1997, art. 8º, parágrafo único, I. (...) ***Habeas data.*** HD 87-AgR *RTJ* 213/17

Adm Lei 9.613/1998. (...) ***Processo administrativo.*** RMS 25.897 *RTJ* 211/293

PrPn Lei 9.613/1998, art. 1º. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrPn Lei 9.613/1998, art. 3º: interpretação conforme à Constituição. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 83.868 *RTJ* 212/458

Adm Lei 9.613/1998, art. 12. (...) ***Responsabilidade administrativa.*** RMS 25.897 *RTJ* 211/293

Adm Lei 9.613/1998, art. 12, II. (...) ***Pena administrativa.*** RMS 25.897 *RTJ* 211/293

PrSTF Lei 9.688/1998. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.980 *RTJ* 212/29

PrSTF Lei 9.718/1998, art. 3º, § 2º, I. (...) ***Medida cautelar.*** ADC 18-MC-QO-terceira *RTJ* 213/11

PrSTF Lei 9.868/1999, art. 21. (...) ***Medida cautelar.*** ADC 18-MC-QO-terceira *RTJ* 213/11

PrSTF Lei 9.882/1999, art. 4º, § 1º. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 172-REF-MC *RTJ* 211/11

PrPn Lei 10.409/2002, art. 38. (...) ***Processo criminal.*** RHC 95.775 *RTJ* 212/506 – RHC 97.667 *RTJ* 211/462

PrPn Lei 10.792/2003. (...) ***Interrogatório.*** HC 94.601 *RTJ* 211/379

Pn Lei 10.826/2003, art. 16. (...) ***Estatuto do Desarmamento.*** HC 96.532 *RTJ* 213/555

Ct Lei 11.101/2005. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 583.955 *RTJ* 212/570

PrSTF Lei 11.105/2005, art. 5º. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Ct Lei 11.105/2005, art. 5º. (...) ***Lei de Biossegurança.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Pn Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º. (...) ***Pena.*** HC 97.992 *RTJ* 211/468

PrSTF Lei 11.514/2007, art. 100. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.949-MC *RTJ* 212/372

Ct Lei 11.514/2007, art. 100. (...) ***Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).*** ADI 3.949-MC *RTJ* 212/372

PrSTF Lei 11.656/2008: suspensão da eficácia. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 4.049-MC *RTJ* 211/247

Trbt Lei Complementar 56/1987. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 361.829-ED *RTJ* 214/510

Trbt Lei Complementar 70/1991. (...) ***Contribuição social.*** RE 198.604-EDv-ED *RTJ* 211/498

Trbt Lei Complementar estadual 7/2002/SC. (...) ***Contribuição para Custeio de Serviço de Iluminação Pública (COSIP).*** RE 573.675 *RTJ* 211/536

Pn Lei das Contravenções Penais, art. 47. (...) ***Advocacia.*** HC 74.471 *RTJ* 211/299

Ct ***Lei de Biossegurança.*** Células-tronco embrionárias: pesquisa e terapia. Direito à vida: inexistência de violação. Aborto: não caracterização. Células-tronco embrionárias e adultas, embrião, feto e pessoa: distinção. Lei 11.105/2005, art. 5º. ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Ct ***Lei de Biossegurança.*** Células-tronco embrionárias: pesquisa e terapia. Fertilização *in vitro*, inviabilidade ou congelamento do embrião há mais de três anos e autorização dos genitores: condições suficientes. Princípio da dignidade da pessoa humana e direito à vida: ofensa inocorrente. Lei 11.105/2005, art. 5º. ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Ct ***Lei de Biossegurança.*** Células-tronco embrionárias: pesquisa e terapia. Liberdade de expressão científica. Constitucionalismo fraternal. Princípio da dignidade da pessoa humana. CF/1988, arts. 1º, III; 5º, IX; e 218. Lei 11.105/2005, art. 5º. ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Ct ***Lei de Biossegurança.*** Direito à saúde: direito fundamental. Melhoria da condição humana. CF/1988, arts. 6º e 199, § 4º. Lei 11.105/2005, art. 5º. ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Ct ***Lei de Biossegurança.*** Pesquisa científica. Células-tronco embrionárias ou células-tronco adultas. Técnica mais promissora: impossibilidade de análise pelo STF. Lei 11.105/2005, art. 5º. ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Ct ***Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).*** Elaboração. Estimativa de receitas. Consideração dos efeitos de propostas de alterações na legislação tributária e das contribuições. Princípio da universalidade orçamentária. CF/1988, art. 165, § 2º. Lei 11.514/2007, art. 100. ADI 3.949-MC *RTJ* 212/372

Pn Lei de Execução Penal (LEP), arts. 95; 112; 114, I; e 115, *caput*. (...) ***Execução penal.*** HC 97.147 *RTJ* 213/561

PrPn Lei de Execução Penal (LEP), art. 112, redação da Lei 10.792/2003. (...) ***Execução penal.*** HC 95.323 *RTJ* 211/414

PrPn Lei de Execução Penal (LEP), art. 117. (...) ***Prisão domiciliar.*** HC 98.675 *RTJ* 211/483

PrPn Lei de Execução Penal (LEP), art. 117: afastamento do caráter taxativo. (...) ***Prisão domiciliar.*** HC 95.334 *RTJ* 212/498

Ct ***Lei de Imprensa.*** Bloco normativo indivisível. Incompatibilidade material com a ordem constitucional vigente. Lei 5.250/1967: não recepção pela CF/1988. ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct Lei de iniciativa do Poder Executivo. (...) ***Processo legislativo.*** AI 258.067 *RTJ* 212/656

Adm ***Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).*** Poder Legislativo e Ministério Público estaduais: descumprimento. Restrição a operação de crédito do Poder Executivo estadual: impossibilidade. Princípio da intranscendência: ofensa. ACO 1.431-REF-MC *RTJ* 212/15

Ct Lei distrital 670/1994/DF: inconstitucionalidade. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 1.042 *RTJ* 212/11

Adm Lei específica: necessidade. (...) ***Cargo público.*** RE 480.328 *RTJ* 212/561

Adm Lei estadual: necessidade. (...) ***Vencimentos.*** RE 459.128 *RTJ* 212/557

PrSTF Lei estadual 1.126/2002/RO. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.876 *RTJ* 212/22

Ct Lei estadual 12.420/1999/PR. (...) ***Competência legislativa concorrente.*** ADI 1.980 *RTJ* 211/52

Ct Lei municipal em face da Constituição estadual. (...) ***Controle abstrato de constitucionalidade.*** RE 579.760-ED *RTJ* 213/716

PrSTF Lei municipal em face da Constituição estadual. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 573.675 *RTJ* 211/536

Ct Lei orçamentária: crédito extraordinário. (...) ***Controle concentrado de constitucionalidade.*** ADI 4.049-MC *RTJ* 211/247

PrSTF Lei orçamentária: generalidade e abstração. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.949-MC *RTJ* 212/372

Ct ***Liberdade de exercício profissional.*** Jornalista. Controle estatal prévio: vedação. Criação de conselho de fiscalização profissional: impossibilidade. CF/1988, arts. 5º, IV, IX, XIII, XIV, e 220: inteligência. RE 511.961 *RTJ* 213/605

Ct ***Liberdade de exercício profissional.*** Jornalista. Reserva legal qualificada. Exigência de diploma de curso superior. Liberdade de expressão e de informação: ofensa. CF/1988, arts. 5º, IX e XIII, e 220, § 1º. Decreto-Lei 972/1969, art. 4º, V: não recepção pela CF/1988. RE 511.961 *RTJ* 213/605

Ct Liberdade de expressão científica. (...) ***Lei de Biossegurança.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

PrCv Liberdade de expressão e de informação. (...) ***Ação civil pública.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

Ct Liberdade de expressão e de informação: ofensa. (...) ***Liberdade de exercício profissional.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

Ct Liberdade de expressão e direito à informação: sobredireito. (...) ***Direitos fundamentais.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct ***Liberdade de imprensa.*** Direito à informação. Regime de atuação plena. Censura prévia: vedação constitucional. CF/1988, art. 220. ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct ***Liberdade de imprensa.*** Direito de resposta. Dano moral, material ou à imagem. Responsabilidade civil: indenização. Legislação de regência: direito comum. CF/1988, arts. 5º, IV, V, X, XIII, XIV, e 220: eficácia plena e aplicabilidade imediata. ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct ***Liberdade de imprensa.*** Pluralismo político e democracia: expressão. Pensamento crítico: alternativa à versão oficial dos fatos. Monopólio ou oligopólio: vedação. CF/1988, art. 220, § 5º. ADPF 130 *RTJ* 213/20

PrPn Liberdade de locomoção: ameaça inocorrente. (...) ***Habeas corpus.*** HC 87.817 *RTJ* 214/426

Ct Liberdade e responsabilidade: conciliação. (...) ***Imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

PrPn Licitude. (...) ***Prova criminal.*** HC 84.203 *RTJ* 211/303 – RE 404.593 *RTJ* 211/526 – AI 578.858-AgR *RTJ* 211/561

Ct Limite constitucional à atividade legislativa do Poder Executivo. (...) ***Orçamento.*** ADI 4.049-MC *RTJ* 211/247

Ct Limite máximo: alteração. (...) ***Câmara Municipal.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

Trbt Lista de serviços anexa: taxatividade. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 361.829-ED *RTJ* 214/510

PrCv Litigância de má-fé. (...) ***Agravo regimental.*** RMS 25.595-AgR *RTJ* 213/506

PrSTF Litigância de má-fé. (...) ***Reclamação.*** Rcl 5.133 *RTJ* 211/281

PrCv Litigância de má-fé: não comprovação. (...) ***Ação civil pública.*** RE 233.585 *RTJ* 212/653

PrPn Local sujeito à administração militar. (...) ***Competência criminal.*** HC 93.292 *RTJ* 211/358

Adm Loman/1979, art. 27, § 1º. (...) ***Processo administrativo disciplinar.*** MS 24.803 *RTJ* 214/371

Pn Loman/1979, art. 41. (...) ***Imunidade funcional.*** Inq 2.699-QO *RTJ* 211/211

M

Pn Magistrado. (...) ***Imunidade funcional.*** Inq 2.699-QO *RTJ* 211/211

Pn Maioridade civil superveniente: irrelevância. (...) ***Medida socioeducativa.*** HC 96.745 *RTJ* 211/441

PrCv ***Mandado de segurança.*** Ato de ministro de Estado. Ensino superior: criação de curso de graduação em medicina. Manifestação do Conselho Nacional de Saúde: caráter opinativo. Direito líquido e certo inexistente. Decreto 3.860/2001, art. 27. RMS 25.595-AgR *RTJ* 213/506

PrCv ***Mandado de segurança.*** Cabimento. Acórdão em conflito de competência. Ato de natureza jurisdicional. RMS 26.098 *RTJ* 212/400

PrCv ***Mandado de segurança.*** Decadência. Prazo: termo inicial. Lei 1.533/1951, art. 18. Súmula 632. MS 27.443-AgR *RTJ* 212/417

PrCv ***Mandado de segurança.*** Decadência: inocorrência. Vencimentos de servidor público. Prestação de trato sucessivo. Indeferimento expresso: ausência. Prazo: renovação a cada ato. RMS 24.250 *RTJ* 213/502

PrCv ***Mandado de segurança.*** Decisão do TCU. Rejeição de contas de ex-prefeito. Efeito suspensivo a recurso de revisão: inadmissibilidade. Lei 8.443/1992, art. 35. MS 27.443-AgR *RTJ* 212/417

PrCv ***Mandado de segurança.*** Descabimento. Ato jurisdicional do STF. MS 26.908-AgR *RTJ* 213/510

PrCv ***Mandado de segurança.*** Descabimento. Decisão liminar em Juizado Especial. Regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Princípio da ampla defesa: ofensa inocorrente. Lei 9.099/1995. CF/1988, art. 5º, LV. RE 576.847 *RTJ* 211/558

PrCv ***Mandado de segurança.*** Matéria de prova. Processo administrativo disciplinar. Desvio de conduta de magistrado. MS 24.803 *RTJ* 214/371

PrCv ***Mandado de segurança.*** Prejudicialidade. Medida liminar indeferida. Concurso público para o Ministério Público Federal: encerramento. Prova oral: não realização. MS 26.696 *RTJ* 212/405

PrCv Manifestação do Conselho Nacional de Saúde: caráter opinativo. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 25.595-AgR *RTJ* 213/506

Ct Marco temporal: promulgação da CF/1988. (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn Matéria de prova. (...) ***Habeas corpus.*** HC 91.661 *RTJ* 211/324 – HC 94.052 *RTJ* 211/369

PrCv Matéria de prova. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 24.803 *RTJ* 214/371

PrPn Matéria de prova: inadmissibilidade. (...) ***Habeas corpus.*** HC 98.197 *RTJ* 213/578

PrSTF Matéria infraconstitucional. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 404.593 *RTJ* 211/526

PrPn Materialidade do crime e indícios de autoria. (...) ***Ação penal.*** HC 91.661 *RTJ* 211/324 – HC 96.608 *RTJ* 212/509

PrPn Materialidade do crime e indícios de autoria. (...) ***Denúncia.*** HC 84.203 *RTJ* 211/303

Pn Maus antecedentes: não consideração de condenação anterior. (...) ***Pena-base.*** HC 98.992 *RTJ* 214/494

PrSTF ***Medida cautelar.*** Ação declaratória de constitucionalidade. Prorrogação da eficácia: situação excepcional reconhecida pelo STF. Cofins e PIS/Pasep. Faturamento. Base de cálculo: exclusão do ICMS. CF/1988, art. 195, I, *b*. Lei 9.868/1999, art. 21. Lei 9.718/1998, art. 3º, § 2º, I. ADC 18-MC-QO-terceira *RTJ* 213/11

PrSTF ***Medida cautelar.*** Ação direta de inconstitucionalidade. Decisão de relator: excepcionalidade. Referendo do Plenário. ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

PrSTF ***Medida cautelar.*** Ação direta de inconstitucionalidade. Efeitos *ex tunc*. ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

PrSTF ***Medida cautelar.*** Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 11.656/2008: suspensão da eficácia. ADI 4.049-MC *RTJ* 211/247

Pn ***Medida de segurança.*** Semi-imputabilidade. Crime punível com reclusão: internação. Substituição por tratamento ambulatorial: possibilidade. Recomendação do laudo médico. CP/1940, art. 26, *caput* e parágrafo único, c/c art. 98. HC 85.401 *RTJ* 213/512

PrPn Medida liminar deferida no STF: abrandamento da Súmula 691. (...) ***Habeas corpus.*** HC 92.098 *RTJ* 211/330

Pn Medida liminar em revisão criminal: indeferimento. (...) ***Execução penal.*** HC 99.918 *RTJ* 213/588

PrCv Medida liminar indeferida. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.696 *RTJ* 212/405

PrPn Medida liminar indeferida por relator do STJ. (...) ***Habeas corpus.*** HC 96.415 *RTJ* 213/552 – HC 98.237 *RTJ* 214/472 – HC 98.675 *RTJ* 211/483

PrSTF Medida provisória: conversão em lei. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.049-MC *RTJ* 211/247

Pn ***Medida socioeducativa.*** Semiliberdade: possibilidade de manutenção. Maioridade civil superveniente: irrelevância. Princípio da especialidade. Código Civil: norma de caráter geral. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), art. 121, § 5º. CF/1988, art. 227, *caput* e § 3º, V. HC 96.745 *RTJ* 211/441

Pn Medida socioeducativa: caráter educativo, preventivo e protetor. (...) ***Ato infracional.*** HC 98.381 *RTJ* 213/583

Ct Melhoria da condição humana. (...) ***Lei de Biossegurança.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Ct Membro de Tribunal de Contas estadual. (...) ***Competência originária.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

El Membro do Ministério Público eleito antes da EC 45/2004. (...) ***Eleição.*** RE 597.994 *RTJ* 212/598

PrSTF Membro do Ministério Público Federal com atuação em primeira instância e Associação Nacional dos Procuradores da República: ilegitimidade. (...) ***Reclamação.*** Rcl 2.138 *RTJ* 211/58

Ct Membros do Congresso Nacional: inaplicabilidade. (...) ***Crime de responsabilidade.*** Pet 3.923-QO *RTJ* 211/225

PrTr *Mens legis*: celeridade. (...) ***Reclamação trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrPn Militar da reserva contra militar da ativa. (...) ***Competência criminal.*** HC 93.292 *RTJ* 211/358

PrCv Ministério Público. (...) ***Ação civil pública.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

Ct ***Ministério Público.*** Poderes de investigação: legitimidade. Usurpação de atribuição da polícia judiciária: inocorrência. Formação da *opinio delicti*. CF/1988, arts. 129 e 144. HC 91.661 *RTJ* 211/324

PrPn Ministério Público. (...) ***Recurso especial.*** HC 95.613 *RTJ* 211/420

PrPn Ministério Público: formação da *opinio delicti*. (...) ***Inquérito policial.*** HC 100.042-MC *RTJ* 212/644

PrSTF Ministro com voto de mérito proferido: aposentadoria. (...) ***Supremo Tribunal Federal (STF).*** Rcl 2.138 *RTJ* 211/58

Ct Ministro de Estado: cessação do exercício da função. (...) ***Competência originária.*** Rcl 2.138 *RTJ* 211/58

PrSTF Ministro relator: atuação no mesmo processo no TSE. (...) ***Competência jurisdicional.*** AC 2.347-AgR *RTJ* 211/204

Ct Modelo contínuo: necessidade. (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Monopólio ou oligopólio: vedação. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Pn Morte de agente e prescrição da pretensão punitiva. (...) ***Extinção da punibilidade.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrCv ***Multa cominatória (astreintes).*** Imposição contra o poder público: legitimidade. Função coercitiva. CPC/1973, art. 461, § 5º. RE 495.740-TAR *RTJ* 214/526

PrSTF Multa processual: inaplicabilidade. (...) ***Reclamação.*** Rcl 5.133 *RTJ* 211/281

N

PrPn Não conhecimento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 87.817 *RTJ* 214/426

Trbt Natureza da moeda empregada: irrelevância. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 248.499 *RTJ* 213/598

Ct Natureza jurídica. (...) ***Crime de responsabilidade.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

PrPn Natureza jurídica. (...) ***Interrogatório.*** HC 94.601 *RTJ* 211/379

Trbt Natureza jurídica: tributo *sui generis*. (...) ***Contribuição para Custeio de Serviço de Iluminação Pública (COSIP).*** RE 573.675 *RTJ* 211/536

Adm Nexo de causalidade. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** RE 495.740-AgR *RTJ* 214/516

Pn Nexo de causalidade com a atividade jurisdicional. (...) ***Imunidade funcional.*** Inq 2.699-QO *RTJ* 211/211

Adm Nomeação. (...) ***Concurso público.*** RE 227.480 *RTJ* 212/537

PrSTF Norma polissêmica: ausência. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Ct Norma tributária: suspensão *erga omnes* da eficácia de todo o texto. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** ADI 3.929-MC *RTJ* 213/423

PrPn Novo julgamento. (...) ***Júri.*** HC 94.052 *RTJ* 211/369

PrPn Novo julgamento. (...) ***Processo criminal.*** HC 94.731 *RTJ* 213/527

PrPn Nulidade. (...) ***Processo criminal.*** RHC 95.775 *RTJ* 212/506

PrPn Nulidade absoluta. (...) ***Citação por edital.*** HC 91.431 *RTJ* 213/519

Adm Nulidade inocorrente. (...) ***Decisão administrativa.*** RMS 25.897 *RTJ* 211/293

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Denúncia.*** HC 87.817 *RTJ* 214/426

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Habeas corpus.*** HC 98.304 *RTJ* 211/477

Adm Nulidade inocorrente. (...) ***Processo administrativo.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Adm Nulidade inocorrente. (...) ***Processo administrativo disciplinar.*** MS 24.803 *RTJ* 214/371

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Processo criminal.*** HC 94.731 *RTJ* 213/527 – RHC 97.182 *RTJ* 211/452 – RHC 97.667 *RTJ* 211/462

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Prova criminal.*** RHC 97.667 *RTJ* 211/462

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Sentença condenatória.*** RHC 97.667 *RTJ* 211/462

PrPn Nulidade processual absoluta. (...) ***Prova pericial.*** HC 92.845 *RTJ* 211/354

Ct Número de vereador. (...) ***Câmara Municipal.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

O

PrSTF Objeto: identidade parcial. (...) ***Competência jurisdicional.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

Pn Objeto no interior de automóvel. (...) ***Furto qualificado.*** HC 98.406 *RTJ* 212/530

PrPn Ocultação e dissimulação da origem, movimentação, localização e propriedade de valores. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Ct Ocupação, domínio ou posse por não índios: nulidade. (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrSTF Ofensa indireta. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 404.593 *RTJ* 211/526

PrSTF Ofensa indireta à Constituição Federal. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.876 *RTJ* 212/22

PrPn Ofensa irrogada por mensagem eletrônica. (...) ***Competência criminal.*** HC 93.292 *RTJ* 211/358

PrPn Ofensividade mínima, ausência de periculosidade social, baixo grau de reprovabilidade e inexpressividade da lesão jurídica. (...) ***Ação penal.*** HC 92.744 *RTJ* 211/350

PrPn Oferecimento perante o juízo de primeiro grau. (...) ***Denúncia.*** AP 470-QO3 *RTJ* 211/30

PrPn Oitiva como testemunhas: impossibilidade. (...) ***Instrução criminal.*** AP 470-QO3 *RTJ* 211/30

Ct Omissão do poder público. (...) ***Educação.*** RE 594.018-AgR *RTJ* 211/564

PrCv Ônus da sucumbência: inadmissibilidade. (...) ***Ação civil pública.*** RE 233.585 *RTJ* 212/653

Ct ***Orçamento.*** Crédito extraordinário. Despesas imprevisíveis e urgentes: requisitos. Limite constitucional à atividade legislativa do Poder Executivo. CF/1988, art. 167, V e § 3º: interpretação. ADI 4.049-MC *RTJ* 211/247

Ct Ordem restabelecida à época do julgamento. (...) ***Intervenção federal.*** IF 5.179 *RTJ* 214/330

P

Pn Paciente: concessão da liberdade até o julgamento da ação. (...) ***Execução penal.*** HC 99.918 *RTJ* 213/588

Pn Paciente dedicado à atividade criminosa: hipótese inocorrente. (...) ***Pena.*** HC 97.992 *RTJ* 211/468

TrGr Parcelas constantes do recibo: abrangência da quitação. (...) ***Termo de conciliação.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

Ct Parlamento: controle próprio e específico. (...) ***Crime de responsabilidade.*** Pet 3.923-QO *RTJ* 211/225

Ct Patrimônio indígena: imunidade tributária. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn Patrocínio de evento esportivo. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrPn Peculato. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrPn Peculato e lavagem de dinheiro. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Pn Peculiaridades do caso. (...) ***Ato infracional.*** HC 98.381 *RTJ* 213/583

Pn Peculiaridades do caso. (...) ***Execução penal.*** HC 99.918 *RTJ* 213/588

Pn ***Pena.*** Auxílio ao tráfico de entorpecente. Associação para o tráfico. Crimes autônomos. Transnacionalidade: causa de aumento de pena em ambos os crimes. *Bis in idem*: inocorrência. Lei 6.368/1976, arts. 12, § 2º, III, e 14 c/c art. 18, I. HC 97.979 *RTJ* 214/465

Pn ***Pena.*** Fixação. Tráfico de entorpecente. Crime praticado na vigência da Lei 6.368/1976. Paciente dedicado à atividade criminosa: hipótese inocorrente. Causa de diminuição: aplicabilidade. Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º. CF/1988, art. 5º, XL. HC 97.992 *RTJ* 211/468

Pn ***Pena.*** Privativa de liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Requisitos: atendimento. CP/1940, art. 44, I, II, III e § 2º. HC 98.769 *RTJ* 211/489

Pn ***Pena.*** Redimensionamento. Prescrição inocorrente. RHC 101.887 *RTJ* 214/498

Pn ***Pena.*** Sentença condenatória recorrível. Execução provisória: inadmissibilidade. Princípio da não culpabilidade. HC 99.157 *RTJ* 211/492

PrPn Pena: extinção pelo cumprimento. (...) ***Execução penal.*** HC 95.830 *RTJ* 211/428

Adm ***Pena administrativa.*** Dosimetria. Pena pecuniária: limite legal. Razoabilidade: observância. Lei 9.613/1998, art. 12, II. RMS 25.897 *RTJ* 211/293

Adm Pena pecuniária: limite legal. (...) ***Pena administrativa.*** RMS 25.897 *RTJ* 211/293

Pn Pena privativa de liberdade. (...) ***Execução penal.*** HC 97.147 *RTJ* 213/561

PrPn Pena superior a um ano. (...) ***Suspensão condicional do processo penal – sursis processual.*** HC 83.163 *RTJ* 212/427

Pn ***Pena-base.*** Fixação acima do mínimo legal. Circunstância agravante: reincidência. Maus antecedentes: não consideração de condenação anterior. *Bis in idem*: inocorrência. CP/1940, art. 59. HC 98.992 *RTJ* 214/494

Pn ***Pena-base.*** Fixação acima do mínimo legal. Tráfico de entorpecente. Réu viciado: motivação inidônea. HC 98.456 *RTJ* 212/533

Pn ***Pena-base.*** Fixação no triplo do mínimo legal. Guarda de substância entorpecente: crime de mera conduta. Quantidade de droga apreendida: motivação inidônea. HC 97.992 *RTJ* 211/468

Ct Pensamento crítico: alternativa à versão oficial dos fatos. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct Perda do cargo: decisão judicial transitada em julgado. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

PrPn Periculosidade do réu e possibilidade de fuga. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.061 *RTJ* 213/573

Trbt Período entre a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis 2.445/1988 e 2.449/1988 até a MP 1.212/1995. (...) ***Contribuição social.*** AI 677.191-AgR *RTJ* 214/577

Cv ***Personalidade civil.*** Início da vida humana: teorias. Constituição Federal: silêncio. ADI 3.510 *RTJ* 214/43

PrSTF Pertinência temática. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Ct Pesquisa científica. (...) ***Lei de Biossegurança.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

PrSTF Petição inicial. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

Ct ***Planejamento familiar.*** Fertilização *in vitro*: opção do casal. Aproveitamento dos embriões viáveis: faculdade. Princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e autonomia da vontade privada. CF/1988, art. 226, § 7º. ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Ct Pluralismo político e democracia: expressão. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct Poder de emenda parlamentar: hipóteses. (...) ***Processo legislativo.*** AI 258.067 *RTJ* 212/656

Ct Poder de iniciativa: exercício. (...) ***Processo legislativo.*** MS 22.538 *RTJ* 212/394

Ct Poder Executivo da União. (...) ***Competência.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Poder Executivo e Poder Legislativo: comprometimento das funções. (...) ***Intervenção federal.*** IF 5.179 *RTJ* 214/330

Ct ***Poder Judiciário.*** Prestação jurisdicional. Fase administrativa: exaurimento. Legislador constituinte: limitação. Dissídio coletivo e desporto. CF/1988, arts. 114, § 2º, e 217, § 1º. ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

Ct Poder Judiciário: dever de proteção. (...) ***Ensino fundamental e educação infantil.*** RE 594.018-AgR *RTJ* 211/564

Ct Poder Judiciário, Poder Legislativo, Ministério Público e Tribunal de Contas. (...) ***Dotação orçamentária.*** ADI 1.914 *RTJ* 211/48

Ct Poder Legislativo. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Adm Poder Legislativo e Ministério Público estaduais: descumprimento. (...) ***Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).*** ACO 1.431-REF-MC *RTJ* 212/15

Ct Poderes de investigação: legitimidade. (...) ***Ministério Público.*** HC 91.661 *RTJ* 211/324

PrSTF Política pública para educação: implementação. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.*** ADI 1.698 *RTJ* 214/16

PrSTF Portaria 2.814/1998-Ministério da Saúde, art. 5º, § 3º: suspensão cautelar. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.105-MC *RTJ* 214/311

PrSTF Portaria do Ministério da Saúde: ato normativo de caráter autônomo. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADI 4.105-MC *RTJ* 214/311

El Posse de suplente de vereador: descabimento. (...) ***Eleição.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

Pn Posse ilegal de munição de uso restrito. (...) ***Estatuto do Desarmamento.*** HC 96.532 *RTJ* 213/555

PrSTF Possibilidade de mudança de jurisprudência: irrelevância. (...) ***Questão de ordem.*** Rcl 2.138 *RTJ* 211/58

Pn Potencialidade lesiva. (...) ***Crime eleitoral.*** HC 96.233 *RTJ* 211/437

Pn Potencialidade lesiva da munição: inexistência. (...) ***Estatuto do Desarmamento.*** HC 96.532 *RTJ* 213/555

Pn Prática criminosa: dispensabilidade. (...) ***Quadrilha ou bando.*** HC 95.086 *RTJ* 212/487

PrPn Prazo: inobservância. (...) ***Citação por edital.*** HC 91.431 *RTJ* 213/519

PrCv Prazo: renovação a cada ato. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 24.250 *RTJ* 213/502

PrPn Prazo: termo inicial. (...) ***Citação por edital.*** HC 91.431 *RTJ* 213/519

PrCv Prazo: termo inicial. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 27.443-AgR *RTJ* 212/417

Pn Prazo prescricional: suspensão. (...) ***Execução penal.*** HC 99.918 *RTJ* 213/588

Ct Prazo recursal em dobro: descabimento. (...) ***Controle abstrato de constitucionalidade.*** RE 579.760-ED *RTJ* 213/716

PrPn Preclusão. (...) ***Denúncia.*** HC 87.817 *RTJ* 214/426

El Prefeito municipal: reeleição. (...) ***Eleição.*** RE 597.994 *RTJ* 212/598

PrCv Prejudicialidade. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.696 *RTJ* 212/405

PrSTF Prejudicialidade inocorrente. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.049-MC *RTJ* 211/247

PrPn Prejuízo à defesa: ausência. (...) ***Processo criminal.*** HC 89.517 *RTJ* 213/516 – RHC 97.182 *RTJ* 211/452

PrPn Prejuízo não demonstrado. (...) ***Processo criminal.*** HC 94.731 *RTJ* 213/527 – RHC 97.667 *RTJ* 211/462

PrPn Preparo: insuficiência. (...) ***Recurso especial.*** HC 95.128 *RTJ* 212/493

Ct Prerrogativa de foro: manutenção. (...) ***Competência originária.*** Rcl 2.138 *RTJ* 211/58

PrPn Prerrogativa de foro inexistente. (...) ***Competência criminal.*** AP 511 *RTJ* 212/629

PrPn Prerrogativa de recusa: inaplicabilidade. (...) ***Testemunha.*** AP 470-QO-QO *RTJ* 211/37

Ct Prerrogativa inerente à atividade parlamentar. (...) ***Processo legislativo.*** AI 258.067 *RTJ* 212/656

Pn ***Prescrição.*** Crime permanente. Termo inicial: término da permanência. CP/1940, art. 109, IV, c/c art. 111, III. HC 87.208-ED *RTJ* 211/315

Pn ***Prescrição.*** Inocorrência. Causas interruptivas. Recebimento da denúncia. Sentença condenatória recorrível. CP/1940, art. 117. HC 99.157 *RTJ* 211/492

Pn ***Prescrição.*** Interrupção. Sentença condenatória. Redução da pena em *habeas corpus*. Substituição da causa interruptiva: inocorrência. HC 95.758 *RTJ* 211/425

PrPn Prescrição: ocorrência. (...) ***Habeas corpus.*** HC 91.431 *RTJ* 213/519

PrPn Prescrição da pretensão punitiva. (...) ***Habeas corpus.*** HC 95.563 *RTJ* 212/502

Pn Prescrição inocorrente. (...) ***Pena.*** RHC 101.887 *RTJ* 214/498

Adm Presidente da República: homologação. (...) ***Processo administrativo.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn Presidente de Tribunal de Justiça: término do mandato. (...) ***Habeas corpus.*** HC 87.817 *RTJ* 214/426

Adm Pressupostos. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** RE 495.740-AgR *RTJ* 214/516

PrCv Pressupostos: atendimento. (...) ***Tutela antecipada.*** RE 495.740-TAR *RTJ* 214/526

PrCv Prestação de trato sucessivo. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 24.250 *RTJ* 213/502

Ct Prestação jurisdicional. (...) ***Poder Judiciário.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrSTF Prestação jurisdicional célere: necessidade. (...) ***Reclamação.*** Rcl 5.758 *RTJ* 212/386

Adm Presunção *juris tantum* de legitimidade e veracidade. (...) ***Processo administrativo.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Pretensão resistida: não demonstração. (...) ***Habeas data.*** HD 87-AgR *RTJ* 213/17

PrSTF Prevenção: data da distribuição. (...) ***Competência jurisdicional.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrPn Primariedade e bons antecedentes: irrelevância. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 83.868 *RTJ* 212/458 – HC 98.197 *RTJ* 213/578

PrPn Princípio da ampla defesa. (...) ***Interrogatório.*** HC 94.601 *RTJ* 211/379

Adm Princípio da ampla defesa. (...) ***Processo administrativo disciplinar.*** MS 24.803 *RTJ* 214/371

PrCv Princípio da ampla defesa: ofensa inocorrente. (...) ***Mandado de segurança.*** RE 576.847 *RTJ* 211/558

PrPn Princípio da ampla defesa e da não culpabilidade. (...) ***Recurso especial.*** HC 95.128 *RTJ* 212/493

PrPn Princípio da colegialidade: ofensa. (...) ***Habeas corpus.*** HC 96.012 *RTJ* 211/433

Ct Princípio da dignidade da pessoa humana. (...) ***Lei de Biossegurança.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

PrPn Princípio da dignidade da pessoa humana. (...) ***Prisão domiciliar.*** HC 98.675 *RTJ* 211/483

PrSTF Princípio da dignidade da pessoa humana. (...) ***Reclamação.*** Rcl 5.758 *RTJ* 212/386

Ct Princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e autonomia da vontade privada. (...) ***Planejamento familiar.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Ct Princípio da dignidade da pessoa humana e direito à vida: ofensa inocorrente. (...) ***Lei de Biossegurança.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Pn Princípio da especialidade. (...) ***Medida socioeducativa.*** HC 96.745 *RTJ* 211/441

PrTr Princípio da inafastabilidade da jurisdição. (...) ***Jurisdição trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

Ct Princípio da independência e harmonia dos Poderes: ofensa. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** HC 96.549-MC *RTJ* 212/641

Pn Princípio da insignificância. (...) ***Furto tentado.*** HC 92.744 *RTJ* 211/350

Pn Princípio da insignificância: aplicabilidade. (...) ***Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).*** HC 98.381 *RTJ* 213/583

PrPn Princípio da insignificância: avaliação objetiva. (...) ***Ação penal.*** HC 92.744 *RTJ* 211/350

Pn Princípio da insignificância: inaplicabilidade. (...) ***Ato infracional.*** HC 98.381 *RTJ* 213/583

Pn Princípio da insignificância: inaplicabilidade. (...) ***Crime militar.*** HC 98.159 *RTJ* 211/473

Pn Princípio da insignificância: inaplicabilidade. (...) ***Furto.*** HC 96.757 *RTJ* 212/520

Adm Princípio da intranscendência: ofensa. (...) ***Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).*** ACO 1.431-REF-MC *RTJ* 212/15

Pn Princípio da irretroatividade da lei penal mais grave. (...) ***Execução penal.*** RE 452.991 *RTJ* 212/553

PrTr Princípio da isonomia. (...) ***Reclamação trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

Trbt Princípio da isonomia e da capacidade contributiva: ofensa inocorrente. (...) ***Contribuição para Custeio de Serviço de Iluminação Pública (COSIP).*** RE 573.675 *RTJ* 211/536

Pn Princípio da não culpabilidade. (...) ***Pena.*** HC 99.157 *RTJ* 211/492

PrPn Princípio da não culpabilidade. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 92.098 *RTJ* 211/330

PrPn Princípio da não culpabilidade: interpretação. (...) ***Sentença condenatória.*** HC 83.868 *RTJ* 212/458

PrPn Princípio da proporcionalidade. (...) ***Sentença condenatória.*** HC 83.868 *RTJ* 212/458

Trbt Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade: observância. (...) ***Contribuição para Custeio de Serviço de Iluminação Pública (COSIP).*** RE 573.675 *RTJ* 211/536

Pn Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade: ofensa inocorrente. (...) ***Receptação qualificada.*** HC 97.344 *RTJ* 211/459

PrPn Princípio da segurança jurídica. (...) ***Ação penal.*** HC 94.982 *RTJ* 211/388

El Princípio da soberania popular. (...) ***Eleição.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

PrSTF Princípio da subsidiariedade. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20 – ADPF 172-REF-MC *RTJ* 211/11

Ct Princípio da universalidade orçamentária. (...) ***Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).*** ADI 3.949-MC *RTJ* 212/372

PrPn Princípio do contraditório. (...) ***Instrução criminal.*** AP 470-QO3 *RTJ* 211/30

PrCv Princípio do contraditório e da ampla defesa: ofensa inocorrente. (...) ***Embargos de declaração.*** RE 361.829-ED *RTJ* 214/510

PrSTF Princípio do juiz natural: ofensa inocorrente. (...) ***Competência jurisdicional.*** AC 2.347-AgR *RTJ* 211/204

Int Princípio do *non refoulement*. (...) ***Extradição.*** Ext 1.170 *RTJ* 214/11

PrPn Princípio *nemo tenetur se detegere*. (...) ***Interrogatório.*** HC 94.601 *RTJ* 211/379

PrPn Princípio *tantum devolutum quantum appellatum*: ofensa inocorrente. (...) ***Recurso especial.*** HC 95.613 *RTJ* 211/420

Adm Princípios constitucionais: observância. (...) ***Processo administrativo.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn Prisão cautelar: fundamentação. (...) ***Sentença condenatória.*** HC 83.868 *RTJ* 212/458

PrPn ***Prisão domiciliar.*** Cabimento: excepcionalidade. Casa do albergado inexistente ou imprópria. Lei de Execução Penal (LEP), art. 117: afastamento do caráter taxativo. HC 95.334 *RTJ* 212/498

PrPn ***Prisão domiciliar.*** Cabimento: excepcionalidade. Réu preso preventivamente. Doença grave: tratamento médico especial. Estabelecimento prisional inadequado. Princípio da dignidade da pessoa humana. Lei de Execução Penal (LEP), art. 117. HC 98.675 *RTJ* 211/483

PrPn ***Prisão em flagrante.*** Excesso de prazo. Fundamentos da prisão preventiva: ausência. *Habeas corpus*: concessão de ofício. HC 96.415 *RTJ* 213/552

PrPn ***Prisão preventiva.*** Caráter excepcional. Princípio da não culpabilidade. CPP/1941, art. 312. HC 92.098 *RTJ* 211/330

PrPn ***Prisão preventiva.*** Excesso de prazo. Responsabilidade da defesa: ausência. HC 93.639 *RTJ* 213/523

PrPn ***Prisão preventiva.*** Excesso de prazo. Réu foragido. Captura efetuada em Estado diverso. Recambiamento: necessidade. Responsabilidade do aparelho judiciário: ausência. Constrangimento ilegal inocorrente. HC 96.955 *RTJ* 211/447

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação insuficiente. Conveniência da instrução criminal: ameaça a testemunha. Fato concreto: ausência. CPP/1941, art. 312. HC 98.197 *RTJ* 213/578

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação insuficiente. Conveniência da instrução criminal e garantia da ordem pública. Fato concreto: superação. HC 93.639 *RTJ* 213/523

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação insuficiente. Garantia da ordem pública, gravidade do crime e risco de continuidade delitiva. Fato concreto: ausência. CPP/1941, art. 312. HC 92.098 *RTJ* 211/330

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação suficiente. Garantia da ordem pública. Tráfico de entorpecente. Quadrilha organizada. Constrangimento ilegal inocorrente. CPP/1941, art. 312. HC 98.304 *RTJ* 211/477

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação suficiente. Garantia da ordem pública. Tráfico de entorpecente. Reiteração delitiva: probabilidade. Constrangimento ilegal inocorrente. CPP/1941, art. 312. HC 92.735 *RTJ* 211/346

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação suficiente. Garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Periculosidade do réu e possibilidade de fuga. Homicídio triplamente qualificado e ocultação de cadáver. HC 98.061 *RTJ* 213/573

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação suficiente. Garantia da ordem pública e periculosidade do réu. Primariedade e bons antecedentes: irrelevância. CPP/1941, art. 312. HC 98.197 *RTJ* 213/578

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação suficiente. Garantia da ordem pública, gravidade do crime e risco de continuidade delitiva. Lavagem de dinheiro. Primariedade e bons antecedentes: irrelevância. Lei 9.613/1998, art. 3º: interpretação conforme à Constituição. HC 83.868 *RTJ* 212/458

PrPn Prisão preventiva: revogação. (...) ***Habeas corpus.*** HC 83.428 *RTJ* 212/453

Pn Privativa de liberdade. (...) ***Pena.*** HC 98.769 *RTJ* 211/489

Pn Procedimento administrativo: prescindibilidade. (...) ***Crime contra a ordem tributária.*** HC 95.086 *RTJ* 212/487

PrPn Procedimento administrativo não exaurido. (...) ***Inquérito policial.*** HC 95.443 *RTJ* 213/537

PrTr Procedimento sumaríssimo. (...) ***Reclamação trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrSTF Processamento imediato dos embargos: peculiaridades do caso. (...) ***Reclamação.*** Rcl 5.758 *RTJ* 212/386

PrPn Processo: anulação. (...) ***Habeas corpus.*** HC 91.431 *RTJ* 213/519

Adm ***Processo administrativo.*** Demarcação de terra indígena. Presidente da República: homologação. Presunção *juris tantum* de legitimidade e veracidade. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Adm ***Processo administrativo.*** Lavagem de dinheiro. Competência recursal: ministro de Estado da Fazenda. Decreto 2.799/1988. Lei 9.613/1998. RMS 25.897 *RTJ* 211/293

Adm ***Processo administrativo.*** Nulidade inocorrente. Demarcação da terra indígena "Raposa Serra do Sol". Laudo antropológico: assinatura por apenas um profissional. Princípios constitucionais: observância. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrCv Processo administrativo disciplinar. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 24.803 *RTJ* 214/371

Adm ***Processo administrativo disciplinar.*** Nulidade inocorrente. Aposentadoria compulsória de magistrado. Fundamentação suficiente. CF/1988, art. 93, IX: ofensa inocorrente. MS 24.803 *RTJ* 214/371

Adm ***Processo administrativo disciplinar.*** Nulidade inocorrente. Aposentadoria compulsória de magistrado. Sindicância anterior: exercício de defesa. Intimação para sessão que decidiu pelo PAD: ausência. Princípio da ampla defesa. Loman/1979, art. 27, § 1º. MS 24.803 *RTJ* 214/371

Adm Processo administrativo disciplinar contra magistrado. (...) ***Prova.*** MS 24.803 *RTJ* 214/371

PrPn ***Processo criminal.*** Crime funcional. Defesa preliminar: intimação inocorrente. Sentença condenatória superveniente. Prejuízo à defesa: ausência. CPP/1941, art. 514. HC 89.517 *RTJ* 213/516

PrPn ***Processo criminal.*** Nulidade. Tráfico de entorpecente. Rito procedimental: inobservância. Lei 10.409/2002, art. 38. RHC 95.775 *RTJ* 212/506

PrPn ***Processo criminal.*** Nulidade inocorrente. Júri: decisão contrária à prova dos autos. Novo julgamento. Apelação criminal: excesso de linguagem. Desentranhamento do acórdão. Prejuízo não demonstrado. HC 94.731 *RTJ* 213/527

PrPn ***Processo criminal.*** Nulidade inocorrente. Representante do Ministério Público: ausência voluntária em parte da sessão de julgamento. Prejuízo à defesa: ausência. RHC 97.182 *RTJ* 211/452

PrPn ***Processo criminal.*** Nulidade inocorrente. Tráfico internacional de entorpecente. Interrogatório prévio: ausência. Prejuízo não demonstrado. Lei 10.409/2002, art. 38. CPP/1941, art. 563. RHC 97.667 *RTJ* 211/462

Ct Processo de demarcação de terra indígena. (...) ***Competência.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Pn Processo de expulsão e ausência de domicílio no país: irrelevância. (...) ***Execução penal.*** HC 97.147 *RTJ* 213/561

Ct Processo e julgamento. (...) ***Competência originária.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Ct ***Processo legislativo.*** Iniciativa reservada de lei. Poder de emenda parlamentar: hipóteses. Prerrogativa inerente à atividade parlamentar. AI 258.067 *RTJ* 212/656

Ct ***Processo legislativo.*** Lei de iniciativa do Poder Executivo. Emenda parlamentar com aumento de despesa. Servidor público: reajuste da remuneração. Extensão a categoria diversa. AI 258.067 *RTJ* 212/656

Ct ***Processo legislativo.*** Poder de iniciativa: exercício. Iniciativa reservada e iniciativa vinculada: distinção. MS 22.538 *RTJ* 212/394

PrSTF Procurador federal. (...) ***Reclamação.*** Rcl 5.133 *RTJ* 211/281

Ct Produção e consumo. (...) ***Competência legislativa concorrente.*** ADI 1.980 *RTJ* 211/52

Ct Professor: contratação. (...) ***Ensino fundamental e educação infantil.*** RE 594.018-AgR *RTJ* 211/564

Trbt Programa de Integração Social (PIS). (...) ***Contribuição social.*** AI 677.191-AgR *RTJ* 214/577

PrPn Progressão de regime prisional. (...) ***Execução penal.*** HC 95.323 *RTJ* 211/414

PrPn Progressão de regime prisional. (...) ***Habeas corpus.*** HC 95.323 *RTJ* 211/414

Pn Progressão de regime prisional: admissibilidade. (...) ***Execução penal.*** HC 97.147 *RTJ* 213/561

PrPn Proibição de depor: ausência. (...) ***Testemunha.*** AP 470-QO-QO *RTJ* 211/37

PrPn Promotor de justiça militar: autoridade coatora. (...) ***Competência criminal.*** RMS 27.872 *RTJ* 214/420

PrSTF Prorrogação da eficácia: situação excepcional reconhecida pelo STF. (...) ***Medida cautelar.*** ADC 18-MC-QO-terceira *RTJ* 213/11

Adm ***Prova.*** Interceptação telefônica. Processo administrativo disciplinar contra magistrado. Prova emprestada de inquérito policial contra agente sem prerrogativa de foro. MS 24.803 *RTJ* 214/371

PrPn ***Prova criminal.*** Licitude. Busca e apreensão: cumprimento pela Polícia Militar. Providência de caráter cautelar emergencial: atividade ostensiva e de preservação da ordem pública. Usurpação de competência: inocorrência. CF/1988, art. 144, § 4º e § 5º. RE 404.593 *RTJ* 211/526

PrPn ***Prova criminal.*** Licitude. Conversa telefônica. Gravação por interlocutor. Causa legal de sigilo ou reserva da conversação: ausência. AI 578.858-AgR *RTJ* 211/561

PrPn ***Prova criminal.*** Licitude. Gravação em vídeo. Dano ao patrimônio da vítima. Autorização judicial: desnecessidade. Direito à intimidade: ofensa inocorrente. HC 84.203 *RTJ* 211/303

PrPn ***Prova criminal.*** Nulidade inocorrente. Exame de dependência toxicológica extemporâneo: irrelevância. RHC 97.667 *RTJ* 211/462

Adm Prova emprestada de inquérito policial contra agente sem prerrogativa de foro. (...) ***Prova.*** MS 24.803 *RTJ* 214/371

PrCv Prova oral: não realização. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.696 *RTJ* 212/405

PrPn ***Prova pericial.*** Uso de substância entorpecente. Laudo definitivo: ausência. Exame de corpo de delito indireto: inadmissibilidade. Nulidade processual absoluta. Absolvição do réu. CPPM/1969, art. 328. HC 92.845 *RTJ* 211/354

PrPn Prova plena: inexigibilidade. (...) ***Denúncia.*** HC 84.203 *RTJ* 211/303

PrPn Providência de caráter cautelar emergencial: atividade ostensiva e de preservação da ordem pública. (...) ***Prova criminal.*** RE 404.593 *RTJ* 211/526

PrPn Publicação do acórdão que recebeu a denúncia: necessidade. (...) ***Questão de ordem.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Q

PrPn Quadrilha organizada. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.304 *RTJ* 211/477

Pn ***Quadrilha ou bando.*** Crime autônomo. Prática criminosa: dispensabilidade. CP/1940, art. 288. HC 95.086 *RTJ* 212/487

PrPn Qualificação jurídica de fato incontroverso: possibilidade. (...) ***Habeas corpus.*** HC 98.197 *RTJ* 213/578

Pn Quantidade de droga apreendida: motivação inidônea. (...) ***Pena-base.*** HC 97.992 *RTJ* 211/468

PrPn Quebra de sigilo bancário. (...) ***Inquérito policial.*** HC 95.443 *RTJ* 213/537

PrPn Quebra de sigilo telefônico: possibilidade. (...) ***Investigação criminal.*** HC 95.244 *RTJ* 214/441

PrSTF ***Questão de ordem.*** Composição do STF: alteração. Julgamento conjunto de processos semelhantes: desnecessidade. Possibilidade de mudança de jurisprudência: irrelevância. Rcl 2.138 *RTJ* 211/58

PrPn ***Questão de ordem.*** Instrução imediata da ação penal: impossibilidade. Publicação do acórdão que recebeu a denúncia: necessidade. Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrPn Questão não apreciada pelo STJ. (...) ***Habeas corpus.*** HC 83.428 *RTJ* 212/453 – RHC 97.182 *RTJ* 211/452

R

Ct "Raposa Serra do Sol". (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct "Raposa Serra do Sol": extensão. (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Adm Razoabilidade: observância. (...) ***Pena administrativa.*** RMS 25.897 *RTJ* 211/293

Adm Reajuste. (...) ***Vencimentos.*** RE 459.128 *RTJ* 212/557

Adm Reajuste na data-base da categoria. (...) ***Vencimentos.*** MS 22.538 *RTJ* 212/394

PrPn Recambiamento: necessidade. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 96.955 *RTJ* 211/447

El Recandidatura: direito atual. (...) ***Eleição.*** RE 597.994 *RTJ* 212/598

PrPn Recebimento. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Pn Recebimento da denúncia. (...) ***Prescrição.*** HC 99.157 *RTJ* 211/492

Pn ***Receptação qualificada.*** Conduta mais gravosa. Dolo direto e dolo eventual: abrangência. Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade: ofensa inocorrente. CP/1940, art. 180, § 1º. HC 97.344 *RTJ* 211/459

PrSTF ***Reclamação.*** Descabimento. Decisão na ADI 1.127. Identidade de objeto: inocorrência. Rcl 5.133 *RTJ* 211/281

PrSTF ***Reclamação.*** Descabimento. Definição do juízo competente. Ação possessória: localização do imóvel. Decisões na ACO 347, na ACO 652 e na AC 733. Identidade de objeto: inocorrência. Rcl 4.410-AgR *RTJ* 211/277

PrSTF ***Reclamação.*** Descabimento. Substituição de recurso ou ação rescisória. Rcl 8.989-MC *RTJ* 212/634

PrSTF ***Reclamação.*** Execução trabalhista: prazo para oposição de embargos. Descumprimento da decisão na ADC 11-MC: alegação. Suspensão do processo: não razoabilidade. Processamento imediato dos embargos: peculiaridades do caso. Prestação jurisdicional célere: necessidade. Princípio da dignidade da pessoa humana. Lei 9.494/1997, art. 1º-B, redação da MP 2.180-35/2001. Rcl 5.758 *RTJ* 212/386

PrSTF ***Reclamação.*** Intervenção de interessado. Membro do Ministério Público Federal com atuação em primeira instância e Associação Nacional

dos Procuradores da República: ilegitimidade. Atuação perante o STF: procurador-geral da República. Rcl 2.138 *RTJ* 211/58

PrSTF ***Reclamação.*** Procurador federal. Litigância de má-fé. Multa processual: inaplicabilidade. Decisão na ADI 2.652: descumprimento. Rcl 5.133 *RTJ* 211/281

PrTr ***Reclamação trabalhista.*** Procedimento sumaríssimo. *Mens legis*: celeridade. Citação por edital: inviabilidade. Réu em lugar incerto e não sabido: adoção do procedimento ordinário. Princípio da isonomia. CLT/1943, art. 852-B, II, introduzido pelo art. 1º da Lei 9.958/2000. ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrPn Recolhimento à prisão antes da coisa julgada: possibilidade. (...) ***Sentença condenatória.*** HC 83.868 *RTJ* 212/458

Pn Recomendação do laudo médico. (...) ***Medida de segurança.*** HC 85.401 *RTJ* 213/512

Ct Recuperação judicial ou falência. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 583.955 *RTJ* 212/570

PrPn ***Recurso especial.*** Ação penal pública. Preparo: insuficiência. Complementação após o prazo. Custas: exigibilidade após o trânsito em julgado da condenação. Deserção: afastamento. Princípio da ampla defesa e da não culpabilidade. HC 95.128 *RTJ* 212/493

PrPn ***Recurso especial.*** Ministério Público. Interposição contra acórdão absolutório. Sentença condenatória: restabelecimento. Princípio *tantum devolutum quantum appellatum*: ofensa inocorrente. HC 95.613 *RTJ* 211/420

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Acórdão de Tribunal de Justiça em controle concentrado. Jurisprudência assentada do STF. Decisão monocrática: possibilidade. AI 258.067 *RTJ* 212/656

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Antecipação de tutela. Decisão referendada em maior extensão. RE 495.740-TAR *RTJ* 214/526

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Cabimento. Ação direta de inconstitucionalidade estadual. Lei municipal em face da Constituição estadual. Reprodução de dispositivo da Constituição Federal. CF/1988, art. 125, § 2º. RE 573.675 *RTJ* 211/536

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Controle difuso de constitucionalidade. Decisão de órgão fracionário do STF. Reserva de Plenário: ofensa inocorrente. CF/1988, art. 97. RE 361.829-ED *RTJ* 214/510

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Matéria infraconstitucional. Ofensa indireta. RE 404.593 *RTJ* 211/526

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Repercussão geral: inexigibilidade. Interposição anterior à Emenda Regimental 21/2007. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF). RE 511.961 *RTJ* 213/605

Adm Recusa em prover o cargo: necessidade de motivação. (...) ***Concurso público.*** RE 227.480 *RTJ* 212/537

Pn Redimensionamento. (...) ***Pena.*** RHC 101.887 *RTJ* 214/498

Pn Redução da pena em *habeas corpus*. (...) ***Prescrição.*** HC 95.758 *RTJ* 211/425

PrSTF Referendo do Plenário. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

Trbt Regime aduaneiro especial de loja franca. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 539.130 *RTJ* 213/682

Ct Regime de atuação plena. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Pn Regime inicial fechado: incongruência. (...) ***Regime prisional.*** HC 98.769 *RTJ* 211/489

Pn ***Regime prisional.*** Tráfico de entorpecente. Condenado não reincidente: pena inferior a quatro anos. Circunstâncias judiciais favoráveis: informação no acórdão do TJSP. Regime inicial fechado: incongruência. CP/1940, art. 33, § 2º, *c*, e § 3º. HC 98.769 *RTJ* 211/489

PrPn Regimento Interno do STJ, art. 34, XVIII. (...) ***Habeas corpus.*** HC 98.304 *RTJ* 211/477

PrSTF Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF). (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

PrSTF Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 77, parágrafo único. (...) ***Competência jurisdicional.*** AC 2.347-AgR *RTJ* 211/204

PrCv Regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. (...) ***Mandado de segurança.*** RE 576.847 *RTJ* 211/558

El Regras de transição: ausência. (...) ***Eleição.*** RE 597.994 *RTJ* 212/598

Ct Regras estabelecidas pela Funai: observância necessária. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn Reiteração delitiva: probabilidade. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 92.735 *RTJ* 211/346

PrCv Rejeição de contas de ex-prefeito. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 27.443-AgR *RTJ* 212/417

Ct Relação jurídico-administrativa. (...) ***Competência jurisdicional.*** Rcl 7.157-AgR *RTJ* 213/496

Adm Remissão aos fundamentos da decisão impugnada: possibilidade. (...) ***Decisão administrativa.*** RMS 25.897 *RTJ* 211/293

Adm Remuneração: ausência. (...) ***Cargo público.*** RE 480.328 *RTJ* 212/561

Pn Reparação do dano antes do recebimento da denúncia. (...) ***Execução penal.*** HC 99.918 *RTJ* 213/588

Ct Repasse em duodécimos. (...) ***Dotação orçamentária.*** ADI 1.914 *RTJ* 211/48

PrSTF Repercussão geral: inexigibilidade. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

PrPn Representação do ofendido. (...) ***Ação penal pública condicionada.*** HC 98.237 *RTJ* 214/472

PrPn Representante do Ministério Público: ausência voluntária em parte da sessão de julgamento. (...) ***Processo criminal.*** RHC 97.182 *RTJ* 211/452

PrSTF Reprodução de dispositivo da Constituição Federal. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 573.675 *RTJ* 211/536

Pn Reprovabilidade da conduta. (...) ***Furto.*** HC 96.757 *RTJ* 212/520

PrPn Requisitos: análise pelo Juízo da Execução. (...) ***Execução penal.*** HC 95.323 *RTJ* 211/414 – HC 95.830 *RTJ* 211/428

Pn Requisitos: atendimento. (...) ***Pena.*** HC 98.769 *RTJ* 211/489

PrPn Requisitos subjetivos: impossibilidade de análise. (...) ***Habeas corpus.*** HC 95.323 *RTJ* 211/414

PrSTF Reserva de Plenário: ofensa inocorrente. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 361.829-ED *RTJ* 214/510

Ct Reserva legal qualificada. (...) ***Liberdade de exercício profissional.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

Ct Resolução 7/2007-Senado Federal. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** ADI 3.929-MC *RTJ* 213/423

PrSTF Resolução 7/2007-Senado Federal: suspensão dos efeitos dos arts. 6º e 7º da Lei estadual 7.003/1990/SP e dos arts. 4º, 8º, 9º, 10, 11, 12 e 13 da Lei estadual 7.646/1991/SP. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.929-MC *RTJ* 213/423

Trbt Resolução 15/2001-Camex. (...) ***Imposto de Exportação.*** RE 570.680 *RTJ* 213/693

Trbt Resolução 49/1995-Senado Federal: efeito repristinatório à Lei Complementar 7/1970. (...) ***Contribuição social.*** AI 677.191-AgR *RTJ* 214/577

Adm ***Responsabilidade administrativa.*** Administrador da pessoa jurídica: previsão legal. Apuração: desnecessidade. Lei 9.613/1998, art. 12. RMS 25.897 *RTJ* 211/293

Ct Responsabilidade civil: indenização. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Adm ***Responsabilidade civil do Estado.*** Indenização. Servidora pública: atividade laboral insalubre. Infecção por citomegalovírus: transmissão ao feto da Síndrome de West. Dano moral e material. Nexo de causalidade. CF/1988, art. 37, § 6º. RE 495.740-AgR *RTJ* 214/516

Adm ***Responsabilidade civil do Estado.*** Pressupostos. Teoria do risco administrativo. CF/1988, art. 37, § 6º. RE 495.740-AgR *RTJ* 214/516

PrPn Responsabilidade da defesa: ausência. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 93.639 *RTJ* 213/523

PrPn Responsabilidade do aparelho judiciário: ausência. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 96.955 *RTJ* 211/447

Ct Ressalva: relevante interesse público da União. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrCv Ressalva legal: inocorrência. (...) ***Tutela antecipada.*** RE 495.740-TAR *RTJ* 214/526

Adm Restrição a operação de crédito do Poder Executivo estadual: impossibilidade. (...) ***Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).*** ACO 1.431-REF-MC *RTJ* 212/15

Pn Resultado: irrelevância. (...) ***Crime eleitoral.*** HC 96.233 *RTJ* 211/437

PrTr Réu em lugar incerto e não sabido: adoção do procedimento ordinário. (...) ***Reclamação trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrPn Réu foragido. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 96.955 *RTJ* 211/447

PrPn Réu preso preventivamente. (...) ***Prisão domiciliar.*** HC 98.675 *RTJ* 211/483

Pn Réu viciado: motivação inidônea. (...) ***Pena-base.*** HC 98.456 *RTJ* 212/533

PrPn Reunião de processos desmembrados. (...) ***Habeas corpus.*** HC 83.428 *RTJ* 212/453

Adm Revisão geral. (...) ***Vencimentos.*** MS 22.538 *RTJ* 212/394

Int Risco à República Federativa do Brasil: inocorrência. (...) ***Extradição.*** Ext 1.170 *RTJ* 214/11

PrPn Rito procedimental: inobservância. (...) ***Processo criminal.*** RHC 95.775 *RTJ* 212/506

S

TrGr Segurança jurídica e razoabilidade. (...) ***Termo de conciliação.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

Pn Semi-imputabilidade. (...) ***Medida de segurança.*** HC 85.401 *RTJ* 213/512

Pn Semiliberdade: possibilidade de manutenção. (...) ***Medida socioeducativa.*** HC 96.745 *RTJ* 211/441

PrPn ***Sentença condenatória.*** Nulidade inocorrente. Erro material: nome do réu. Embargos de declaração: correção. RHC 97.667 *RTJ* 211/462

Pn Sentença condenatória. (...) ***Prescrição.*** HC 95.758 *RTJ* 211/425

PrPn ***Sentença condenatória.*** Recolhimento à prisão antes da coisa julgada: possibilidade. Prisão cautelar: fundamentação. Antecipação da pena: não ocorrência. Princípio da não culpabilidade: interpretação. Princípio da proporcionalidade. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). HC 83.868 *RTJ* 212/458

PrPn Sentença condenatória: restabelecimento. (...) ***Recurso especial.*** HC 95.613 *RTJ* 211/420

Pn Sentença condenatória recorrível. (...) ***Pena.*** HC 99.157 *RTJ* 211/492

Pn Sentença condenatória recorrível. (...) ***Prescrição.*** HC 99.157 *RTJ* 211/492

PrPn Sentença condenatória superveniente. (...) ***Processo criminal.*** HC 89.517 *RTJ* 213/516

Trbt Serviço público indivisível. (...) ***Contribuição para Custeio de Serviço de Iluminação Pública (COSIP).*** RE 573.675 *RTJ* 211/536

Ct Servidor público. (...) ***Competência jurisdicional.*** Rcl 7.157-AgR *RTJ* 213/496

Ct Servidor público. (...) ***Greve.*** ADI 3.235 *RTJ* 214/29 – RE 226.966 *RTJ* 211/510

Adm ***Servidor público.*** Vantagem pecuniária. Vinculação ao salário mínimo: inconstitucionalidade. Base de cálculo: impossibilidade de substituição por decisão judicial. Atuação do Poder Judiciário como legislador positivo: descabimento. Utilização do salário mínimo como indexador: excepcionalidade. Súmula Vinculante 4. AI 344.269-AgR-AgR *RTJ* 211/521

Adm Servidor público. (...) ***Vencimentos.*** MS 22.538 *RTJ* 212/394

Ct Servidor público: reajuste da remuneração. (...) ***Processo legislativo.*** AI 258.067 *RTJ* 212/656

Adm Servidor público estadual. (...) ***Vencimentos.*** RE 459.128 *RTJ* 212/557

Adm Servidora pública: atividade laboral insalubre. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** RE 495.740-AgR *RTJ* 214/516

PrPn Sigilo profissional: fatos não abrangidos. (...) ***Testemunha.*** AP 470-QO-QO *RTJ* 211/37

Adm Sindicância anterior: exercício de defesa. (...) ***Processo administrativo disciplinar.*** MS 24.803 *RTJ* 214/371

Pn Sistema de vigilância: não impedimento. (...) ***Furto.*** HC 95.613 *RTJ* 211/420

Trbt ***Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições (SIMPLES).*** Cooperativa de ensino. Direito à adesão. Lei 9.317/1996. RE 436.017-AgR-ED *RTJ* 213/602

PrPn Situação objetivamente idêntica. (...) ***Habeas corpus.*** HC 98.675 *RTJ* 211/483

PrPn Soberania dos veredictos: ofensa inocorrente. (...) ***Júri.*** HC 94.052 *RTJ* 211/369

Pn Substituição da causa interruptiva: inocorrência. (...) ***Prescrição.*** HC 95.758 *RTJ* 211/425

PrSTF Substituição de recurso ou ação rescisória. (...) ***Reclamação.*** Rcl 8.989-MC *RTJ* 212/634

Pn Substituição por restritiva de direitos. (...) ***Pena.*** HC 98.769 *RTJ* 211/489

Pn Substituição por tratamento ambulatorial: possibilidade. (...) ***Medida de segurança.*** HC 85.401 *RTJ* 213/512

PrCv Súmula 279: inaplicabilidade. (...) ***Embargos de declaração.*** RE 198.604-EDv-ED *RTJ* 211/498

PrCv Súmula 632. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 27.443-AgR *RTJ* 212/417

PrPn Súmula 691: abrandamento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 96.415 *RTJ* 213/552 – HC 98.237 *RTJ* 214/472 – HC 98.675 *RTJ* 211/483

Ct Súmula 722. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Adm Súmula Vinculante 4. (...) ***Servidor público.*** AI 344.269-AgR-AgR *RTJ* 211/521

Ct Superior Tribunal de Justiça (STJ). (...) ***Competência originária.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

PrPn Suplente de deputado federal. (...) ***Competência criminal.*** AP 511 *RTJ* 212/629

Ct Supremo Tribunal Federal (STF). (...) ***Competência originária.*** ACO 1.431-REF-MC *RTJ* 212/15 – Rcl 2.138 *RTJ* 211/58 – Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrSTF ***Supremo Tribunal Federal (STF).*** Composição: alteração. Ministro com voto de mérito proferido: aposentadoria. Votação sobre questão de ordem pelo ministro sucessor: cabimento. Rcl 2.138 *RTJ* 211/58

Ct Supremo Tribunal Federal (STF). (...) ***Conflito de competência.*** CC 7.545 *RTJ* 211/288

Ct Supremo Tribunal Federal (STF): declaração de inconstitucionalidade parcial. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** ADI 3.929-MC *RTJ* 213/423

PrPn Supressão de instância. (...) ***Habeas corpus.*** HC 83.428 *RTJ* 212/453 – HC 96.012 *RTJ* 211/433

PrPn ***Suspensão condicional do processo penal – sursis processual.*** Inadmissibilidade. Concurso material, concurso formal e continuidade delitiva. Pena superior a um ano. Lei 9.099/1995, art. 89. HC 83.163 *RTJ* 212/427

PrSTF Suspensão do processo: não razoabilidade. (...) ***Reclamação.*** Rcl 5.758 *RTJ* 212/386

T

Ct Técnica mais promissora: impossibilidade de análise pelo STF. (...) ***Lei de Biossegurança.*** ADI 3.510 *RTJ* 214/43

Pn Tentativa. (...) ***Furto.*** HC 95.613 *RTJ* 211/420

Adm Teoria do risco administrativo. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** RE 495.740-AgR *RTJ* 214/516

PrPn Teoria dos poderes implícitos. (...) ***Ação penal.*** HC 91.661 *RTJ* 211/324

TrGr ***Termo de conciliação.*** Título executivo extrajudicial. Eficácia liberatória. Parcelas constantes do recibo: abrangência da quitação. Segurança jurídica e razoabilidade. CLT/1943, art. 625-E, introduzido pelo art. 1º da Lei 9.958/2000. ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

Pn Termo inicial: término da permanência. (...) ***Prescrição.*** HC 87.208-ED *RTJ* 211/315

Ct ***Terra indígena.*** Aproveitamento mercantil de recursos hídricos e potencial energético, pesquisa e lavra de minerais. Autorização do Congresso Nacional: necessidade. CF/1988, arts. 49, XVI, e 231, § 3º. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct ***Terra indígena.*** Bem da União. Patrimônio indígena: imunidade tributária. CF/1988, art. 20, XI. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct ***Terra indígena.*** Controle: União Federal. Estado-membro e Município: atuação complementar. CF/1988, art. 231: interpretação. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct ***Terra indígena.*** Demarcação em faixa de fronteira. Conselho de Defesa Nacional: órgão opinativo. Consulta prévia: desnecessidade. CF/1988, art. 91. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct ***Terra indígena.*** Forças Armadas e Polícia Federal: atuação na área demarcada. Autorização prévia: prescindibilidade. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct ***Terra indígena.*** Usufruto exclusivo dos índios. Ressalva: relevante interesse público da União. CF/1988, art. 231, § 6º. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct ***Terra indígena.*** Visita de não índios: possibilidade. Regras estabelecidas pela Funai: observância necessária. Área em unidade de conservação ambiental: condições estabelecidas pelo Instituto Chico Mendes. Cobrança de tarifa: inadmissibilidade. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Terra indígena "Raposa Serra do Sol". (...) ***Competência originária.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Terra indígena, unidade de conservação ambiental e faixa de fronteira: compatibilidade. (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Terra tradicionalmente ocupada: direito originário. (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn ***Testemunha.*** Advogado. Prerrogativa de recusa: inaplicabilidade. Sigilo profissional: fatos não abrangidos. Proibição de depor: ausência. Lei 8.906/1994, art. 7º, XIX. CPP/1941, art. 207. AP 470-QO-QO *RTJ* 211/37

PrPn Tipicidade penal: aferição. (...) ***Ação penal.*** HC 92.744 *RTJ* 211/350

TrGr Título executivo extrajudicial. (...) ***Termo de conciliação.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

Pn Tráfico de entorpecente. (...) ***Pena.*** HC 97.992 *RTJ* 211/468

Pn Tráfico de entorpecente. (...) ***Pena-base.*** HC 98.456 *RTJ* 212/533

PrPn Tráfico de entorpecente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 92.735 *RTJ* 211/346 – HC 98.304 *RTJ* 211/477

PrPn Tráfico de entorpecente. (...) ***Processo criminal.*** RHC 95.775 *RTJ* 212/506

Pn Tráfico de entorpecente. (...) ***Regime prisional.*** HC 98.769 *RTJ* 211/489

PrPn Tráfico internacional de entorpecente. (...) ***Processo criminal.*** RHC 97.667 *RTJ* 211/462

PrPn Trancamento. (...) ***Ação penal.*** HC 94.982 *RTJ* 211/388 – HC 98.237 *RTJ* 214/472

PrPn Trancamento: descabimento. (...) ***Ação penal.*** HC 91.661 *RTJ* 211/324 – HC 93.733 *RTJ* 211/362 – HC 96.608 *RTJ* 212/509

PrPn Transação penal: não formalização. (...) ***Denúncia.*** HC 87.817 *RTJ* 214/426

PrCv Trânsito em julgado da condenação. (...) ***Ação civil pública.*** Pet 3.923-QO *RTJ* 211/225

Pn Transnacionalidade: causa de aumento de pena em ambos os crimes. (...) ***Pena.*** HC 97.979 *RTJ* 214/465

Ct ***Tribunal de Contas estadual.*** Autonomia. Poder Legislativo. Vínculo de subordinação: ausência. ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Ct ***Tribunal de Contas estadual.*** Conselheiro. Garantia de vitaliciedade. Equiparação a magistrado. Perda do cargo: decisão judicial transitada em julgado. CF/1988, art. 75 c/c art. 73, § 3º. ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Ct ***Tribunal de Contas estadual.*** Conselheiro: afastamento do cargo. Infração administrativa. Assembleia Legislativa: deliberação. Emenda Constitucional estadual 40/2009/RJ: suspensão cautelar. ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

PrPn Tribunal Regional Federal (TRF). (...) ***Competência criminal.*** RMS 27.872 *RTJ* 214/420

PrCv ***Tutela antecipada.*** Cabimento. Fazenda Pública. Pressupostos: atendimento. Ressalva legal: inocorrência. Lei 9.494/1997, art. 1º. CPC/1973, art. 273, I e II, redação da Lei 8.952/1994. RE 495.740-TAR *RTJ* 214/526

U

Ct União Federal. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 1.042 *RTJ* 212/11 – ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Pn Uso de documento falso. (...) ***Crime eleitoral.*** HC 96.233 *RTJ* 211/437

PrPn Uso de substância entorpecente. (...) ***Prova pericial.*** HC 92.845 *RTJ* 211/354

Ct Usufruto exclusivo dos índios. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Usurpação de atribuição da polícia judiciária: inocorrência. (...) ***Ministério Público.*** HC 91.661 *RTJ* 211/324

PrPn Usurpação de competência: inocorrência. (...) ***Prova criminal.*** RE 404.593 *RTJ* 211/526

Pn Utilização de esquema fraudulento. (...) ***Crime contra a ordem tributária.*** HC 95.086 *RTJ* 212/487

Adm Utilização do salário mínimo como indexador: excepcionalidade. (...) ***Servidor público.*** AI 344.269-AgR-AgR *RTJ* 211/521

V

Adm Vantagem pecuniária. (...) ***Servidor público.*** AI 344.269-AgR-AgR *RTJ* 211/521

Adm ***Vencimentos.*** Servidor público. Revisão geral. Reajuste na data-base da categoria. Direito líquido e certo inexistente. CF/1988, art. 37, X. Lei 7.706/1988. MS 22.538 *RTJ* 212/394

Adm ***Vencimentos.*** Servidor público estadual. Reajuste. Vinculação a índice federal: inadmissibilidade. Lei estadual: necessidade. RE 459.128 *RTJ* 212/557

PrCv Vencimentos de servidor público. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 24.250 *RTJ* 213/502

PrSTF Vício formal: não convalidação. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.049-MC *RTJ* 211/247

Adm Vinculação a índice federal: inadmissibilidade. (...) ***Vencimentos.*** RE 459.128 *RTJ* 212/557

Adm Vinculação ao salário mínimo: inconstitucionalidade. (...) ***Servidor público.*** AI 344.269-AgR-AgR *RTJ* 211/521

Ct Vínculo de subordinação: ausência. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Pn Violência ou grave ameaça: inocorrência. (...) ***Crime contra a administração da justiça.*** HC 87.711 *RTJ* 211/318 – HC 101.893 *RTJ* 214/501

Ct Visita de não índios: possibilidade. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrSTF Votação sobre questão de ordem pelo ministro sucessor: cabimento. (...) ***Supremo Tribunal Federal (STF).*** Rcl 2.138 *RTJ* 211/58

ÍNDICE NUMÉRICO

ACÓRDÃOS E DECISÕES MONOCRÁTICAS

18	(ADC-MC-QO-terceira)	Rel.: Min. Celso de Mello	213/11
87	(HD-AgR)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	213/17
130	(ADPF)	Rel.: Min. Ayres Britto	213/20
172	(ADPF-REF-MC)	Rel.: Min. Marco Aurélio	211/11
470	(AP-QO3)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	211/30
470	(AP-QO-QO)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	211/37
511	(AP)	Rel.: Min. Celso de Mello	212/629
1.042	(ADI)	Rel.: Min. Cezar Peluso	212/11
1.170	(Ext)	Rel.: Min. Ellen Gracie	214/11
1.431	(ACO-REF-MC)	Rel.: Min. Celso de Mello	212/15
1.698	(ADI)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	214/16
1.914	(ADI)	Rel.: Min. Cezar Peluso	211/48
1.980	(ADI)	Rel.: Min. Cezar Peluso	211/52
2.138	(Rcl)	Rel. p/ o ac.: Min. Gilmar Mendes	211/58
2.139	(ADI-MC)	Rel. p/ o ac.: Min. Marco Aurélio	213/184
2.280	(Inq)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	213/212
2.347	(AC-AgR)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	211/204
2.699	(Inq-QO)	Rel.: Min. Celso de Mello	211/211
2.876	(ADI)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	212/22
2.980	(ADI)	Rel. p/ o ac.: Min. Cezar Peluso	212/29
3.235	(ADI)	Rel. p/ o ac.: Min. Gilmar Mendes	214/29
3.388	(Pet)	Rel.: Min. Ayres Britto	212/49
3.510	(ADI)	Rel.: Min. Ayres Britto	214/43
3.923	(Pet-QO)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	211/225
3.929	(ADI-MC)	Rel.: Min. Ellen Gracie	213/423
3.949	(ADI-MC)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	212/372

4.049	(ADI-MC)	Rel.: Min. Ayres Britto	211/247
4.105	(ADI-MC)	Rel.: Min. Marco Aurélio	214/311
4.190	(ADI-MC-REF)	Rel.: Min. Celso de Mello	213/436
4.307	(ADI-MC-REF)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	213/460
4.410	(Rcl-AgR)	Rel.: Min. Eros Grau	211/277
5.133	(Rcl)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	211/281
5.179	(IF)	Rel.: Min. Cezar Peluso	214/330
5.758	(Rcl)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	212/386
7.157	(Rcl-AgR)	Rel.: Min. Dias Toffoli	213/496
7.545	(CC)	Rel.: Min. Eros Grau	211/288
8.989	(Rcl-MC)	Rel.: Min. Celso de Mello	212/634
22.538	(MS)	Rel.: Min. Celso de Mello	212/394
24.250	(RMS)	Rel.: Min. Cezar Peluso	213/502
24.803	(MS)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	214/371
25.595	(RMS-AgR)	Rel.: Min. Cezar Peluso	213/506
25.897	(RMS)	Rel.: Min. Marco Aurélio	211/293
26.098	(RMS)	Rel.: Min. Marco Aurélio	212/400
26.696	(MS)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	212/405
26.908	(MS-AgR)	Rel.: Min. Eros Grau	213/510
27.443	(MS-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	212/417
27.872	(RMS)	Rel.: Min. Ellen Gracie	214/420
74.471	(HC)	Rel.: Min. Celso de Mello	211/299
83.163	(HC)	Rel. p/ o ac.: Min. Joaquim Barbosa	212/427
83.428	(HC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	212/453
83.868	(HC)	Rel. p/ o ac.: Min. Ellen Gracie	212/458
84.203	(HC)	Rel.: Min. Celso de Mello	211/303
85.401	(HC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	213/512
87.208	(HC-ED)	Rel.: Min. Cezar Peluso	211/315
87.711	(HC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	211/318
87.817	(HC)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	214/426
89.517	(HC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	213/516
91.431	(HC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	213/519
91.661	(HC)	Rel.: Min. Ellen Gracie	211/324
92.098	(HC)	Rel.: Min. Marco Aurélio	211/330
92.735	(HC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	211/346
92.744	(HC)	Rel.: Min. Eros Grau	211/350
92.845	(HC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	211/354
93.292	(HC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	211/358
93.639	(HC)	Rel.: Min. Eros Grau	213/523
93.733	(HC)	Rel.: Min. Ayres Britto	211/362
94.052	(HC)	Rel.: Min. Eros Grau	211/369
94.601	(HC)	Rel.: Min. Celso de Mello	211/379
94.731	(HC)	Rel.: Min. Dias Toffoli	213/527
94.982	(HC)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	211/388
95.086	(HC)	Rel.: Min. Marco Aurélio	212/487

95.128 (HC) Rel.: Min. Dias Toffoli 212/493
95.244 (HC) Rel.: Min. Dias Toffoli 214/441
95.323 (HC) Rel.: Min. Celso de Mello..... 211/414
95.334 (HC) Rel. p/ o ac.: Min. Marco Aurélio 212/498
95.443 (HC) Rel.: Min. Ellen Gracie 213/537
95.563 (HC) Rel.: Min. Marco Aurélio..... 212/502
95.613 (HC) Rel.: Min. Eros Grau..... 211/420
95.758 (HC) Rel.: Min. Marco Aurélio..... 211/425
95.775 (RHC) Rel.: Min. Joaquim Barbosa 212/506
95.830 (HC) Rel.: Min. Ellen Gracie 211/428
96.012 (HC) Rel.: Min. Ricardo Lewandowski 211/433
96.233 (HC) Rel.: Min. Ellen Gracie 211/437
96.415 (HC) Rel.: Min. Eros Grau..... 213/552
96.532 (HC) Rel.: Min. Ricardo Lewandowski 213/555
96.549 (HC-MC) Rel.: Min. Cezar Peluso 212/641
96.608 (HC) Rel.: Min. Dias Toffoli 212/509
96.745 (HC) Rel.: Min. Ayres Britto..... 211/441
96.757 (HC) Rel.: Min. Dias Toffoli 212/520
96.955 (HC) Rel.: Min. Ricardo Lewandowski 211/447
97.147 (HC) Rel. p/ o ac.: Min. Cezar Peluso 213/561
97.182 (RHC) Rel.: Min. Celso de Mello..... 211/452
97.344 (HC) Rel.: Min. Ellen Gracie 211/459
97.667 (RHC) Rel.: Min. Ellen Gracie 211/462
97.979 (HC) Rel.: Min. Cármen Lúcia 214/465
97.992 (HC) Rel.: Min. Cezar Peluso 211/468
98.061 (HC) Rel.: Min. Eros Grau..... 213/573
98.159 (HC) Rel.: Min. Ricardo Lewandowski 211/473
98.197 (HC) Rel.: Min. Eros Grau..... 213/578
98.237 (HC) Rel.: Min. Celso de Mello..... 214/472
98.304 (HC) Rel.: Min. Cezar Peluso 211/477
98.381 (HC) Rel.: Min. Ricardo Lewandowski 213/583
98.406 (HC) Rel.: Min. Ellen Gracie 212/530
98.456 (HC) Rel.: Min. Cezar Peluso 212/533
98.675 (HC) Rel.: Min. Eros Grau..... 211/483
98.769 (HC) Rel.: Min. Eros Grau..... 211/489
98.992 (HC) Rel.: Min. Ellen Gracie 214/494
99.157 (HC) Rel.: Min. Ellen Gracie 211/492
99.918 (HC) Rel.: Min. Dias Toffoli 213/588
100.042 (HC-MC) Rel.: Min. Celso de Mello..... 212/644
101.887 (RHC) Rel.: Min. Ellen Gracie 214/498
101.893 (HC) Rel. p/ o ac.: Min. Dias Toffoli 214/501
198.604 (RE-EDv-ED) Rel. p/ o ac.: Min. Ellen Gracie 211/498
226.966(RE) Rel. p/ o ac.: Min. Cármen Lúcia..... 211/510
227.480(RE) Rel. p/ o ac.: Min. Cármen Lúcia..... 212/537
233.585(RE) Rel.: Min. Celso de Mello..... 212/653

248.499(RE)	Rel.: Min. Cezar Peluso	213/598
258.067(AI)	Rel.: Min. Celso de Mello	212/656
344.269 (AI-AgR-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	211/521
361.829 (RE-ED)	Rel.: Min. Ellen Gracie	214/510
404.593 (RE)	Rel.: Min. Cezar Peluso	211/526
436.017 (RE-AgR-ED)	Rel.: Min. Cezar Peluso	213/602
452.991 (RE)	Rel.: Min. Marco Aurélio	212/553
454.740 (RE)	Rel.: Min. Marco Aurélio	211/532
459.128 (RE)	Rel.: Min. Marco Aurélio	212/557
480.328 (RE)	Rel.: Min. Marco Aurélio	212/561
480.432 (AI-AgR)	Rel.: Min. Ellen Gracie	214/514
495.740 (RE-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	214/516
495.740 (RE-TAR)	Rel.: Min. Celso de Mello	214/526
511.961 (RE)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	213/605
539.130 (RE)	Rel.: Min. Ellen Gracie	213/682
545.308 (RE)	Rel. p/ o ac.: Min. Cármen Lúcia	214/535
570.680 (RE)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	213/693
573.675 (RE)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	211/536
576.847 (RE)	Rel.: Min. Eros Grau	211/558
577.348 (RE)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	214/541
577.516 (AI-AgR)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	212/566
578.858 (AI-AgR)	Rel.: Min. Ellen Gracie	211/561
579.760 (RE-ED)	Rel.: Min. Cezar Peluso	213/716
583.955 (RE)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	212/570
594.018 (RE-AgR)	Rel.: Min. Eros Grau	211/564
597.994 (RE)	Rel. p/ o ac.: Min. Eros Grau	212/598
677.191 (AI-AgR)	Rel.: Min. Ellen Gracie	214/577
718.646 (AI-AgR)	Rel.: Min. Eros Grau	213/719